

Benemérita **U**niversidad **A**utónoma de **P**uebla

~ FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES ~

MAESTRÍA EN DERECHO,
TERMINAL CIVIL Y MERCANTIL



Tesis de grado:

**“Propuesta de modificación del Artículo 60 de la Ley
de Instituciones de Crédito en relación al depósito
bancario”**

Que para obtener el Título de Maestro en Derecho

P R E S E N T A :

ENRIQUE BECERRA MACÍAS.

Asesor y tutor:

DR. VICTOR M. CASTRILLON Y LUNA.

Ciudad Universitaria, Puebla,

febrero de 2014.

ÍNDICE.

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.	6
CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO.	
1.1. Breve semblanza histórica.	13
1.1.1. Panorama universal.....	13
1.1.2. Nacional.	17
1.2. Modalidades comunes del contrato de depósito en la actualidad.	19
1.3. Concepto y definición del depósito bancario de dinero.....	20
1.4. Clasificación del contrato de depósito bancario.....	22
1.5. Especies.	24
1.5.1. Especies en general.	25
1.5.2. Especies de acuerdo al aspecto patrimonial. Regulares e irregulares	26
1.6. Elementos personales y obligaciones de las partes.	28
1.7. Derechos reales y derechos personales.	30
1.8. El contrato de depósito bancario en el Derecho Comparado.....	31
1.8.1. España.	31
1.8.2. Argentina.....	32
1.8.3. Chile.	34
CAPÍTULO SEGUNDO. EL EMBARGO.	
2.1. Breve semblanza histórica de las formas de asegurar bienes y derechos.	36
2.1.1. Origen romano.....	36
2.1.2. Las siete partidas.....	41
2.1.3. México.	41

2.2.	Concepto y definición de Embargo.....	42
2.3.	Naturaleza jurídica.	44
2.3.1.	Acto procesal.....	44
2.3.2.	Medida cautelar o providencia precautoria.....	45
2.4.	Clasificación doctrinaria.	47
2.4.1.	Preventivo.....	47
2.4.2.	Ejecutivo.....	49
2.4.3.	Ejecutorio.....	50
2.5.	Derecho real o personal.	52
2.6.	Naturaleza jurídica en razón de la materia.	54
2.6.1.	Laboral.	54
2.6.2.	Civil.....	58
2.6.3.	Mercantil.....	66
2.6.4.	Fiscal (PAE).....	75
CAPÍTULO TERCERO. ERRORES EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO Y SU EMBARGO.		
3.1.	Los errores conceptuales en el depósito bancario.....	81
3.1.1.	Cuenta bancaria como elemento subjetivo y objetivo.	81
3.1.2.	Custodia en la cuenta bancaria.....	83
3.2.	El error de la autoridad impartidora de justicia.	84
3.3.	Error en el embargo.	86
3.4.	Error en el embargo de cuentas bancarias.....	87
3.5.	Dinero y derechos de cobro.	89
3.6.	Legalidad, eficacia y límite del embargo erróneo.....	90
3.7.	Idea de la defensa contra el embargo erróneo.	92
3.7.1.	Cuentahabiente <i>versus</i> orden de autoridad.	92
3.7.2.	Cuentahabiente <i>versus</i> banco.	94

3.7.3. Banco <i>versus</i> orden de autoridad.....	94
PROPUESTA.....	97
CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA	101
APÉNDICES	106

ABREVIATURAS.

CCDF. Código Civil para el Distrito Federal.

CCF. Código Civil Federal.

CCom. Código de Comercio.

CFF. Código Fiscal de la Federación.

CFPC. Código Federal de Procedimientos Civiles.

CPCDF. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CPEM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DOF. Diario Oficial de la Federación.

LFT. Ley Federal del Trabajo.

LGTOC. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

LIC. Ley de Instituciones de Crédito.

PAE. Procedimiento Administrativo de Ejecución.

RPP. Registro Público de la Propiedad.

SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SJFyG. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

INTRODUCCIÓN.

Es práctica común, que con motivo de una resolución de autoridad se traben embargo sobre cuentas bancarias a nombre del demandado a efecto de garantizar el cumplimiento de determinada obligación. Consideramos sin embargo, que dichas prácticas desvirtúan la naturaleza jurídica del contrato de depósito.

La definición legal del depósito irregular se encuentra contenida el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece: “El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario, y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Asimismo, señala Castrillón y Luna que “será irregular el depósito que se constituye sobre cosas fungibles, que por ello pueden ser usadas y consumidas por el depositario, quien propiamente adquiere y se obliga ante el depositante a restituir otros tantos bienes de la misma especie, cantidad y calidad, como sería el caso del depósito bancario de dinero”¹. De la lectura anterior se desprenden algunos elementos de trascendente importancia.

Primeramente, entendemos la existencia de dos sujetos, por un lado el *depositante*, quien es la parte que se encarga de depositar dinero; por la otra, encontramos al depositario, quien, con motivo del depósito efectuado, verá engrosado su patrimonio. Luego, el objeto de este contrato será el dinero depositado, que como se ha leído, pasará de la esfera patrimonial del depositante hacia la del depositario.

Cuando una autoridad determina que debe embargarse la cuenta de determinado deudor, debe observarse que si bien es cierto, la cuenta pudiera estar a nombre de éste, y que la naturaleza de dicha cuenta fuera la de un contrato de depósito; el dinero depositado no pertenece más al “cliente” sino a la institución financiera, que por ley, ha incorporado a su patrimonio la suma de dinero depositada. No será, sino hasta que el cliente solicite al banco el cobro de la cantidad depositada y ésta sea entregada, cuando el dinero nuevamente regrese a su patrimonio.

¹ CASTRILLÓN y Luna, Víctor M. *Contratos Mercantiles*. México: Ed. Porrúa, 2002, p. 421.

En nuestra opinión, cuando la autoridad determina el embargo de la cuenta de un “cliente”, se comete un error básico, en virtud de que, no se embargan bienes propiedad del demandado sino de la institución de crédito. Partimos de la idea de que las cuentas no son propiedad de los demandados y en caso de que éstos tengan abierta alguna cuenta lo que les asiste son derechos de crédito, los clientes de las instituciones de crédito en términos de los contratos de depósito que tengan celebrados con sus acreedores; en todo caso las “cuentas bancarias” que la Ley de Instituciones de Crédito califica como operaciones pasivas, son el continente y el dinero que se deposita en éstas es el contenido, de tal suerte que el secuestro podrá fincarse sobre los fondos existentes en la cuenta y no sobre la cuenta, pues ésta es intangible.

La característica específica de un depósito irregular es que el depositante transmite la propiedad del dinero al depositario, que se libera de su obligación restituyendo una cantidad igual a la depositada y no forzosamente los mismos billetes o monedas que el depositante le entregó, de manera que el dinero que está en el banco no es propiedad del cliente, sino del banco (como ya quedó precisado en párrafos anteriores).

Tocante al **planteamiento del problema** en la presente investigación, sostendremos que las “cuentas bancarias” en México encuentran sustento legal en la figura del depósito irregular, que consiste en “el depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, (*que*) transfiere la propiedad al depositario, y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie”². Por lo tanto, cuando alguna autoridad ejecuta el embargo de una cuenta bancaria a nombre del *depositante* a efecto de garantizar el cumplimiento de una obligación por parte de éste, en realidad se está embargando el patrimonio del banco, quien tiene la calidad de *depositario* y es propietario del dinero que le ha sido depositado, aun cuando la cuenta esté a nombre de uno de sus clientes. Lo anterior es consecuencia de una incorrecta aplicación de la ley y del inexacto proceder de las autoridades.

Respecto a los **objetivos** perseguidos en esta investigación, nos proponemos:

² Artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

- Describir al contrato de depósito y el embargo de cuentas bancarias en el sistema normativo y la doctrina en México, determinando sus principales características y relación. Además de realizar una comparativa de estas mismas figuras en otros países.
- Demostrar la existencia de un error de tipo conceptual o una imprecisión terminológica cuando se hace referencia al embargo de cuentas bancarias, sobre el argumento de que al ser éstas intangibles no es posible que se puedan embargar, como si se tratasen de bienes corpóreos.
- Proponer medidas pertinentes y eficaces para evitar que se continúen agravando los derechos patrimoniales de las entidades financieras (en su calidad de *depositarios*) con motivo de garantizar el cumplimiento de una obligación a nombre de alguno de sus clientes (*depositante*). Asimismo, proponer los mecanismos de defensa oportunos, con los que el cliente puede hacer frente al embargo de una cuenta bancaria a su nombre y sobre la que, pese a no tener derechos patrimoniales, tiene derechos de cobro.

Por otra parte, los **métodos** empleados en este trabajo indagatorio³ son:

- *Inductivo*. Aquel que va de la particularidad a una generalidad, “del análisis de varios casos y objetos particulares, puede llegar a una conclusión general”. Tiene aplicación en la presente investigación toda vez que se definen conceptos fundamentales tanto del derecho como de las ciencias encargadas del estudio de la información, para posteriormente combinarlos en el desarrollo de la presente investigación.
- *Deductivo*. Cuando se va de la generalidad a la particularidad se está hablando de este método; “principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares”. Una vez obtenida la unificación de conceptos necesarios en esta investigación se habla de una generalidad y en consecuencia, se puede dirigir la investigación hacia la finalidad que tuvo como planteada. Así, cuando tenemos ya

³ De acuerdo a lo expuesto en: PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. *Metodología del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 2011, pp. 73-76.

definido al acervo de conocimientos a estudiar, acercamos ese conocimiento con una la ciencia de la tecnología para luego introducirla en la práctica del derecho.

- *Sistemático*. Es fundamental para este método, que primeramente se haya realizado la aplicación del método inductivo, pues, requiere de la generalidad para estudiarse como un todo, ordenado y funcional, “estudia las formas en que se ordena un todo”. Dicho lo anterior y transpuesto a la presente investigación, se asume que un “todo” es la práctica del derecho, e igualmente, otro “todo” es la teoría en que el derecho se sustenta; es necesario este método en virtud de que se pretende analizar las posibilidades que existen de ambos “todo” para un mejor desarrollo de la ciencia y técnica jurídica.
- *Discursivo*. “En lugar de ir directamente al objeto, lo considera y lo contempla en múltiples puntos de vista”, es decir, se rodea al objeto, que en esta investigación no es distinto a la inserción de una ciencia en una práctica; motivo por el cual, primeramente, se realizará una serie de planteamientos destinados a enfocar o rodear al derecho como una práctica (marco teórico).
- *Comparativo*. Este método consiste en “la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias”, y consecuentemente, aplicado a la investigación planteada, se estudiará por un lado los conceptos que rigen a las figuras en estudio para posteriormente compararlo con la legislación en la materia y la práctica.
- *Científico*. Es aquel que “permite la concurrencia de todos los métodos y técnicas existentes”. Tiene total aplicación este método en virtud de que durante el desarrollo de la presente investigación se aplican una gran diversidad de métodos y se conjuntan. Cuando hablamos de contratos, obligaciones, sujetos, etc. estamos haciendo uso de conocimientos previos, que serán la base y sustento para desarrollar adecuadamente nuestra investigación.

Por otra parte, las técnicas empleadas son:

- *Bibliográfica*. La técnica que implica “la habilidad de la comprensión de la lectura en la mayor brevedad posible”. De tal suerte, que una vez

propuesta la bibliografía que se ha precisado con antelación, es necesario poner en práctica la actividad de la lectura, de una manera organizada, y para llevar a cabo ejemplarmente con la organización es necesario valerse de notas de referencias bibliográficas, creación de un fichero que ayude a encontrar rápidamente citas e información que puede ser utilizada en las diversas etapas que construyen a una investigación.

- *Hemerográfica*. “La que se hace en revistas especializadas y periódicos”, lo anterior que trasplantado al presente trabajo se convierte en enunciar una serie de materiales y descartar aquellos que por su calidad no tienen la confiabilidad requerida en la presente investigación que, tiene nivel científico, para luego darles lectura y evaluar lo que para fines de la actividad es indispensable, descartando nuevamente aquella información que resulta estéril.
- *De Archivo*. La que tiene como finalidad “capturar la extraordinaria información contenida en los archivos generales”. Luego entonces, es menester de éste investigador constituirse en las instalaciones de los archivos que podrían contener la información necesaria para el desarrollo óptimo de la presente actividad. Primeramente se consultaran archivos privados (sociedades y asociaciones) para luego consultar archivos públicos como lo son, aquellos que tienen las instituciones y las instancias gubernamentales.
- *Legislativa*. “Se capturan los datos contenidos en constituciones, leyes, códigos, reglamentos y demás disposiciones legislativas”, de tal suerte, que al consultar el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Sociedades Mercantiles, leyes orgánicas, locales y federales, etc. Se realizará informalmente hasta que se utilicen las notas de referencia legislativas.

A manera de **hipótesis**, suponemos que existe inobservancia de las leyes que rigen al contrato de depósito en México, pues se embargan las cuentas bancarias a nombre de los depositantes cuando un tercero exige ante los tribunales el pago de una obligación, no obstante que el dinero habido en la cuenta bancaria ya no forma parte del patrimonio del depositario y por el contrario, ha entrado a ser parte del patrimonio

de la institución financiera, quien se obliga a restituirlo sólo en términos de lo pactado con el cliente.

Como Consecuencia de inobservancia anterior, produce en los sujetos del contrato de depósito incertidumbre jurídica y un agravio al patrimonio de la institución financiera. Asimismo, por un error en la interpretación de la ley, se agravia en contra de los intereses del tercero que acude a los tribunales a exigir el aseguramiento del pago de una obligación mediante el embargo de una cuenta bancaria a nombre de su deudor; pero en realidad, cuando el embargo se ejecuta, se está asegurando con un patrimonio que le pertenece al banco.

Es necesario que las autoridades administrativas y jurisdiccionales en todos sus niveles, que tengan la facultad de ordenar embargos, lo hagan sobre derechos que pertenezcan al obligado. Como alternativa, son embargables los derechos de cobro que el depositante tiene en el contrato de depósito. El embargo suscitado con motivo de la inobservancia estudiada, es susceptible de ser dejado sin efectos cuando recurrida su orden y posterior ejecución se argumente por alguno de los sujetos involucrados, el error en el objeto de la obligación.

En ese orden de ideas, la **necesidad** de la presente investigación radica en exponer de manera clara y sustancial, la forma en que se afectan los derechos patrimoniales de los sujetos involucrados en el embargo de “cuentas bancarias”, basados en el error y omisión de interpretación de los dispositivos legales que rigen al **contrato de depósito irregular** (objeto de estudio) en nuestro país. Este trabajo se pretende trascendente en el sentido de que, a medida de que exista mayor claridad en el concepto que representa a nuestro objeto de estudio, se permitirá cometer menores agravios a los derechos de los sujetos ya mencionados, y en consecuencia, se tendrá mayor certidumbre y seguridad jurídica.

Nos parece **novedoso** avocarnos al estudio anteriormente expuesto, toda vez que no existe en el país tesis que haya abordado la cuestión, ni tampoco existe alguna controversia planteada ante los tribunales con motivo de la afectación jurídica y patrimonial que sufren tanto las instituciones financieras como sus “clientes”. Es **útil** además, pues pretendemos elaborar un instrumento que permita clarificar lo compleja que resulta la entramada relación entre *acreedor-deudor* y al mismo tiempo, la otra relación; *depositante-depositario*; y con lo anterior, evidenciar de qué manera pueden

defenderse tanto las instituciones bancarias como sus clientes de las medidas de aseguramiento mal dictadas por las autoridades.

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO.

1.1. Breve semblanza histórica.

El estudio del depósito bancario irregular requiere, para su total comprensión, ser situado en un contexto histórico, tanto universal como nacional. Para llevar a cabo esta tarea de manera sistemática y breve, decidimos agrupar todos los acontecimientos mundiales mediante las Edades Históricas, así en la Edad Antigua estudiaremos principalmente a las civilizaciones Babilónica y Romana, en la Edad Media a España e Italia, en la Edad Moderna a Francia.

Para el estudio de antecedentes nacionales, atenderemos lo reglamentado mediante el Código Civil del Distrito Federal de 1870 y el Código Civil del Distrito Federal de 1884, para culminar con un repaso al Código de Comercio de 1854; lo anterior en virtud de que los instrumentos antes mencionados se configuran como los dispositivos legales herederos de Francia e Italia, y los antecesores de las leyes vigentes en la materia.

1.1.1. Panorama universal.

A través de la historia de la humanidad, las figuras jurídicas del comercio han surgido y evolucionado, siendo su perfeccionamiento una consecuencia de la actividad comercial misma; es el caso del depósito bancario de dinero y de títulos, que tiene su origen en la llamada **Edad Antigua**. Se sabe *v. gr.*, que el depósito ya se reglamentaba por el Código de Hammurabi (20 siglos antes de Cristo en Babilonia)⁴; mediante las Leyes 122 a la 126.

Bajo esa consideración, el depósito podía ser de metales preciosos o cualquier otra cosa, contemplándose dos supuestos; cuando se realiza ante testigos y siguiendo formalidades o cuando carece de ambos requisitos. La Ley 122 dice, "si uno ha depositado en casa de otro plata, oro o cualquier otra cosa, mostrará ante testigos lo que depositó, se fijarán las convenciones y luego, dará en depósito", por su parte, la

⁴ *Cfr.* CERVANTES Ahumada, Raul. *Títulos y operaciones de crédito*. México: Ed. Herrero, S.A., 1954, p.237.

Ley 123 señala “si dio en depósito sin testigos y sin convenciones, y si allí donde depositó se le niega, esta causa no da reclamación”⁵.

Por otra parte, Joaquín Garrigues narra que además de Babilonia, en Egipto, Grecia y Roma se estableció algún tipo de consideración relativa al depósito, pero es en ésta última en donde verdaderamente adquirió importancia en el ámbito comercial a través del *depositum*⁶, en la época de Ulpiano (es decir, hacia el año 228 d.C.). El *depositum*, “es un contrato por el cual una persona, el depositante, entrega una cosa a otra persona, el depositario, quien se obliga gratuitamente a guardarla y devolverla al primer requerimiento (*is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur*)”⁷.

Uno de los requisitos para dar cumplimiento a lo anterior es entregar la cosa al depositario, quien al momento de recibirla quedará obligado, con la característica de que jamás le será transmitida la propiedad, es decir, únicamente obtendrá la simple detentación de la cosa que se le confía a través de la *nuda traditio*, pudiendo depositarse no sólo objetos propiedad del depositante sino también los ajenos. El objeto de este contrato sólo puede ser un bien mueble, no importa que se trate de un consumible o no⁸.

Existían además, algunas modalidades del contrato depósito, entre las que se encontraban el necesario, voluntario e irregular. El necesario se realizaba en caso de una contingencia o catástrofe, social o natural, bajo la situación de necesidad estando los objetos en riesgo y entregándose a la primer persona que se encuentra. En el voluntario el depositante elige libremente al depositario, y se pactan todas las cláusulas a las que las partes se obligan en el contrato, únicamente existe la restricción de que el depositario no puede hacer uso del bien objeto del contrato. En irregular por su parte, el depositario sí puede hacer uso del objeto, *v. gr.*, en tratándose

⁵ No pasa inadvertido en nuestro estudio, que además de contemplarse en el Código de Hammurabi el depósito de metales también se previó el de granos y semillas (Ley 120), pero que no consideramos un depósito irregular sino más bien lo que en la actualidad podría ser un contrato de mutuo. Una versión traducida del Código de Hammurabi es accesible en el siguiente [sitio web: http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_101_a_150](http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_101_a_150) (último acceso: 10 de Junio de 2013).

⁶ Cfr. GARRIGUES, Joaquín. El depósito bancario de dinero. Madrid: Sin Ed., 1958, p.365.

⁷ BRAVO González, Agustín, y Beatriz Bravo Valdés. *Derecho Romano Segundo Curso*. México: Ed. Porrúa, 2012, p.139.

⁸ Cfr. BRAVO González, Agustín, *op. cit.*, p.139.

de dinero puede gastarse y devolver la misma suma, sin importar que sean las mismas monedas⁹.

Acontecida la **caída del imperio romano occidental** (476 d.C.), sigue vigente lo que se conoce como el derecho romano postclásico pues los visigodos no hacen sino adaptar sus costumbres a las normas establecidas por los romanos a pesar de su conquista sobre los segundinos, y posteriormente dictan disposiciones normativas con base en los instrumentos romanos existentes. Uno de los instrumentos normativos del que mayor conocimiento se tiene es sin duda la *Lex Visigothorum*, que en su libro V reglamenta cómo han de llevarse a cabo el depósito, al que se intituló *commendatio*¹⁰.

El *commendatio* tenía tres modalidades; gratuita, onerosa e irregular. En el primer caso se hacía un depósito de cosas muebles para su custodia sin un pago de por medio y sin la facultad del depositario para disponer de los bienes; en la onerosa, se hacía la custodia de bienes mediante un pago pactado por las partes pero tampoco podía el depositante disponer de los bienes, situación distinta en la *commendatio* irregular en que, contrariamente a los casos anteriores, el depositario sí podía disponer del objeto custodiado¹¹.

Como es de apreciarse, en esta etapa histórica existe una estrecha relación con lo dispuesto durante el esplendor de la Roma antigua, sin embargo, existieron sendas diferencias entre el *depositum* y la *commendatio*, consistentes básicamente en la responsabilidad imputable al depositario en caso de detrimento del objeto o pérdida total del mismo. Así, en la *commendatio* el depositario responde en todo momento de las afectaciones que pudiera sufrir el objeto custodiado, pero en caso fortuito, sólo podría imputarse alguna responsabilidad a aquel en el caso de que hubiera salvado las cosas propias y no las ajenas¹².

Ahora bien, para el caso de que el bien custodiado fuera robado o sustraído ilegalmente del lugar en que fue destinado para su custodia, el depositario disponía de un plazo de gracia para realizar las acciones indagatorias correspondientes y así descubrir al ladrón, en caso de lograrlo, el objeto volvería al lugar en el que

⁹ *Idem*, p.143.

¹⁰ Cfr. Depósito de la Universidad de Murcia. *Lex Visigothorum*. <http://hdl.handle.net/10201/3407> (último acceso: 25 de Octubre de 2012).

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

originalmente se encontraba durante el resguardo, pero en el caso contrario, el depositario respondería por la mitad del bien extraviado¹³.

Entrada la **Edad Media**, son dignos de mención los casos de lo que hoy conocemos como Italia y España. En el primero, nos dice Garrigues, existían los Estatutos en los siglos XIII y XIV, en los que “se citan ejemplos de depósitos de los Estados y los Municipios en los banqueros privados y de los Papas en los banqueros sieneses y florentinos, etc. (...) La recepción de depósitos constituía una de las diferencias fundamentales entre los banqueros (*banchieri*) y de los simples cambistas (*campsores*)”¹⁴; en esta época, aunque se podía impedir que el dinero pudiera ser utilizado por los depositarios, lo más común era que éstos dispusieran de lo depositado hasta que el depositante reclamara el cobro.

En el caso Español, la invasión musulmana y el derrumbamiento del Estado hispanogodo en el 711 d.C. supone el inicio de una nueva etapa en la historia del Derecho español y por lo tanto la división de la península ibérica en dos regiones, la Islámica y la Cristiana, con lo que se gestan dos distintos cuerpos normativos y por tanto pluralidad jurídica, siendo el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* el instrumento que ambas regiones lograron reconocer como válido para llevar a cabo una convivencia regularmente pacífica.

No fue sino hasta el siglo XIII, con el Código de las VII Partidas, cuando se produjo un cambio en la concepción del depósito. La Partida V, Título III, “De los *condesijos* a que dicen en latín *depositum*”, contiene la regulación jurídica del depósito. El vocablo *condesijo* proviene del vocablo *condesar* que antiguamente se utilizaba para referirse al acto de dar en prenda o custodiar. Mediante esta partida se admite el depósito de bienes inmuebles, pero tiene como característica que esta figura debe llevarse a cabo de forma gratuita y que la cosa depositada debía restituirse con sus frutos rentas y mejoras¹⁵; este antecedente histórico nos dice Ozcáriz Marco, se traduciría en el contenido del Código Civil vigente en España¹⁶.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p.367.

¹⁵ Cfr. CERVERA González, Alfons. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X, el Sabio*. http://books.google.com.mx/books?id=C1x9z3Q_rOEC (último acceso: 10 de Septiembre de 2012).

¹⁶ Cfr. OZCÁRIZ Marco, Florencio. *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, S.L., 1997, p. 84.

Finalmente ya en la **Edad Moderna**, en el Código Civil Francés de 1804 (también llamado Código Napoleónico), regula de los artículos 1917 al 1963 la forma en que debe efectuarse el depósito, sin ofrecer claramente una definición para la figura jurídica en estudio. No obstante, se dictan algunas características que nos hacen notar la reglamentación bastante actual y evolucionada casi totalmente¹⁷.

Bajo esa tesitura, el Código Francés determina al depósito como esencialmente gratuito, siendo el objeto cosas muebles y existen dos modalidades; voluntario o necesario. En el primer caso existe voluntad recíproca de las partes (quienes deben tener capacidad para obligarse), es carga del depositante preservar los bienes objeto del contrato como si fueran de su propiedad, quedando éste exento de cualquier responsabilidad en tratándose de caso fortuito (pero fuera de esta previsión, sí será responsable por cualquier detrimento).

En esta modalidad, el propio depositario puede hacer uso del bien custodiado siempre y cuando no haya sido entregado en algún recipiente cerrado; es su obligación devolver el objeto custodiado cuando se vencido el plazo o en su defecto, cuando el depositante lo solicite. La obligación única del depositante es la de reembolsar al depositario el gasto hecho para la conservación de la cosa guardada, pues en un caso contrario no le será devuelto el bien de su propiedad.

Por otra parte, el depósito necesario comparte todas las disposiciones legales previamente descritas para el voluntario. Se da cuando ocurre una “calamidad” (el código enuncia demás algunos ejemplos como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otro suceso imprevisto); el depositario en este caso, queda a cargo del resguardo de los objetos aun en contra de su voluntad; en consecuencia, mesoneros u hoteleros eran los sujetos quienes primordialmente, en caso de alguna eventualidad se ven obligados a custodiar los bienes ajenos.

1.1.2. Nacional.

Realizadas las precisiones en el marco histórico mundial, pasaremos a describir los acontecimientos relevantes en la escena jurídica mexicana. Comenzaremos nuestro análisis a partir de los instrumentos; **Código Civil del Distrito**

¹⁷ Véase en Apéndices dentro de este mismo trabajo, *Código Civil Francés de 1804 (Código napoleónico)*, texto vigente.

Federal y territorio de la Baja-California de 1870¹⁸ y el **Código Civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California de 1884¹⁹**; ambos suponen una calca entre sí y a la vez, son herederos de la influencia del Código Civil Francés de 1804.

Respecto del contrato de depósito, las similitudes en los códigos de 1870 y el de 1884 no se limitan a un puñado de artículos sino que, de hecho comparten la literalidad de cada arábigo, pues el código de 1884 es casi totalmente un clónico de su antecesor respecto del objeto que hoy ocupa nuestro estudio. Por lo anteriormente referido, encausaremos nuestra labor en explicar de manera simultánea el contenido de ambos instrumentos.

En aquella época, se considera como naturaleza del depósito la gratuidad, pero en el caso de que la conservación del bien resguardado implicara un gasto, éste correrá cargo del depositante. Es un requisito formal, establecer las circunstancias en que ha de darse el depósito. Para el caso de que exista incapacidad por parte del depositario, el contrato será nulo pero subsistirá la carga de regresar el objeto custodiado al depositante.

Igualmente, se establecieron las reglas para la conservación y devolución del depósito, entre las que destacan; la necesidad de que el depositante autorice al depositario el uso del bien resguardado, siendo tal autorización siempre de forma expresa, nunca presumida. Sin lugar a dudas, otra cuestión digna de mencionarse es lo relativo a las condiciones de entrega de los bienes; acto que debía darse (en el caso de no existir cláusula en contrario) en el lugar donde se halle la cosa.

Por otra parte, el **Código de Comercio de 1854²⁰** (antecesor inmediato del vigente), en su artículo 304 desestima todo aquello que no debe considerarse como

¹⁸ Véase en Apéndices dentro de este mismo trabajo, Hathi Trust Digital Library. *Código civil del Distrito Federal y territorio de la Baja-California*. <http://catalog.hathitrust.org/Record/006556992> (último acceso: 17 de Mayo de 2012).

¹⁹ Véase en Apéndices dentro de este mismo trabajo, Machine, Internet Archive Wayback. *Código civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California de 1884*. <http://archive.org/stream/cdigocivildeldi00mexgoog#page/n9/mode/2up> (último acceso: 13 de Mayo de 2012).

²⁰ Véase en Apéndices dentro de este mismo trabajo, *Código de Comercio de 1854*, o bien, para consultar una fuente completa y digital de este mismo documento, la cita completa: Europeana Think culture. *Código de Comercio de México de 1854 (Texto impreso)*. <http://www.europeana.eu/portal/record/9200127/C6B41D203210D95E4A9B64E668B4301E82757472.html> (último acceso: 22 de Junio de 2011).

depósito, contemplando dos supuestos; primero, si las cosas depositadas no son objeto del comercio; y segundo, si no se hace a consecuencia de una operación mercantil. Otra cuestión mencionable es que, a diferencia del uso actual, el depositario no podía hacer uso de la cantidad de dinero que resguardaba, por lo que era responsable de todo menoscabo de lo custodiado. Se contempla el depósito de documentos de crédito y se obliga al depositario su diligente cobranza.

1.2. Modalidades comunes del contrato de depósito en la actualidad.

Una vez realizado el estudio histórico propio del depósito bancario, estamos en aptitud de poder analizar las formas más comunes en que podemos encontrarlo en la doctrina. Al tratarse de un contrato básico en la actividad bancaria, es posible agrupar al depósito en la actualidad en cuatro grandes grupos; *de dinero, abierto, cerrado y de seguridad*.

El depósito de dinero será aquel en que una persona llamada depositante entrega para su resguardo una cantidad determinada de dinero a favor del depositario, pudiendo ser este último una institución bancaria o cualquier otro intermediario financiero autorizado por la ley, que se obliga a conservar el importe entregado, este importe tendrá la calidad de cosa fungible y traslada el dominio de depositante a depositario mediante el acto de la entrega, por lo que le llamaremos irregular (*véase, infra Especies de acuerdo al aspecto patrimonial*).

Los motivos que llevan a las partes a utilizar esta figura son variadas pero principalmente se utiliza por ser un rápido y eficaz servicio de caja, evita los peligros que suponen resguardar dinero por cuenta propia y finalmente, para el Banco supone una captación de dinero²¹.

En los depósitos bancarios abiertos, hablamos de un contrato en el que la actividad del banco no es pasiva sino activa, esto es así porque lo depositado no se entrega al depositario únicamente para su custodia, pues se faculta a la institución bancaria para que el objeto se administre; los riesgos de tal actividad administrativa

²¹ Cfr. BOIX Serrano, Rafael. *Curso de Derecho Bancario*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1986, p.159.

son en todo momento responsabilidad del banco. Frecuentemente lo que ha de depositarse en esta modalidad son títulos-valor²².

Con relación a los depósitos cerrados, el objeto que ha de entregarse no puede ser reemplazado por otro, por tanto no es fungible y no permite que el depositario disponga del bien, pues en realidad no existe un traslado de dominio; existe pues, un resguardo del objeto, pero no podrá el depositario hacer uso de él (pues en un caso contrario estaríamos hablando de un mutuo)²³.

Por último, los depósitos de seguridad son aquellos en los que los bienes o cosas objeto del contrato son ubicados materialmente en lugares destinados especialmente para su resguardo. El depositario tiene la obligación de mantener la custodia de bienes, asegurando su correcta conservación, distribución o comercialización²⁴.

En este trabajo nos referiremos en lo sucesivo como depósitos bancarios a los de dinero, por ser nuestro objeto de estudio y en el que centraremos la investigación.

1.3. Concepto y definición del depósito bancario de dinero.

Estudiadas que fueron las formas comunes en las que actualmente se puede manifestar el depósito bancario, es menester conceptualizarlo y definirlo en su modalidad de *depósito bancario de dinero*. De acuerdo con las opiniones y trabajos realizados previamente por los cánones de la materia mercantil. En voz del reconocido investigador, Dr. Castrillón y Luna el contrato objeto de nuestro estudio “constituye una de las operaciones bancarias pasivas por excelencia ya que es el instrumento que mayormente utilizan las instituciones de crédito para obtener recursos que posteriormente se canalizan para el otorgamiento de créditos”²⁵.

A *prima facie* resalta la expresión *operación bancaria pasiva*, por la que debemos entender aquella en que la institución financiera se constituye como deudora frente al cliente, y que para Vásquez del Mercado se traduce en “(...) la obligación de

²² Idem, p.164.

²³ Idem, p.173.

²⁴ Idem, p.175.

²⁵ CASTRILLÓN y Luna, Víctor M. *Tratado de Derecho Mercantil*. México: Ed. Porrúa, 2011, p.816.

la banca a realizar un hecho”²⁶ (más adelante en este mismo trabajo, ocuparemos nuestros esfuerzos en hablar de las obligaciones).

La definición legal del depósito no se encuentra dentro de ley mercantil alguna, sin embargo, es en el Código Civil Federal (CCF), así como el respectivo a cada entidad federativa, donde podemos encontrar primigeniamente una definición. En el artículo 2516 del CCF se precisa que “el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida al depositante”.

Ahora bien, cuando en el anterior acto jurídico intervienen comerciantes (de acuerdo a los reputados como tales por las leyes respectivas) o bien, si las cosas depositadas son objeto de comercio (art. 332 del Código de Comercio, en lo sucesivo CCom), entenderemos que el depósito se convertirá en un contrato mercantil y entonces se regirá por lo dispuesto por las leyes comerciales. Así el CCom, dispone algunos artículos para reglamentar el depósito en general²⁷, pero no es sino en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en lo sucesivo, LGTOC), pese a que adolece de definición para este contrato, donde se realiza una verdadera clasificación de las especies del mismo.

Finalmente, si en el depósito la entidad ante quien se encomiendan los objetos es un banco, estaremos en el supuesto que pretendemos estudiar, el depósito bancario. En ese orden de ideas, el depósito puede ser básicamente de dinero o títulos, en ambos casos la banca tendrá la obligación de custodiarlos, no obstante en el primero de los casos, comenta atinadamente Vásquez del Mercado “el banco está siempre obligado a tener a disposición del cliente el dinero depositado (*quien transfiere*) al banco la propiedad depositada”²⁸.

²⁶ VÁSQUEZ Del Mercado, Óscar. *Contratos Mercantiles*. México: Ed. Porrúa, 1992, p. 403.

²⁷ Véase Libro Segundo “Del Comercio en General”, Título cuarto “Del Depósito Mercantil”, Capítulo I “Del Depósito Mercantil en General”, del CCom.

²⁸ VÁSQUEZ Del Mercado, Óscar, *op. cit.*, p.403.

1.4. Clasificación del contrato de depósito bancario.

El contrato de depósito bancario, de acuerdo con Castrillón y Luna es “típico, real, principal, formal, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso, conmutativo, y traslativo de dominio, en el caso del depósito de dinero”²⁹.

Se clasifica como **típico** “por estar regulado en la ley, entendiendo ésta como todo ordenamiento”³⁰, luego entonces, la LGTOC, la Ley de Instituciones de Crédito (en lo sucesivo LIC) y el CCom, regulan el contrato en estudio. Respecto de la LGTOC contempla lo siguiente;

Artículo 267.- El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

La LIC por su parte, en el artículo 46 nos dice;

Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;
- b) Retirables en días preestablecidos;
- c) De ahorro, y
- d) A plazo o con previo aviso (...)

Por último el CCom, establece lo que debe entenderse como un depósito mercantil, al que entendemos como el género del depósito bancario, por lo que este último resultará especie de aquel;

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio: (...)

XIV. Las operaciones de bancos. (...)

Artículo 332.- Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil.

Es **real**, porque se clasifica así cuando “la entrega de la cosa en los contratos en los que el contenido de la prestación de alguna de las partes sea transmitir el dominio o el uso o goce de un bien, sea indispensable para el perfeccionamiento del

²⁹ CASTRILLÓN y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p.816.

³⁰ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil Contratos*. México: Ed. Porrúa, 2007, p.159.

contrato (...)”³¹, siendo el caso del contrato bancario de depósito la transmisión del dominio de lo depositado, pues como ya se ha expuesto; en el artículo 267 de la LGTOC, se advierte la expresión “*transfiere la propiedad al depositario*”.

Se considera además un contrato **principal**, pues “no requiere de otro contrato para su celebración válida”³²; hacemos esta afirmación en virtud de que en ninguna ley que reglamente al depósito se establece situación diferente.

Es **formal**, de acuerdo con Castrillón y Luna porque “del cúmulo de disposiciones de la ley, se derivan diversos aspectos relativos a la constitución del depósito, que solamente son comprobables mediante el contrato escrito”³³, el mismo autor nos ilustra con dos ejemplos dentro de la LGTOC, *a saber*:

Artículo 274.- Los depósitos en cuenta de cheques se comprobarán únicamente con recibos del depositario o con anotaciones hechas por él en las libretas que al efecto deberá entregar a los depositantes, salvo lo que previene la Ley General de Instituciones de Crédito.

Artículo 275.- Las entregas y los reembolsos hechos en las cuentas de depósito a plazo o previo aviso, se comprobarán únicamente mediante constancias por escrito, precisamente nominativas y no negociables, salvo lo dispuesto en la Ley General de Instituciones de Crédito.

Ahora bien, será de **tracto sucesivo**, entendiendo esto como “aquellos (contratos) en que las prestaciones de las partes o los de una de ellas, se ejecutan o cumplen dentro de un lapso determinado, porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un solo acto”³⁴. El depósito bancario no se extingue inmediatamente, pues la custodia del bien será por un tiempo determinado o indeterminado según sea el caso.

Se considera **bilateral** toda vez que “se generan obligaciones para ambas partes”³⁵, porque como ya hemos expresado anteriormente, el depositante deberá entregar el objeto al depositario, siendo obligación del segundo el resguardo de dicho objeto. Será **oneroso** porque “se estipulan provechos y gravámenes recíprocos”³⁶

³¹ ZAMORA y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. México: Ed. Porrúa, 2012, p.63.

³² DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p.153.

³³ CASTRILLÓN y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p.817.

³⁴ ZAMORA y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.65.

³⁵ *Idem*, p.58.

³⁶ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p.117.

para las partes que en él intervienen. Lo anterior se afirma tomando en cuenta el artículo 333 del CCom, que a la letra dice;

Artículo 333.- Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho á exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y en su defecto, a los usos de la plaza en que se constituyó el depósito.

Debe considerarse además como **conmutativo** porque “las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause este”³⁷. Tocante al contrato de depósito bancario en su modalidad de irregular, es de señalarse que es **traslativo de dominio**.

Esta última característica, como particularidad del contrato aludido, nos parece debe quedar bastante bien precisada, pues es el eje toral sobre el que desarrollaremos nuestra investigación; por lo tanto, al referirnos a trasladar el dominio entendemos que “el depositante transfiere a la institución la propiedad de las sumas depositadas y ésta dará cumplimiento a su obligación restituyendo otros tantos bienes de la misma especie, cantidad y calidad, de modo que estamos en presencia de títulos fungibles”³⁸.

1.5. Especies.

En párrafos anteriores hemos perfilado nuestra labor en explicar una gran variedad de conceptos relacionados con el objeto de estudio, ahora clasificaremos en especies al contrato de depósito de dinero. La doctrina mexicana contiene gran documentación por cuanto hace a la manera en que deben clasificarse por especie los depósitos bancarios.

Como ya hemos visto, los depósitos bancarios son aquellos en los que participa tanto un banco en calidad de depositario, como un cliente como depositante (*véase, supra Modalidades comunes del contrato de depósito en la actualidad*). Partiendo de esa premisa, lo más cómodo es abarcar dos grandes grupos de especies, comprendiendo en el primero las que atienden a la razón, actuación y número de depositantes, para dejar en un segundo grupo las que atienden al aspecto patrimonial.

³⁷ Idem, p.124.

³⁸ CASTRILLÓN y Luna, Víctor M., *op. cit.*, p.818.

Este aludido segundo grupo, comprende dos rubros principalmente; regulares e irregulares, siendo estos últimos en los que concretamente centraremos nuestra tarea indagatoria más adelante. Procedemos entonces a esbozar las especies del depósito bancario.

1.5.1. Especies en general.

Para el desarrollo de esta clasificación, hemos decidido analizar detenidamente numerosas fuentes de consulta, siendo la que más se adapta a nuestro interés la realizada por Giorgana Frutos, quien en su obra configura una clasificación jurídica para el depósito bancario y que, atiende en gran medida la necesidad del depósito como forma de captación de capitales, para después aplicarlos a través de inversiones de diversa índole³⁹, de tal suerte que el referido divide jurídicamente al contrato en estudio en tres grandes grupos; por motivo o razón que impulsa al depositante para poder disponer de su dinero, dependiendo la actuación del derecho del depositante y en cuanto al número de depositantes que pueden hacer retiros (*véase, Apéndices 1.1*).

En el primero de los casos, **por motivo o razón que impulsa al depositante para poder disponer de su dinero**, existen dos supuestos; *a la vista*, entiendo como tales “los depósitos que se realizan con el propósito de que (...) el Banco custodie (*el objeto*) y ponga a disposición (*del depositario*) al primer requerimiento”⁴⁰; *depósitos de dinero a plazo*, siendo los que “se realizan con el propósito del depositante de que el Banco los custodie y los ponga a su disposición en un plazo fijado de antemano”⁴¹.

Tocante a todo lo anterior, la LIC previene cuatro supuestos agrupables en lo dicho en el párrafo anterior:

Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista;
- b) Retirables en días preestablecidos;
- c) De ahorro, y

³⁹ Cfr. GIORGANA Frutos, Victor Manuel. *Curso de Derecho Bancario y Financiero*. México: Ed. Porrúa, 1984, p.96.

⁴⁰ BOIX Serrano, Rafael, *op. cit.*; p.160.

⁴¹ Cfr., *Idem*, p.169.

d) A plazo o con previo aviso; (...)

En el segundo supuesto, **dependiendo la actuación del derecho del depositante**, existirá una de dos posibles situaciones; el *depósito simple* se da cuando “el depositante entrega a la banca numerario y queda establecido que en un término no se dispondrá de él (...) sin embargo, conforme a las modalidades señaladas, el depositante dispone de acuerdo con las mismas”⁴²; o bien el depósito en *cuenta corriente*, que de acuerdo con Giorgana Frutos es aquel que admite “bonos en forma indefinida, haciéndose retiros (...) con la periodicidad y para los fines que se convienen las partes, y sin que en ningún caso cambie siquiera el número de la cuenta”⁴³.

Finalmente, en **cuanto al número de depositantes que pueden hacer retiros del depósito**, existen dos supuestos; *individual*, es decir, cuando sólo una persona puede disponer de los bienes depositados, o bien; colectivo, cuando varias personas pueden disponer de los bienes resguardados. En éste segundo supuesto, quedan comprendidas las modalidades de retiro *mancomunado*, *solidario* y *conjunto*.

En el primer de los casos, la mancomunidad debe entenderse como la concurrencia, en este caso de acreedores, que tienen derecho al cobro del dinero depositado en partes alícuotas, es decir, sólo en una parte proporcional⁴⁴; para el caso de la solidaridad se entiende como la variedad de acreedores que pueden realizar el cobro del depósito, aunque sea solo uno el que lo solicita⁴⁵; finalmente se trata de un retiro conjunto cuando se ha pactado que sean todos los acreedores los que ejerciten el cobro.

1.5.2. Especies de acuerdo al aspecto patrimonial. Regulares e irregulares

A estas alturas, nos es posible identificar con claridad bastante que un depósito bancario tiene múltiples aplicaciones en la actividad comercial pues en un contrato elemental en la práctica financiera; toca el turno de explicar las especies en que puede

⁴² VÁSQUEZ Del Mercado, Óscar, *op. cit.*, p.405.

⁴³ GIORGANA Frutos, Victor Manuel, *op. cit.*, p.102.

⁴⁴ Cfr. TAMAMES, Ramón, y Santiago Gallego. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2002, p.278.

⁴⁵ *Ibidem*.

manifestarse el contrato objeto de nuestro estudio con motivo de la repercusión patrimonial que puede llegar a tener.

En la doctrina se encuentra bastante bien identificada la distinción entre depósitos irregulares e regulares. Los **depósitos regulares** también llamados *de títulos*, están regulados por la LGTOC, del artículo 276 al 279, precisamente en el 276, encontramos una definición legal que nos permitimos transcribir para mayor ilustración:

Artículo 276.- El depósito bancario de títulos no transfiere la propiedad al depositario, a menos que, por convenio escrito, el depositante lo autorice a disponer de ellos con obligación de restituir otros tantos títulos de la misma especie.

Es de observarse que en el artículo anterior queda bien precisado que en esta modalidad no se transfiere la propiedad de depositante a depositario salvo pacto en contrario, esta circunstancia sin duda alguna, es la distinción primordial con el depósito irregular. La propia LGTOC señala más adelante que la única tarea del depositario será entonces la “conservación material de los títulos”. Existe una especie del tipo en el que se permite al depositario la administración de los títulos, esto para el efecto de que se practiquen diligentemente los cobros necesarios de los derechos que incorpora el título objeto del contrato.

Por otra parte, por cuanto hace al **depósito irregular**, nos dice Garrigues que en el depósito bancario “cuando el dinero se entrega como suma y no como piezas de billetes individualizados, pertenece a la clase de los que la doctrina llama (...) *depósitos de uso*. Con esta expresión se quiere dar a entender que el Banco hace suyo el dinero recibido, limitándose su obligación a la de devolver una cantidad igual (...) cuando esto ocurre (...) se dice que el depósito se convierte en irregular”⁴⁶.

El depósito irregular, tiene como característica principal el traslado del dominio del objeto depositado, por lo que éste último es susceptible de ser empleado por el banco para llevar a cabo sus múltiples actividades financieras, pues las piezas de dinero que le son depositadas se consideran fungibles y por tanto, intercambiables por cualquier otra pieza o piezas que tengan el mismo valor al momento del cobro por parte del depositante.

⁴⁶ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p.375.

Esta modalidad irregular queda reglamentada por la LGTOC del numeral 267 al 275. El artículo 267 se determina:

Artículo 267.- El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Como observamos el depósito irregular primeramente debe ser de dinero, siendo la divisa nacional o extranjera (situación anteriormente prohibida por el Decreto General de Cambios publicado en el DOF el 1º de septiembre de 1982). Luego, nos dice la ley que **sí existe una transferencia de la propiedad del dinero depositado**, por lo que deja de formar parte del patrimonio del depositante y pasa a formar parte del caudal patrimonial de la institución financiera. Un elemento imprescindible además, es que la suma depositada ha de ser restituida a en la misma especie, otorgando con esto, el derecho al depositante de exigir el cobro de la suma depositada.

1.6. Elementos personales y obligaciones de las partes.

Centrados en el estudio del depósito irregular, hablaremos ahora de los elementos personales y las obligaciones que recaen en los contratantes. Comencemos hablando de los elementos personales; intervienen dos partes en este contrato, depositante y depositario, en ese orden de ideas, el depositante es el elemento subjetivo que se ostenta como acreedor (derecho de crédito), lado activo de la relación obligatoria en un contrato de depósito, y por otra parte encontramos al depositario, deudor (débito) sujeto pasivo de dicha relación. El depositante por su parte, deberá tener capacidad para celebrar el contrato; en segundo lugar, el depositario deberá ser una institución bancaria (*véase, Artículo 2 de la LIC*).

Bajo esa tesitura, será obligación del depositante entregar una cantidad de dinero al depositario; éste último por su parte, queda obligado a recibir el dinero, custodiarlo y hacer entrega del mismo cuando el depositante así lo requiera. Es de analizar la manera en que debe entenderse la custodia, porque si bien es cierto que debe custodiarse el dinero depositado, éste puede ser utilizado por el banco como mejor convenga a sus intereses durante el tiempo que ha de resguardarlo.

Lo anterior es así, porque el depósito irregular de dinero permite al banco restituir, previo cobro del cliente, una cantidad igual a la depositada y no el dinero *ídem*

corpus propiamente, esto es, el banco no guardará precisamente las monedas y billetes para poder devolverlos a su cliente. Existe pues, un **traslado de dominio, consistente en el desprendimiento del dinero depositado del patrimonio del depositante al tiempo en que se incorpora éste dinero al patrimonio del banco.**

Otro elemento merecedor de análisis es la modalidad en que se faculta al depositario para poder exigir lo que “*ya no es suyo*”; cuando no existe manifestación en contrario, se entiende que el depositante puede requerir al banco la devolución del objeto del contrato en el momento que así lo considere (es decir, a la vista), pero puede darse el caso también, en que se pacte por las partes intervinientes, una fecha determinada para la devolución de los importes, esta es la base de los contratos de cuentas de ahorros.

Rojina Villegas sostiene que en un concepto unitario, coexisten tanto un derecho a exigir como un deber de prestar, lo que deviene en aspectos activos y pasivos respectivamente. Cuando quien debe prestar no corresponde a quien puede exigir, surgirá entonces para el activo el derecho de ejercitar una acción⁴⁷.

No obstante que ambos lados de la relación obligatoria son conexos entre sí, el momento del deber del Banco es primero respecto al derecho del acreedor cliente. Esto es, que el deber del banco para restituir las cantidades de dinero que le fueron entregadas en propiedad por el cliente es primero que el derecho del cliente de exigir su pago.

El objeto de la relación jurídica en el contrato de depósito es el deber u obligación del depositario, la forma de conducta regulada por la LGTOC, cuando refiere en el arábigo 267 “(...) lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie (...)”, situación que denota un estado de sujeción jurídica o subordinación del Banco respecto del depositario. Luego entonces efectuado el depósito, **el banco debe aunque el cliente no ejerza la facultad de recibir u obtener o de exigir el pago al depositario.**

⁴⁷ Cfr. ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones Tomo II*. México: Ed. Porrúa, 1986, pp.18 y 19.

1.7. Derechos reales y derechos personales.

Ya hemos hablado acerca de obligaciones, ahora nos encontramos aptos para tocar el tema de los derechos reales y los derechos personales. Para tal efecto es necesario ejecutar la consulta obligada a uno de los más ilustres juristas que han impartido cátedra en este país, Don Antonio de Ibarrola quien conceptualiza a la obligación como “una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor (*creditor*) tiene derecho de exigir otra, llamada deudor (*debitor*), cierta prestación”⁴⁸.

Bajo esa consideración desprendemos que en la obligación existen dos relaciones simultáneamente, una activa y otra pasiva, la primera se denomina en la ciencia jurídica “crédito” y la segunda “deuda”, mismas que recaen sobre los sujetos que intervienen en la génesis de la obligación según sea la intervención que éstos tengan en aquella. Justo en un punto intermedio estará el objeto de la obligación, que para el acreedor se traduce en un derecho de exigir pudiendo manifestarse de dos formas; como una prestación (hecho positivo), o como una abstención (hecho negativo).

Considerando lo ya expuesto, el **derecho de crédito** también llamado *derecho personal* se presenta como la antítesis del *derecho real*, para tal afirmación consideramos que las diferencias que convierten en equidistantes estos conceptos son primordialmente los que la Teoría Clásica de las obligaciones sostiene que mientras el derecho real es absoluto, o sea *erga omnes*, el derecho personal es relativo⁴⁹.

Pongamos *v. gr.* el derecho de propiedad que un sujeto tiene sobre un inmueble, éste será un derecho real por lo que su titular es propietario frente a todos los hombres. El derecho real representa para todos una abstención, el personal por el contrario, faculta para exigir alguna prestación.

Habrá que hacer en lo sucesivo un análisis de lo dicho respecto al depósito bancario de dinero, y de cómo sus efectos obligacionales deben entenderse en el ámbito de los derechos reales y personales, pues, si bien estamos ante un contrato

⁴⁸ Planiol citado en DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y sucesiones*. México: Ed. Porrúa, 2004, p.59.

⁴⁹ *Cfr., Idem*, p.60.

que traslada el dominio del dinero, también hablamos de entregar tal dinero y cobrarlo, pero por otra parte recibirlo y “resguardarlo” (véase, *supra* CAPÍTULO TERCERO).

1.8. El contrato de depósito bancario en el Derecho Comparado.

Como parte de esta investigación contemplamos necesaria la aplicación del derecho comparado internacional; para lo anterior, elegimos tres países que si bien comparten muchos aspectos con la legislación nacional, también son divergentes en algunos otros; nos referimos a España, Argentina y Chile.

Evitaremos en medida de lo posible hacer mención de elementos que por su similitud con el derecho nacional, resultaría ocioso en nuestra labor investigativa. Apelamos igualmente a la idea de que el estudio de la figura del depósito en cada nación es merecedor de trabajos independientes al que se desarrolla.

1.8.1. España.

En el Derecho español, tanto el CC como el de CCom contemplan la figura del depósito, en el primer ordenamiento legal el artículo 1.758 dice que “se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”, sin embargo, en el artículo 1.768 encontramos lo siguiente “cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato (...) el permiso no se presume, debiendo probarse su existencia”.

Así las cosas, el Derecho Civil español excluye de la materia al depósito irregular, toda vez que en el objeto de estudio en la presente investigación hemos afirmado que la característica fundamental del depósito irregular será que el depositario se encuentra facultado para disponer del importe depositado. Así las cosas, en el CCom español se regula al depósito mercantil de los artículos 807 al 812.

Nos dice Boix Serrano⁵⁰ que el concepto de custodia para éste especie de contrato contempla una custodia, pero que este concepto se encuentra desvirtuado debido al mecanismo crediticio de los Bancos, quienes admiten dinero, pero no se guardará en cajas para devolverlo al final del depósito, sino que haciendo suya la

⁵⁰ Cfr. BOIX Serrano, *op. cit.*, p. 161.

propiedad lo utilizará en concesión de créditos, manteniendo en sus cajas un porcentaje para hacer frente a posibles extracciones de los depositantes.

La formalidad con la que ha de darse el depósito bancario irregular está sometida a la libertad de forma, extendiéndose a favor del depositante un documento que acredita la recepción del dinero por parte del banco, pudiendo el depósito tomar la forma de cuenta corriente o de ahorro. El contenido del contrato, nos sigue diciendo Boix Serrano, debe contener tres supuestos esenciales; la obligación de diligencia en el tratamiento del depósito, la obligación de restitución del dinero recibido y por último la obligación de pagar intereses cuando adquiere la forma de cuenta corriente⁵¹.

Como punto final, nos parece muy loable la tarea que distinguidos juristas españoles han realizado de una manera brillante (igualmente que juristas mexicanos han hecho), nos referimos a distinguir entre depósito irregular del mutuo. Ozcáriz Marco, dice que “afirmar la identidad del depósito irregular con el mutuo sería tanto como afirmar que aquél se celebra en utilidad del depositario irregular”⁵²; para nuestro autor son dos las causas que distinguen entre un contrato y otro.

La primer causa que ha de diferenciarlos es la causa que mueve al depositante pues en el depósito irregular éste no pretende dar crédito al depositario, sino obtener un servicio que le garantice la restitución. La segunda causa es que, como efecto de la incorporación del bien fungible al patrimonio del depositario irregular, éste reciba, en la práctica un crédito como efecto de la misma⁵³.

1.8.2. Argentina.

El contrato de depósito en la República Argentina tiene su fundamento legal, al igual que los países que usan los sistemas jurídicos de la familia neorromanista, tanto en el CC como en el CCom. Encontramos algunas características relevantes en estas legislaciones, pues en comparación con la legislación española que excluye del ámbito civil al contrato de depósito irregular, en Argentina pasa todo lo contrario.

⁵¹ *Idem*, p.162.

⁵² *Cfr.* OZCÁRIZ Marco, Florencio, *op. cit.*, p.35.

⁵³ *Ibidem*.

El Derecho Civil Argentino incorpora a su reglamentación la figura del depósito irregular y de ahí la hereda al derecho mercantil; el artículo 2189 del CC argentino dispone dos causas por las que debe considerar irregular al depósito, a saber;

- a) Cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, aunque no le concediere tal uso y aunque se lo prohibiere;
- b) Cuando representare crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles; si el depositante autorizó al depositario para su cobranza

Otra cuestión que llama poderosamente nuestra atención es la relativa a la “subsidiaria aplicación” del Derecho Civil a las cuestiones relativas al depósito irregular en otras ramas del Derecho (financiero, económico, por ej.), pues el artículo 2185 de la codificación en estudio dispone a la letra:

Artículo 2185.- (...) En todo lo que respecta a los efectos del depósito, las disposiciones de este título rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables:

(...)

4 - A los depósitos en cajas o bancos públicos, a los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales.

Sin lugar a dudas, la manera en que el Derecho Civil se ocupa del depósito en España resulta totalmente distinta en Argentina. Por otro lado, tocante a la legislación comercial, el CCom argentino tiene algunas particularidades muy específicas, una de éstas es la establecida en el arábigo 573, en la que se determina que para considerar un contrato de depósito como tal, deberá ser forzosamente oneroso.

En el CCom de la República Argentina se ordena que tanto los derechos como obligaciones recíprocas entre las partes se ciñen a lo establecido para el título "Del mandato y de las comisiones o consignaciones" de esa misma codificación, lo que invariablemente permite una semejanza entre el mandato y el depósito pero a la vez determina que son cuestiones netamente distintas.

Tocante al depósito bancario en la nación sudamericana es la “operación por la cual una persona (depositante) entrega a una entidad financiera (depositario) una suma de dinero (o títulos valores) con el compromiso de su restitución en la misma

especie, con fecha prefijada o cuando aquél lo solicite, y que generalmente cuenta con una remuneración por parte de la entidad depositaria”⁵⁴.

1.8.3. Chile.

Debemos considerar al país de Chile como el titular de una economía en pleno ascenso. Es innegable que en los últimos años el Derecho Financiero de aquel país se ha modernizado para abrir paso a las nuevas tendencias globales, esto sin duda le permite no sólo incorporar a su cuerpo de leyes figuras bastante contemporáneas, sino además, acuñar sus conceptos jurídicos tradicionales a las exigencias que una sociedad desarrollada requiere.

Al igual que en nuestro estudio previo de España y Argentina, el CC chileno contempla al depósito como un contrato, el artículo 2211 de este código determina que al depósito será “el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”. Más adelante, nos dice que se perfecciona al momento de entregar la cosa al depositario, por regla general es gratuito pero puede pactarse una remuneración al depositario por su participación en el contrato.

Una característica de bastante interesante es que a diferencia de las dos naciones previamente estudiadas, en el depósito civil el depositario no está, por defecto, autorizado para hacer uso de los bienes resguardados pero sí podrá pactarse que éste se encuentre facultado para utilizarlo, incluso se previene que existe una presunción en caso de que no exista claridad respecto del consentimiento aludido (*véase, Apéndices, Código Civil de la República de Chile, art. 2220*).

En materia mercantil, el depósito queda previsto por el CCom chileno del artículo 807 al 812, a lo largo de los cuáles se determina que el depósito comparte los elementos formales de la comisión, pero se distingue de ésta por la naturaleza del bien depositado, que en este caso se trata de una mercadería. El pago al depositario en este caso es una exigencia y no una consideración del depositante, pero si se permite al depositario el uso del bien resguardado, entonces no será necesario pago alguno a su favor.

⁵⁴ Banco Central de la República Argentina. *Diccionario de términos económicos y financieros del BCRA*. <http://www.clientebancario.gov.ar/default.asp> (último acceso: 10 de Enero de 2013).

Por cuanto hace al depósito bancario de dinero, Sandoval López⁵⁵ señala las características que la doctrina chilena tiende a considerar para esta modalidad de contratos, aquí los enunciamos:

- a) Debe versar, necesariamente, sobre dinero entregado al depositario en tal forma que se le permita tomarlo sin fractura;
- b) Debe restituirse el dinero a voluntad del depositante. Sin embargo, sólo está obligado a restituirlo en género, vale decir, no el mismo dinero que recibió, sino una cantidad equivalente;
- c) Salvo estipulación en contrario, el depositario puede usar y servirse del dinero depositado;
- d) Constituye un título traslativo de dominio. El depositario se hace dueño del dinero y sólo contrae la obligación de entregar la cantidad equivalente a la recibida.

⁵⁵ SANDOVAL López, Ricardo. *Manual De Derecho Comercial*, Tomo I, Vol. 2. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2010, p.261.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL EMBARGO.

2.1. Breve semblanza histórica de las formas de asegurar bienes y derechos.

Para toda civilización antigua o actual, ha sido primordial asegurar que las disputas entre particulares que se suscitaran, tuvieran una solución en la que no sólo se reconozca un vencedor sino además, pueda materializarse la ejecución de las resoluciones y con esto otorgarle a quien fue vulnerado en sus derechos, una herramienta para resarcir en medida de lo posible la afectación de la que se duele.

Por lo anterior, desde tiempos remotos las sociedades han buscado la manera de hacer efectivo un cobro y con ello, que los deudores no evadan sus obligaciones mediante la enajenación o dilapidación de sus bienes; en otros contextos diferentes a los mercantiles, que los infractores no se sustraigan de la acción de la justicia, que pueda el acusado conservar su libertad hasta ser sentenciado culpable, inclusive, que la autoridad misma se abstenga de ejecutar determinado acto.

Así, las formas de inmovilizar los bienes y derechos de las personas han ido evolucionando hasta lo que hoy conocemos. Daremos a continuación una somera explicación de algunos antecedentes históricos del embargo y otras formas de aseguramiento de bienes primigenias.

2.1.1. Origen romano.

El Derecho Romano, ciencia y arte originaria de la familia del Derecho Civil, incuestionablemente significó un paradigma en la concepción normativa de su época tanto del punto de vista sustantivo como en el adjetivo. Procesalmente el estudio histórico del Derecho Romano se dividió en tres etapas; acciones de la ley (*legis actiones*), proceso formulario (*per formulam*) y el proceso extraordinario (*extra ordinem*), el aseguramiento de bienes y derechos dentro de un procedimiento en aquella época se observó a lo largo de estas tres etapas.

2.1.1.1. Acciones de la ley.

. En las acciones de ley⁵⁶, que coinciden históricamente con la Monarquía y hasta la República (aproximadamente desde el 450 a.C. hasta el siglo II a.C.),

⁵⁶ En voz del gran Floris Margadant, las acciones de ley eran, “declaraciones solemnes acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba generalmente ante el

protegían la justicia por *propia mano* y estaban conformadas por dos momentos; un *ius vocatio* (invitación a enjuiciarse) sin la intervención de autoridad alguna, es decir, una invitación extrajudicial, para posteriormente culminar con el *apud iudicem*, que era el momento procesal en el que la autoridad se pronunciaba a favor o en contra de las solicitudes de quien se consideraba agraviado⁵⁷.

Se contemplaron cinco tipos de acciones⁵⁸; Acción de la ley por apuesta sacramental (*Legis actio per sacramentum*), Acción de la ley por petición del juez o árbitro (*Legis actio per iudici arbitri postulationem*), Acción de la ley por demencia (*Legis actio per condictioem*), Acción de la ley por imposición de la mano (*Legis actio per manus iniectioem*), y la Acción de la ley por toma de prenda (*Legis actio per pignores capioem*).

Nos interesa estudiar únicamente la ***Legis actio per manus iniectioem*** y la ***Legis actio per pignores capioem***, toda vez que ambas tenían la característica de ser consideradas como ejecutivas. En la primera, originalmente el deudor moroso e insolvente era aprehendido por su acreedor tan pronto incumpliera aquel; con el paso de las décadas la acción fue evolucionando hasta permitir que el deudor tuviera un plazo para poder cumplir con su obligación⁵⁹.

Por lo tanto, el acreedor en un acto solemne exigía el cumplimiento inmediato de la obligación, al incumplir el deudor, era tomado prisionero *ipso facto* y llevado a la casa de su captor. En una segunda época, el deudor gozaba del derecho de defenderse mediante la presentación de un *videx*, es decir, un fiador que respondería por el obligado en caso de mora e insolvencia luego del fenecimiento de un plazo otorgado al deudor para poder cumplir con su obligación⁶⁰.

La autoridad ante quien debía hacerse valer esta acción era el Pretor, el que autorizaba en el momento oportuno la privación de la libertad del moroso con la finalidad presentarlo en un plazo de sesenta días en tres mercados distintos y

magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se le discutía o de realizar un derecho previamente reconocido”, aquí la cita completa; FLORIS Margadant, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Estado de México: Ed. Grupo Editorial Esfinge, 2004, p. 145.

⁵⁷ Cfr. FLORIS Margadant, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Estado de México: Ed. Grupo Editorial Esfinge, 2004, p. 150.

⁵⁸ *Idem*, p. 165.

⁵⁹ Cfr. CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 46.

⁶⁰ *Ibidem*

despertar interés público en familiares y amigos de evitar la esclavitud del deudor o su muerte, de acuerdo con lo que considerara conveniente el acreedor. Misma medida era tomada con su fiador en la segunda época referida⁶¹.

Tocante a la ***Legis actio per pignores capionem***, fue una acción de características ejecutivas similar en algunos aspectos al juicio ejecutivo mercantil o bien, al procedimiento administrativo de ejecución en materia fiscal, pues la ejercitaba un acreedor en contra de su deudor con la intención de que, cayendo en mora el segundo, fueran asegurados todos sus bienes a efecto de garantizar el pago en favor del primero. No obstante, en esta época arcaica no intervenía autoridad alguna que ejecutara o cuando menos vigilara la aplicación de la medida de aseguramiento en comento⁶².

Básicamente el procedimiento de marras puede explicarse de la siguiente manera; el acreedor, por derecho propio y sin necesidad de recurrir a autoridad alguna tomaba un bien como prenda propiedad de su deudor moroso en el llamado *iuris initium*, quien, en caso de sentirse agraviado o abusado por su contraparte, tenía el derecho de acudir ante un Magistrado a manifestar, por ejemplo, que la *pignoris capio* ejercitada en su contra debía declararse infundada o que el bien no pertenecía al patrimonio del deudor.

Asimismo, una de las condiciones que se establecían para poder intentar esta acción era que la voluntad de ambas partes se encontrara expresada ante una autoridad con fe pública, al documento donde quedaba plasmado tal acto se le llamó el *pactum executivum*. Nos dice Rocco, respecto de esta última figura, que se trataba de una forma en que podría pactarse por las partes, someterse a un proceso sumario ejecutivo⁶³.

Abundando en lo anterior, cuando alguno de los que pactaban someterse a esta medida de impartición de justicia, era vulnerado en sus derechos, acudía ante los Magistrados a hacer valer una acción ejecutiva en la que comúnmente se suprimía la fase de declaración de derecho, por lo que podrían pasar a la etapa de ejecución de

⁶¹ Cfr. DE LA PLAZA, Manuel. *El procedimiento mercantil*. México: Ed. Trillas, 1990, p. 71.

⁶² *Ibidem*

⁶³ Cfr. ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Jurídica Universitaria, 2002, p. 5.

manera inmediata. Esto es indudablemente el origen de los procedimientos ejecutivos actuales.

2.1.1.2. Proceso formulario.

Esta etapa histórica de Roma debe considerarse, al igual que la de las acciones de la ley, dentro de la época del orden judicial privado. Cerca del año 130 a.C. luego de la publicación de la llamada ley Ebuca, el sistema procesal romano sufrió diversas variaciones. De entre las novedades se encontró la posibilidad de que las partes intervinientes en un acuerdo o convenio, pactaran la formula con la cual habían de resolver cualquier controversia que se llegara a suscitar durante la vigencia de su relación.

Nos dice Adame Goddard que “en vez de la declaración oral del actor y del emplazamiento para elegir un juez, se admitió que el actor y el demandado convinieran un breve escrito o «fórmula», en el cual indicaban el nombre del juez que resolvería el conflicto y le daban la instrucción de condenar al demandado a la cantidad de dinero exigida por el actor, (...) si resultaba demostrada la existencia de la deuda”⁶⁴.

Relativo a las referidas formulas, ha de precisarse que únicamente se trataba de documentos en los que constaban frases hipotéticas de lo que podría ocurrir en la relación jurídica de las partes y lo que el Juez debía determinar en su caso. Al igual que en la etapa de los de los actos de la ley, en la época formularia se conservaron dos instancias denominadas *in iure* y *apud iudicem*; la primera realizada ante el pretor para convenir la formula y el juez que había de resolverla y la segunda, cuando el juez valora y dicta sentencia en el procedimiento en que se hace valer la fórmula⁶⁵.

Por otra parte, al dictar la autoridad competente sentencia condenatoria, proseguía ejecutar la sentencia. Tal ejecución, desde la actitud que pudieran adoptar las partes, podría adquirir dos diferentes materializaciones, la acataban cumpliendo voluntariamente con lo que les había sido ordenado, o bien, no la acataban con lo que

⁶⁴ ADAME Goddard, Jorge. «*Derecho Romano Clásico I (Introducción e historia, acciones, bienes y familia)*.» Edictum.com.ar. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf> (último acceso: 10 de Enero de 2012).

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*.

se ejercitaba de manera forzosa al estilo de la *pignoris capio*; se interpelaba al deudor y en caso de incumplir, era capturado.

Luego de su captura, el condenado reo podría mediante su trabajo pagar la liberación o bien, ceder la totalidad de sus bienes a favor de su contraparte a través de una *cessio bonorum*, figura jurídica que era aplicable si previamente durante la ejecución de sentencia los bienes de marras habían sido asegurados a través del *imbarricare*⁶⁶ (véase, *infra* Concepto y definición de Embargo).

2.1.1.3. Proceso extraordinario

La aplicación de esta clase de proceso se da durante la época del Derecho Romano posclásico, desde el tiempo del emperador Augusto (s. I d.C.). En un primer momento llamado extraordinario, para posteriormente denominarse procedimiento cognitorio, tiene la característica primordial y diferenciadora de anteriores procedimientos, de que en éste, la autoridad toma conocimiento (*cognitio*) de la totalidad del procedimiento, a diferencia de la época formularia, en que el *Pretor* conocía de la fórmula y el *Juez* o *Magistrado* de la aplicación de la misma.

Grosso modo, el trámite del procedimiento era el siguiente; no habiendo juicios especiales, el actor acudía de manera escrita ante el juez o magistrado para hacer del conocimiento la controversia a resolver, con lo que el procedimiento adquiere el carácter de público. El demandado era llamado a juicio para que pudiera defenderse y ambas partes podían ofrecer pruebas; el Juez resolvía y su fallo podía ser apelable ante autoridades de mayor envergadura⁶⁷.

Respecto a las medidas que podían tomarse para asegurar el resultado de la controversia, en esta época podemos mencionar nuevamente la *cessio bonorum* que suponía la existencia del *imbarricare* (véase, *supra* Proceso formulario); la distinción del proceso extraordinario con las modalidades anteriores, era que debían embargarse bienes suficientes propiedad del condenado durante la ejecución de la sentencia, y no la totalidad de los que integraban su patrimonio⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. CUENCA, Humberto, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷ Cfr. ADAME Goddard, Jorge, *op. cit.*, documento electrónico.

⁶⁸ *Ibidem*.

La individualización de los bienes para su embargo de los que conformaban el patrimonio del deudor toma el nombre de *pignus ex iudicati causa captum* (prenda tomada en virtud de una causa judicial). Supone uno de los más grandes avances en materia de ejecución de sentencias; es por sí mismo, uno de las peculiaridades de la familia del Derecho Civil.

2.1.2. Las siete partidas.

Por otra parte, durante la Edad Media que comprende del siglo V al XV, muchas civilizaciones Europeas transformaron y adaptaron la herencia social y jurídica que las culturas greco-romanas habían visto florecer siglos atrás, no sólo en las artes y en las primitivas ciencias, sino también en la forma en que se organizaban y estructuraban en todo acto de la vida cotidiana. En España *v. gr.*, se produjeron algunos instrumentos normativos con estos matices, como es el caso de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.

Al respecto, este instrumento jurídico (del que ya hemos hablado previamente, véase, *supra* Capítulo Primero) contenía algunas disposiciones tendientes al aseguramiento de bienes y derechos; así, en la Tercera Partida, Título 2, denominado “Del demandador y de las cosas que ha de considerar” encontramos lo siguiente:

Ley 1. Demandador, según derecho, es aquel que hace demanda en juicio para alcanzar derecho, bien sea por razón de deuda, o de daño que ha recibido en el tiempo pasado del que no tuvo justicia, o de lo que le hacen en aquel que está, tomándole o **embargándole** aquello de lo que es tenedor o en lo que tiene algún derecho. Eso mismo decimos de lo que él entiende que debe tener en el tiempo que es por venir, del que se le semeja que le hacen cosa por la que adelante le puede ser **embargado** o perderlo todo.

Al respecto, son observables dos importes diferentes por los cuales ha de embargarse como uno mismo; por razón de la deuda y del daño que ha sufrido (el acreedor) en el tiempo que la deuda ha prevalecido. Una cuestión destacable es que no sólo los bienes corpóreos serán materia de aseguramiento sino también los derechos de los que fuera titular el deudor.

2.1.3. México.

Tocante a nuestro país, como en toda nación con herencia jurídica romana, en el siglo XIX varios jurisconsultos mexicanos que escribieron entre la consumación de

la independencia y la promulgación del Código Civil para el distrito Federal 1870, nos dice Zamora Pierce⁶⁹, coincidieron en que:

“(...) la hipoteca puede ser: 1° Convencional o expresa. 2° Legal o tácita. 3° Pretoria; y es cuando el juez, por contumacia del reo, entrega los bienes de este a su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento de que hablan las tres leyes del título V, libro II de la Novísima Recopilación y el VIII de la Partida 3ª; (...) y el 4° Judicial, que es la vía ejecutiva regular; (...) estas dos últimas (...) como se efectúan en virtud de apremio judicial se reputan por una, pues se diferencian únicamente en que por la pretoria, si se da a un acreedor la posesión de bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse a los demás, por cuya razón tienen igual derecho y preferencia (...)”

Podemos decir que, hasta mediados del siglo XIX se consideró invariablemente que el embargo otorgaba al acreedor un derecho real sobre los bienes embargados, en todo semejante a los derechos hipotecarios y predatorios. En aquella época, nos sigue diciendo Zamora⁷⁰, se creó el RPP, establecido en México por el Código Civil de 1870, para que un derecho real produzca efectos *erga omnes*, con sólo inscribirlo en el RPP.

Prevalecía en aquel siglo, como hasta la fecha, la idea tesis de que el acreedor embargante no podía disponer de los bienes asegurados hasta en tanto no se dilucidara la controversia en su favor; garantía que sin duda protege al deudor en su patrimonio.

2.2. Concepto y definición de Embargo.

Embargo, etimológicamente proviene del vocablo latino *imbarricare* (cerrar una puerta con trancas o barras, que era el procedimiento originario de embargar)⁷¹, y para De Pina es “la intimación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado”⁷².

Otra definición es la que se encuentra en la Enciclopedia Jurídica Mexicana, que determina la figura en estudio como “la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena

⁶⁹ ZAMORA Pierce, Jesus. *Derecho Procesal Mercantil*. México: Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, 2002, p. 182.

⁷⁰ Cfr. *Idem*, p. 183.

⁷¹ Cfr. OVALLE Favela, José. «Embargo.» En *Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo II (D-H)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México: Porrúa, 2000, p. 1249.

⁷² DE PINA Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México: Ed. Porrúa, 2010, p. 263.

que se plantea o se planteará en juicio (embargo preventivo, provisional o cautelar), o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva (embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo)”⁷³.

Esta segunda definición entraña elementos destacables y que su análisis supone un entendimiento profundo de la figura jurídica en comento. Para comenzar, cuando hablamos de embargo nos encontramos ante una figura de carácter jurídico-procesal, por tanto, sabemos que existe una autoridad a la que ha de solicitarse tal medida; y en caso de ser concedida a quien la solicitó, producirá determinados efectos patrimoniales (más adelante veremos el alcance de éstos).

Tales efectos, en segundo lugar, han de recaer sobre bienes que deberán encontrarse en el comercio y pertenezcan a la propiedad privada, de la contraparte o un garante, por ejemplo. Finalmente, el propósito del embargo será el de garantizar el resultado de un juicio en caso de que la resolución que recaiga sobre éste, sea favorable al actor.

Por el momento en que puede solicitarse, pronunciarse y ejecutarse, el embargo básicamente puede constreñirse a dos modalidades; **preventivo, cautelar o provisional** y **definitivo, ejecutivo o apremiativo**. El primer supuesto se da cuando surge con motivo de una medida cautelar o providencia precautoria, o bien, cuando se dicta con la iniciación de un juicio ejecutivo; el segundo de los casos, surge cuando es decretado dentro de un procedimiento judicial de ejecución forzosa o forzada, para lograr el cumplimiento coactivo de una sentencia de condena o de algún otro título ejecutorio⁷⁴, el último de los casos se actualiza pesando sobre el demandado resolución condenatoria.

Como vemos, la articulación de lo anterior permite el entendimiento somero de lo que es el embargo desde su acepción de figura procesal, encarnada en el sistema jurídico mexicano como una institución esencial en el aseguramiento del resultado de una controversia ante los órganos encargados de administrar justicia; no se trata de un mero artilugio jurídico para afectar al deudor, por el contrario, lo consideramos un instrumento eficaz que bien aplicado le otorga a la sociedad certeza jurídica en su actividad cotidiana.

⁷³ OVALLE Favela, José, *op. cit.*, p. 1249.

⁷⁴ *Idem.* p. 1560.

2.3. Naturaleza jurídica.

Para entender la figura jurídica que es el embargo será preciso determinarlo como un acto netamente procesal, que proviene de la solicitud de la parte interesada y que se dirige a la autoridad que conoce de los derechos controvertidos; esta solicitud puede ser resuelta favorable o desfavorablemente por aquella, para luego ejecutarse como proceda atendiendo la naturaleza del juicio y el momento procesal en que se solicita. Comenzaremos entonces un estudio de lo general a lo particular, evitando realizar análisis ociosos de aquello que no tiene aplicación para la comprensión del tema central de este capítulo.

2.3.1. Acto procesal.

El **acto procesal** puede decirse que es el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales. De lo reproducido, es de observarse (entre otras cosas no menos importantes) la clasificación implícita **de acuerdo a los sujetos que ejecutan tales actos** (véase, *Apéndices 1.3*). Son de interés en el presente trabajo tanto los *de las partes* como los *de los agentes jurisdiccionales*.

Primero hablaremos de **actos procesales de las partes, que de acuerdo a su posible resultado** se estudian en cinco grandes grupos; de *petición, prueba, alegación, impugnación* y finalmente de *disposición*. Si se observa y clasifica, el embargo puede ordenarse precisamente dentro del primer grupo, los de *petición*, definidos por Ovalle Favela como “aquellos en los que las partes expresan al juzgador su pretensión”⁷⁵, quedando más que claro que para ejecutar un embargo, será necesaria la solicitud de una de las partes que intervienen dentro del procedimiento a la autoridad competente.

En consonancia con lo anterior, doctrinalmente existe otra clasificación para los actos procesales en atención al **número de sujetos que intervienen**, dividiéndose en *simples* (cuando se lleva a cabo con la intervención de un solo sujeto procesal) y *complejos* (cuando intervienen en su realización varios sujetos procesales)⁷⁶. Así, el embargo también queda comprendido dentro de los segundos, pues éste no podría

⁷⁵ OVALLE Favela, José. *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Oxford, 2005, p. 293.

⁷⁶ *Idem*, p. 292.

existir con la sola intervención de las partes, sino que, es necesario que el mismo se ejecute por la autoridad que conoce del procedimiento en que se desahoga la multicitada medida de aseguramiento.

En segundo término y para ligar lo referido previamente, los **actos procesales de los agentes jurisdiccionales** son *lato sensu*, los actos procesales del órgano de autoridad que conoce de los derechos controvertidos, y estos actos comprenden a las *resoluciones judiciales, audiencias, los actos de ejecución y las comunicaciones procesales*⁷⁷. La figura del embargo es, tanto una resolución judicial como un acto de ejecución, explicaremos el porqué de tal afirmación.

Las **resoluciones judiciales**, se entienden como la “exteriorización de los actos procesales de los tribunales, mediante los cuales atienden las necesidades del desarrollo del proceso y a su decisión. (...) Son las respuestas del órgano jurisdiccional, a las peticiones formuladas por los que intervienen en el proceso”⁷⁸; por su parte, los **actos de ejecución** son “aquellos a través de los cuales el órgano jurisdiccional hace cumplir sus propias resoluciones”⁷⁹.

Luego entonces el embargo, en un primer momento será una resolución judicial en la que se decreta a favor del interesado un derecho de asegurar bienes ajenos a través de la medida cautelar del mismo nombre; embargo. Cuando hablamos en *stricto sensu* del embargo, hablamos de un segundo momento, en el que se materializa mediante un acto de ejecución lo ordenado previamente por la autoridad que conoce de la petición.

2.3.2. Medida cautelar o providencia precautoria.

Hemos utilizado la expresión “medida cautelar” y/o “providencia precautoria” con toda la intención de producir en nuestro amable lector la inquietud de conocer la relación que el embargo guarda con estas figuras. Para comenzar, aclaremos que ambas expresiones son técnicamente sinónimos en la normatividad mexicana, afirmación que realizamos con base en el contenido del CFPC, que en su artículo 610 nos menciona:

⁷⁷ Cfr. *Idem*, p. 294 y 295.

⁷⁸ VIZCARRA Dávalos, José. *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Porrúa, 2011, p. 252.

⁷⁹ OVALLE Favela, José, *op. cit.*, p. 297.

Artículo 610.- En cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, **medidas precautorias** que podrán consistir en:

I. La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;

II. La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;

III. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y

IV. Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

Por su parte, el numeral inmediato siguiente dice:

Artículo 611.- Las **medidas precautorias** previstas en el artículo anterior podrán decretarse siempre que con las mismas no se causen más daños que los que se causarían con los actos, hechos u omisiones objeto de la medida (...)

Para decretar estas medidas, el juez dará vista por tres días a la parte demandada para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de **medidas cautelares** y solicitará (...)

Tal y como se aprecia en los arábigos aquí reproducidos, el legislador emplea ambas expresiones indistintamente. Aclarado lo anterior es procedente explicar la relación que guardan con el embargo. La medida cautelar es la “determinación jurisdiccional en cuya virtud se toman prevenciones tendientes a evitar un daño o peligro, con el procedimiento y los requisitos establecidos legalmente, destinada a garantizar la eficacia de la sentencia dictada en un proceso”⁸⁰.

Del mismo modo, Eduardo Pallares afirma que son “las medidas que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio (...) mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución de éste”⁸¹. Estas conceptualizaciones nos ilustran para entender que la medida cautelar es un todo del que podemos desprender (muchas veces) al embargo, luego entonces, el género será la medida cautelar y una de sus especies *sui generis* el embargo.

⁸⁰ MARTÍNEZ Morales, Rafael. *Diccionario Jurídico Teórico Práctico*. México: Ed. Iure Editores, 2010, p. 536.

⁸¹ Pallares citado en *Ibidem*.

Para confirmar lo dicho es menester explicar que en materia civil, mercantil y laboral se contemplan como medidas cautelares el *arraigo del demandado* y el *secuestro de bienes*⁸², en materia penal la *prisión preventiva* y la *libertad provisional* (con dos modalidades, *bajo protesta* y *causional*), en el proceso fiscal y administrativo existe la *suspensión de la ejecución* de los actos que se reclaman, etc. (véase, *Apéndices 1.4*). Queda de manifiesto que en cada rama del Derecho existen instrumentos y figuras diversas, tendientes a conservar (de la mejor manera posible) los derechos materia del litigio mientras este último se ventila⁸³.

Ahora bien, no siempre se dará el caso en que el embargo tenga naturaleza de medida cautelar, pues las segundas pueden darse en uno de dos momentos; con **anterioridad a la iniciación del proceso o procedimiento** o **durante la tramitación del mismo**, en tanto se dicta la sentencia definitiva que le ponga fin o termine el juicio por alguna otra causa⁸⁴; el embargo por su parte, también puede darse posterior a juicio como una manera de ejecutar una sentencia, estos dos supuestos los estudiaremos prolijamente más tarde.

2.4. Clasificación doctrinaria.

De la multitud de clasificaciones que en la doctrina existen sobre el embargo, elegimos una que en nuestra opinión, deviene en bastante sencilla y por tanto entendible para fines de nuestra labor indagatoria, en la obra *Medidas Cautelares* dirigida por Ronald Arazi⁸⁵, debe clasificarse con base en el momento procesal en que se decreta como preventivo, ejecutivo y ejecutorio, estudiemos esto más a detalle.

2.4.1. Preventivo.

Le llamaremos preventivo al embargo cuando, con éste se pretenda asegurar los bienes antes o durante la tramitación del juicio⁸⁶, por tal motivo, esta clase tendrá el

⁸² El secuestro de bienes puede genéricamente ser aplicado para referirse al embargo, no obstante, es de advertirse que en el primero de los casos constreñiremos la acepción únicamente a muebles e inmuebles, en el segundo de los casos, además de bienes se contemplan derechos.

⁸³ Cfr. FIX Zamudio, Héctor, y José OVALLE Favela. «Medidas Cautelares» En *Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo V (M-P)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Ed. Porrúa, 2002, pp. 51-55.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ ARAZI, Ronald. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999, p. 45.

⁸⁶ CABANELLAS de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000, p. 380.

carácter previo y precaucional, por lo que será necesario cumplir con determinados presupuestos procesales, suficientes para acreditar la necesidad de ejercitar tal medida de aseguramiento.

Nos referimos a que es previo porque como veremos más adelante, no será necesario esperar a que se dicte sentencia definitiva en el procedimiento para poder solicitarlo, quedando contemplado inclusive el supuesto de que se haga efectivo antes de iniciado el juicio. Por otro lado, lo sabemos como precaucional en el sentido de que será el objetivo del promovente conservar el estado que guardan las cosas.

Queda mejor explicado con lo dispuesto por el CFPC, que en los arábigos 384 y 389, dice:

Artículo 384.- **Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo**, pueden **decretarse** todas las **medidas necesarias** para mantener la situación de hecho existente (...)

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.

De lo anterior deducimos prelativamente que esta modalidad de embargo posee un cierto grado de autonomía, ya que el momento en que se promueve la medida de aseguramiento (antes o durante la sustanciación) en que se solicita no depende de un avance procesal o algún documento ejecutivo sino de la necesidad del solicitante, quien pretende que la realidad material se conserve tal y como es al momento de realizar su petición; a esto, la citada ley le llama “una situación de hecho existente”.

En seguida, el mismo instrumento normativo limita el embargo a una “cantidad suficiente”, que supone no exceder con lo embargado aquello que se pretende exigir o se exige del demandado, importe que queda determinado por el solicitante; obligado en su caso a tramitar el juicio correspondiente a la medida en comento en un plazo no superior a cinco días: Aquí dos artículos de la ley en comento que se relacionan con lo comentado:

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

aun no se instaura el juicio. La resolución que conceda la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse.

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.

2.4.2. Ejecutivo.

Este embargo es aquel que “se origina y es consecuencia de la ejecución de alguno de los títulos a los que la ley reconoce carácter de ejecutivo (...) medida de garantía que inmoviliza los bienes sobre los cuales, en procedimientos posteriores, se va a ejercer la venta forzada”⁸⁷. A diferencia del preventivo, la modalidad ejecutiva guarda inmanente conexión con un juicio de la misma naturaleza.

El juicio ejecutivo, sabemos, es un proceso especial generalmente sumario que se inicia con el embargo de bienes, cuyo objeto es el cobro de créditos que constan en un título ejecutivo, puede ser civil o mercantil⁸⁸. A lo largo de su tramitación, este juicio soporta al embargo hecho desde el comienzo (al que denominamos embargo ejecutivo) y se desahoga con todas las etapas de un ordinario.

En materia civil, el CFPC establece claramente los que han de considerarse como títulos ejecutivos;

Artículo 407.- Motivan **ejecución**:

- I.- Las sentencias ejecutoriadas;
- II.- Los documentos públicos que, conforme a este Código, hacen prueba plena;
- III.- Los documentos privados reconocidos ante notario o ante la autoridad judicial, y
- IV.- Los demás documentos que, conforme a la ley, traigan aparejada ejecución.

Por lo que respecta a la materia mercantil, vemos aquí los que previene el CCom:

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

⁸⁷ C. Lodi, Nelson. «Embargo.» En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Ed. Driskill S.A., 1993, p. 942.

⁸⁸ SOBERANES Fernández, José Luis. «Juicio Ejecutivo.» En *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V (I-J)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Ed. Porrúa, 1984, p. 240.

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 art. 1288;

IV. Los títulos de crédito;

(...)

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 convenios emitidos en los procedimientos conciliatorios que realiza la Procuraduría Federal del Consumidor, así como los laudos arbitrales que la misma emite; y

IX. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

De ninguna manera pretendemos abundar en el tema de la ejecutoriedad de los títulos, por lo que al caso sólo mencionaremos que éstos presuponen (entre otras cuestiones) instrumentalidad y certeza ejecutoria⁸⁹. El primer elemento se compone de aquel ensamble imaginario que producen la incorporación, legitimación, literalidad, autonomía y circulación; el segundo elemento es producto del aseguramiento procesal que existe a lo largo del juicio una vez ejecutado el embargo.

2.4.3. Ejecutorio.

En esta última hipótesis caben aquellos que se decretan en el trámite del cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, implicando un paso necesario para la citación de venta y la continuación de la ejecución⁹⁰. Oportuno es precisar que las dos modalidades anteriores, cautelar y ejecutiva, pueden en un momento procesal convertirse en ejecutorias. Otro supuesto sería hablar de un embargo tramitado apenas causada ejecutoria la sentencia.

⁸⁹ En nuestra modesta opinión, no existe mejor recopilación y análisis en México que la hecha por el Dr. Castrillón, quien en su obra realiza un extenso estudio respecto de los títulos de crédito. La cita completa; CASTRILLÓN y Luna, Víctor M. *Tratado de Derecho Mercantil*. México: Ed. Porrúa, 2011, pp.1176-1188.

⁹⁰ ARAZI, Ronald, op. cit., *Medidas Cautelares*, p. 46.

Usando el método inductivo explicaremos el porqué de nuestra afirmación en las dos formas planteadas. Comenzaremos por decir que la sentencia ejecutoria representa aquella que no admite ningún medio de impugnación y que por lo mismo ha adquirido la autoridad de cosa juzgada⁹¹; para llegar a este punto, deberá tramitarse y extinguirse hasta su totalidad un juicio; precisamente, será la última resolución la que verse sobre el fondo de la disputa a la que llamaremos sentencia definitiva.

La calidad de sentencia ejecutoria no se obtiene sino hasta el punto en que ha transcurrido el término legal establecido para tal efecto⁹², es decir, un número de días establecidos en el que ningún sujeto de los que tuviera interés legítimamente reconocido recurriera lo proveído en definitiva por el juzgador que conoce de la controversia. Ocurrido lo anterior, la parte vencedora está en aptitud de promover lo conducente para llevar a cabo la materialización del resultado.

Aquí se explica la primera forma planteada, cuando el embargo ya obre en autos; puede darse el caso en que durante la sustanciación de un juicio ocurra un embargo preventivo o ejecutivo; cuando se resuelva en definitiva, el embargo ya ejecutado no perderá vigencia, por el contrario, se mantendrá y de hecho, la parte embargante buscará resolver sus pretensiones mediante la adjudicación o remate de lo asegurado.

En la segunda forma planteada, cuando no existe embargo durante la tramitación del juicio pero éste ya se encuentre resuelto en definitiva; el acreedor, convertido en vencedor, buscará embargar ejecutoriamente (y no ejecutiva) bienes propiedad del vencido o su garante para asegurar el cobro del importe adeudado. Este supuesto, por ejemplo, se contempla en el CCom:

Artículo 1347.- Cuando se pida la **ejecución de sentencia** o convenio, si no hay bienes **embargados**, se procederá al embargo (...)

Artículo 1397.- Si se tratare de **sentencia**, no se admitirá más **excepción** que la de **pago** (...)

Artículo 1410.- A virtud de la sentencia de **remate**, se procederá a la **venta de los bienes secuestrados**, previo avalúo hecho por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia, nombrados aquellos por las partes y éste por el juez.

⁹¹ FIX-Zamudio, Héctor. «Sentencia.» En *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII (Rep-Z)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Ed. Porrúa, 1984, p. 107.

⁹² No pasa inadvertida en nuestra actividad, que el término “sentencia ejecutoria” o “ejecutoriada” es controvertido, muchas veces calificado como erróneo “en virtud de que no todos los fallos firmes pueden ser objeto de ejecución material”, véase *Ibidem*.

2.5. Derecho real o personal.

Es pertinente analizar y determinar si el embargo supone un derecho personal (*ius ad rem*) o uno real (*ius in re*), pues con la teoría dualista de Bonnecase se sostiene que los derechos reales y personales son distintos⁹³. Lo anterior es así, pues partiendo de la definición del derecho real diremos que es el poder jurídico que se tiene directa e inmediatamente sobre una cosa; por lo que solamente encontramos dos elementos en esta relación; el sujeto que tiene un poder y el objeto sobre el que se detenta aquel.

El derecho personal en esta teoría, se define como la relación entre dos personas; acreedor (sujeto activo), facultado para exigir de otra persona determinada, llamada deudor (sujeto pasivo), una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer (que es el objeto del derecho personal); es decir, una determinada conducta del deudor a favor del acreedor⁹⁴. Son observables desde luego, tres elementos imprescindibles; sujetos **activo** y **pasivo**, así como el **objeto** (prestación o abstención).

Existen en la teoría dualista, seis grandes diferencias entre el derecho real y personal⁹⁵, que consisten en:

- a) En el derecho real encontramos al titular del derecho frente a una cosa; en el derecho personal (también llamado derecho de crédito), el acreedor debe dirigirse a una persona determinada (deudor), cuya intermediación es necesaria para obtener la prestación o abstención. Si el deudor no cumple podrá demandarlo ante la autoridad judicial para lograr la ejecución forzada del cumplimiento de la obligación.
- b) En el derecho real el objeto es una cosa; en el derecho personal o de crédito el objeto es una prestación que puede consistir en un hecho positivo (dar o hacer), o un hecho negativo (no hacer o en una abstención).

⁹³ A diferencia de la teoría monista en la que tanto derechos reales como personales son semejantes o iguales; o bien, las teorías eclécticas que aceptan la existencia de identidad en aspecto externo de los derechos patrimoniales y una separación o diferencia en el aspecto interno.

⁹⁴ Cfr. TAPIA Ramírez, Javier. Bienes: *Derechos reales, derechos de autor y Registro Público de la Propiedad*. México: Porrúa, 2004, p. 34.

⁹⁵ BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil* (Trad. por José Ma. Cajica Jr.), T.II. Tijuana: Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1952, pp. 41 y 42.

- c) El derecho personal o de crédito puede referirse a una cosa determinada en género, por el contrario en el derecho real el objeto debe siempre ser individualmente determinado.
- d) El derecho real es un poder absoluto, oponible frente a todo mundo *erga omnes*; el derecho personal o de crédito es un poder relativo, oponible solamente frente al deudor o sujeto pasivo.
- e) El titular del derecho real tiene una acción real, contra cualquier persona que obstaculice su derecho; el titular del derecho personal sí conoce con anterioridad a su deudor, contra quien o quienes ejercerá su acción personal.
- f) El derecho real tiene un derecho de preferencia y persecución sobre la cosa para ejercitarlos cuando sea desposeído de la misma; el derecho personal no, solamente confiere al acreedor la posibilidad de exigir al deudor o deudores la presentación debida.

Explicado lo que antecede transpondremos al embargo con la teoría dualista. **El sujeto activo será el embargante, pasivo el embargado y el objeto, los bienes embargados.** Luego, el embargante no tiene derechos directamente sobre el objeto, tan sólo se beneficia del embargo asegurando que los bienes materia de éste servirán para garantizar el resultado del juicio en caso de resultar vencedor.

Pese a que en un embargo deberán determinarse los objetos asegurados individualmente, no se tiene poder absoluto sobre los mismos. Igualmente el embargante conoce la identidad del embargado pues de otro modo no podría siquiera entablar una demanda. Finalmente, el embargante manifiesta su poder y exigencia de pago a su contraparte mediante aseguramiento de los derechos o bienes. Queda muy claro que el embargo debe ser identificado como un derecho personal y no un real⁹⁶.

⁹⁶ No pasa inadvertido el criterio que De Pina Vara tiene al respecto de esta interesante discusión; que tratándose de una institución procesal, la clasificación de derecho real o personal no puede ser aplicable de manera alguna al embargo. *Cfr. DE PINA Vara, Rafael. op. cit., p. 263.*

2.6. Naturaleza jurídica en razón de la materia.

2.6.1. Laboral.

En esta materia del Derecho, cuando a través de una resolución definitiva se establezca alguna obligación pecuniaria a cargo del demandado, deberán seguirse los trámites necesarios para asegurar bienes del deudor que respondan por la totalidad de los importes a que fue condenado; este es el momento en el que un embargo puede ser aplicado a efecto de asegurar el resultado del litigio.

La propia lógica jurídica procesal nos enseña, que la ejecución será lo que permite eficacia como fin de la jurisdicción pues no es posible suponer la prestación de la actividad de la autoridad para dirimir la controversia, si una vez resuelta, no se cumplimenta o se hace efectiva la acción de la justicia⁹⁷.

En el ámbito laboral se distinguen tres momentos del embargo; primero un **mandato de ejecución**, luego el **requerimiento de pago** y finalmente la **actualización coactiva de la prevención**. Por mandato de ejecución entenderemos que en los puntos resolutivos del fallo definitivo de la autoridad que conoció del litigio, se determina una facultad para que el deudor pague al acreedor en el acto mismo del requerimiento el monto de lo sentenciado.

En un segundo momento la prevención, se entiende como el requerimiento al deudor para que pague y en caso de negarse se le embargarán bienes suficientes de su propiedad para garantizar la deuda y los gastos de ejecución. Por su parte la actualización coactiva de la amenaza, consiste en el señalamiento de bienes para embargo y, en el depósito de los bienes secuestrados en poder del deudor o del tercero, que se convierte en depositario.

2.6.1.1. Clasificación y fases del embargo.

Existen en esta rama social del derecho dos clases de embargo; el **provisional** o preventivo y el que tiene por objeto cumplimentar el laudo **definitivo**. Considerando la importancia de este acto procesal, analizaremos sus elementos.

⁹⁷ Cfr. ROSS Gamez, Francisco. *Derecho Procesal del Trabajo*. México: Ed. Cardenas, 1991, p. 431.

- a) Auto de embargo. Denominado también auto de ejecución es la resolución dictada por la autoridad del trabajo, que ordena la práctica del embargo o del mandato diverso de la resolución. En efecto, el presidente de la Junta, a petición de la parte interesada dictará auto de requerimiento y embargo, de haber transcurrido el término de 72 horas siguientes en que surta efectos la notificación del laudo.
- b) Diligencia de embargo. Queda contemplada por lo reglamentado en el artículo 951 de la LFT, mismo que aquí reproducimos:

Artículo 951.- En la diligencia de **requerimiento de pago y embargo** se observarán las normas siguientes:

- I. Se practicará en el lugar donde se presta o prestaron los servicios, en el nuevo domicilio del deudor o en la habitación, oficina, establecimiento o lugar señalado por el actuario en el acta de notificación de conformidad con el artículo 740 de esta Ley;
 - II. Si no se encuentra el deudor, la diligencia se practicará con cualquier persona que esté presente;
 - III. El Actuario requerirá de pago a la persona con quien entienda la diligencia y si no se efectúa el mismo procederá al embargo;
 - IV. El Actuario podrá, en caso necesario, sin autorización previa, solicitar el auxilio de la fuerza pública y romper las cerraduras del local en que se deba practicar la diligencia;
 - V. Si ninguna persona está presente, el actuario practicará el embargo y fijará copia autorizada de la diligencia en la puerta de entrada del local en que se hubiere practicado; y
 - VI. El Actuario, bajo su responsabilidad, embargará únicamente los bienes necesarios para garantizar el monto de la condena, de sus intereses y de los gastos de ejecución.
- c) Aseguramiento de embargo. Consiste en la traba del embargo, y los actos jurídicos por virtud de los cuales los bienes embargados se desplazan físicamente del patrimonio del deudor entrando en diverso, en forma provisional, en tanto no se pague la deuda, o bien sean rematados.

2.6.1.2. Inembargabilidad y elección de bienes.

Con relación a la inembargabilidad en materia laboral encontramos cierta concordancia con el CCF (*Cfr. infra Embargabilidad, inembargabilidad y elección de bienes en Civil*), en el sentido de que la LFT tutela el principio de la humanidad, o de

respeto a las necesidades primordiales del deudor⁹⁸, pues a través del arábigo 952 a la letra dice:

Artículo 952.- Quedan únicamente **exceptuados de embargo**:

- I. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia;
- II. Los que pertenezcan a la casa habitación, siempre que sean de uso indispensable;
- III. La maquinaria, los instrumentos, útiles y animales de una empresa o establecimiento, en cuanto sean necesarios para el desarrollo de sus actividades.
- (...)
- IV. Las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;
- V. Las armas y caballos de los militares en servicio activo, indispensables para éste, de conformidad con las leyes;
- VI. El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste;
- VII. Los derechos de uso y de habitación; y
- VIII. Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo, a cuyo favor estén constituidas.

Por otra parte, corresponde exclusivamente al actuario, en el momento de la diligencia de embargo y tomando en consideración lo que expongan las partes, determinar los bienes que deben ser objeto del embargo, prefiriendo los que sean de más fácil realización es decir, los que se puedan enajenar sin mayores obstáculos.

Si en el curso de la diligencia se advierte que los bienes que deban embargarse se encuentran en otro lugar, el actuario deberá trasladarse y previa identificación practicará el secuestro. En efecto, el artículo 956 de la LFT señala:

Artículo 956.- Si los **bienes embargados** fuesen **dinero o créditos** realizables en el acto, el Actuario trabará embargo y los pondrá a disposición del Presidente de la Junta, quien deberá resolver de inmediato sobre el pago del actor.

Ahora bien, cuando el embargo deba recaer en bienes que se encuentren fuera del lugar donde se practique la diligencia, el actuario se trasladará al local donde manifieste la parte que obtuvo que se encuentran y previa identificación de los bienes, practicará el embargo. La susceptibilidad de los bienes la encontramos en la ley en estudio de la siguiente manera:

⁹⁸ Cfr. ROSS Gamez, Francisco, *op. cit.*, p. 439.

Artículo 436.- El **orden** que debe guardarse **para los secuestros** es el siguiente:

- I.- Bienes consignados como garantía de la obligación que se reclame;
- II.- Dinero.
- III.- Créditos realizables en el acto;
- IV.- Alhajas;
- V.- Frutos y rentas de toda especie;
- VI.- Bienes muebles no comprendidos en las fracciones anteriores;
- VII.- Bienes raíces;
- VIII.- Sueldos o pensiones;
- IX.- Derechos, y
- X.- Créditos no realizables en el acto.

2.6.1.3. Perfeccionamiento y ampliación

Del propio texto de la LFT, atendiendo la naturaleza de los bienes secuestrados, las medidas que deberán adoptarse para su perfeccionamiento son las siguientes⁹⁹:

- a) Tratándose de bienes muebles y éstos no se tienen a la vista, el actuario deberá trasladarse al lugar donde se encuentren; comprobada su existencia, tramará el embargo correspondiente.
- b) Si los bienes son inmuebles el embargo se perfeccionará mediante su inscripción en el RPP.
- c) Cuando recaiga en créditos o rentas se perfeccionará con la notificación al deudor o inquilino que los retenga, y ponga a disposición del presidente el importe respectivo.
- d) Si se practica el embargo sobre finca urbana y sus rentas o sobre empresas mercantiles, el embargo se perfeccionará dando posesión al administrador o al interventor, notificando a los inquilinos la nueva situación del inmueble.
- e) Tratándose de embargo de créditos litigiosos, mediante la comunicación a la autoridad que conoce del conflicto.

⁹⁹ Cfr. Artículos 952 al 963 de la LFT.

Hablando de la posible ampliación del embargo, el actor podrá solicitar la ampliación de aquel en los siguientes casos:

Artículo 442.- Puede decretarse la **ampliación de embargo**:

I.- En cualquier caso en que, a juicio del tribunal, no basten los bienes embargados para cubrir la deuda y las costas, y cuando, a consecuencia de las retasas que sufrieren, su avalúo dejare de cubrir el importe de la reclamación, o cuando, siendo muebles, pasaren seis meses sin haberse logrado la venta;

II.- Cuando no se embarguen bienes suficientes por no tenerlos el deudor, y después aparecen o los adquiere, y

III.- En los casos de tercerías excluyentes.

2.6.2. Civil.

En materia civil, el embargo puede darse en tres momentos diferentes bajo el mismo número de formas; como medida cautelar o providencia precautoria, como parte de la ejecución de sentencia o dentro del procedimiento ejecutivo (*véase, supra Clasificación doctrinaria*). En este apartado estudiaremos prolijamente las tres formas mencionadas con antelación por lo que decidimos analizar, a manera de ejemplo, lo contenido por el CCDF y el CPCDF, de tal suerte que para el embargo mercantil (*véase, infra Embargo mercantil*) reservaremos el contenido del CCF y el CFPC.

2.6.2.1. Medida precautoria o cautelar.

Como ya hemos dejado precisado a lo largo del desarrollo de la presente obra, una medida precautoria será aquella “serie de actos llevados a cabo ante la autoridad judicial, mediante la que una persona solicita al tribunal que, sin ejercer su facultad jurisdiccional, tome las medidas necesarias para arraigar a otra persona o para asegurar sus bienes, (...) cuando antes de iniciado un proceso o estando aún en trámite, que su deudor vaya a ocultar o dilapidar su patrimonio para quedar en estado de insolvencia”¹⁰⁰.

De lo anterior es entendible que existen, de acuerdo al tiempo de interposición, dos tipos de medidas; las **prejudiciales**, que se intentan antes de iniciar el proceso y tienen por objeto garantizar el resultado del mismo y por otra parte, las **judiciales**, que se intentan una vez que se ha iniciado el proceso y tienen como finalidad garantizar la

¹⁰⁰ CONTRERAS Vaca, Francisco José. *Derecho procesal civil (teoría y clínica)*. México: Ed. Oxford, 2012, p.95.

ejecución de la sentencia que se dicte o de evitar que se cause un daño de imposible reparación.

Igualmente son apreciables dos tipos de medidas cautelares; el **arraigo de personas**, que procede cuando fehacientemente se presume que el demandado, antes o una vez que se ha ejercitado la acción, se va a ausentar y ocultar del lugar del juicio sin dejar apoderado debidamente instruido y expensado para responder de las resultas del proceso. Por otra parte tenemos al **embargo precautorio**, que será procedente cuando se presume fehacientemente que el demandado, antes o una vez que se ha ejercitado la acción, va a ocultar o dilapidar los bienes sobre los que recaiga la misma. Este apartado estudiará el segundo de los casos.

De acuerdo al CPCDF, serán requisitos para dictar medida cautelar los siguientes:

Artículo 235. Las **providencias precautorias** podrán dictarse:

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

II.- Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;

III.- Cuando la acción sea personal siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

Del mismo modo, cuando se solicite el embargo precautorio, hay que considerar lo siguiente:

Artículo 243.- Cuando se solicite el **secuestro provisional se expresará el valor de la demanda** o el de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión, y el juez, al decretarlo, fijará la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia.

Artículo 244.- Cuando se pida un **secuestro provisional, sin fundarlo en título ejecutivo**, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda sea absuelto el reo.

Artículo 245.- **Si el demandado consigna el valor u objeto reclamado**, si da fianza bastante a juicio del juez, o prueba tener bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda, no se llevará a cabo la providencia precautoria, o se levantará la que se hubiere dictado.

2.6.2.1. Ejecución de sentencia.

Cuando se solicita la ejecución coactiva de la resolución que pone fin al procedimiento, que para el caso resulta la sentencia definitiva; el acreedor en su calidad de vencedor declarado debe continuar impulsando el procedimiento de ejecución, que previos los trámites de ley, permite requerir de pago al vencido y en caso de no ser satisfecho procederá a embargar bienes suficientes de la contraparte reo. Con motivo de lo anterior deberá integrarse a los autos una sección de ejecución.

Al embargo ocurrido en esta instancia podremos denominarle definitivo, y tiene por objeto lograr el cumplimiento forzoso de una obligación de condena impuesta en una determinación judicial ejecutable ya sea que la hubiere dictado el propio Tribunal u homologado, mediante la entrega al acreedor de bienes propiedad del deudor que sean realizables en el acto, o en su defecto mandando custodiar y administrar aquellos cuya venta sea necesario realizar en subasta pública, para que con su precio sea pagado al ejecutante, dejando el saldo a disposición del ejecutado¹⁰¹.

Así las cosas, los requisitos para efectuar la diligencia en este tipo de embargo quedan comprendidos por los artículos 534 al 539 así como el 546 del CPCDF, que básicamente se constriñen a lo siguiente¹⁰²:

- a) Cualquier dificultad no impide o suspende el embargo, y el ejecutor debe resolver lo prudente a reserva de lo que determine el juez.
- b) Es necesario que el ejecutante asista.
- c) Sólo es necesaria la presencia del deudor cuando se trata de juicios ejecutivos ya que si no es encontrado en su domicilio se le debe dejar citatorio para que a una hora fija, dentro del término de veinticuatro horas siguientes, espere al ejecutor, en el caso contrario, la diligencia se practicará con cualquier persona que se encuentre en el lugar señalado para el verificativo de la misma.
- d) Si se ignora el paradero del deudor y no tiene casa en el lugar donde se practica la diligencia se realizará el requerimiento durante tres días consecutivos en el Boletín judicial, fijando cédula en los lugares públicos de costumbre, surtiendo sus efectos dentro de los tres días.

¹⁰¹ Cfr. *Idem*, p. 288.

¹⁰² Cfr. *Idem*, p. 289.

- e) Verificado el requerimiento de pago y no efectuándolo, el ejecutado en ese momento, debe continuarse con el embargo de bienes.
- f) El embargo incluye los bienes que fueron objeto de él, los cuales deben bastar para cubrir la suerte principal y las costas, incluidos los nuevos vencimientos y réditos hasta su total solución, a menos que la ley disponga otra cosa.
- g) El derecho a designar bienes corresponde en principio al deudor y sólo si se rehúsa o está ausente pasará al ejecutante o a su representante, quien si lo considera conveniente puede reservarse el derecho para hacerlo valer con posterioridad.
- h) Todos los embargos de bienes raíces deben inscribirse en el RPP.

2.6.2.2. Ejecutivo civil.

Este apartado tiene como objeto exponer la relación intrínseca que guarda el juicio ejecutivo con la vía de apremio; estimamos ocioso explicar lo que es el juicio ejecutivo de orden civil toda vez que tal procedimiento se encuentra fuera de los objetivos que pretende la presente obra, en consecuencia, únicamente precisaremos el vínculo aludido en líneas anteriores y sus generalidades.

El embargo dentro del juicio ejecutivo civil es un juicio encuentra su base jurídica en un título que traiga aparejada ejecución, al respecto el CPCDF dice:

Artículo 443.- Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un **título que lleve aparejada ejecución.**

Traen aparejada ejecución:

I.- La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó;

II.- Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa;

III.- Los demás instrumentos públicos que conforme al artículo 333 hacen prueba plena;

IV.- Cualquier documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender; basta con que se reconozca la firma aun cuando se niegue la deuda;

V.- La confesión de la deuda hecha ante juez competente por el deudor o por su representante con facultades para ello;

VI.- Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o terceros que se hubieren obligado como fiadores, depositarios o en cualquiera otra forma;

VII.- Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público;

VIII.- El juicio uniforme de contadores si las partes ante el juez o por escritura pública o por escrito privado reconocido judicialmente se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado;

IX.- El estado de liquidación de adeudos, intereses moratorios y/o pena convencional que se haya estipulado en la Asamblea General de Condóminos, suscrita por el administrador y/o comité vigilancia (sic), en el que se incluya copia certificada por Notario Público o por la Procuraduría Social del Distrito Federal, del Acta de Asamblea General relativa y/o del Reglamento Interno del condominio o conjunto condominal, en el que se haya determinado las cuotas a cargo de los condóminos o poseedores para los fondos de mantenimiento, administración, reserva, intereses y demás obligaciones de los condóminos. De acuerdo a lo estipulado en el párrafo tercero del artículo 59 de la nueva Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

Las obligaciones contenidas en los títulos ejecutivos son claramente agrupables en; **unilaterales** cuando una de las partes adquiere los derechos y la otra las obligaciones, **bilaterales** cuando todas las partes de una relación jurídica adquieren derechos y obligaciones, de *dar dinero* en tratándose de cantidad líquida, *dar cosa determinada* cuando el bien no puede ser intercambiado por otro, *dar en especie* cuando se cuenta por número, medida o peso y finalmente, *de hacer* cuando al reo en el juicio se le obliga a ejecutar una actividad a la que se comprometió.

El juicio ejecutivo civil se conforma de dos secciones; la principal que contiene demanda, contestación, juicio y sentencia, la segunda el auto de ejecución y todo lo relativo a ésta, a la depositaría y sus incidentes, a la mejora y reducción del embargo, al avalúo y remate de los bienes; todo lo cual debe formar un cuaderno que aunque sea accesorio del principal debe tramitarse por cuerda separada.

Para la sustanciación de este juicio, analizada la procedencia de la vía, el juzgador dictará auto de ejecución o *execuendo*, donde se ordenará al deudor para que haga pago de su adeudo, indicar el monto del crédito y apercibirlo para que en caso de no cubrirlo se le embarguen bienes suficientes de su propiedad bastantes para cubrir el monto del crédito y las costas. El requerimiento de pago se lleva a cabo en la sección respectiva, se realiza de forma personal y en caso de que el deudor no fuera localizado, se le dejará un citatorio para que dentro de las veinticuatro horas

siguientes espere al ejecutor. Si no lo hace se practicará la diligencia con cualquier persona que se encuentre¹⁰³.

La ejecución aludida es de carácter provisional porque está sujeta al procedimiento de conocimiento posterior a la ejecución, que va a producirse una sentencia, en la cual generalmente se ordenará un remate. Por la fuerza de los títulos ejecutivos, la sentencia en un juicio ejecutivo es de condena y sustitutivamente ordena el remate, si no se obtiene el pago espontáneo o el cumplimiento espontáneo pago entendido en la forma genérica de cumplimiento de las obligaciones¹⁰⁴.

2.6.2.3. Disposiciones comunes a cualquier embargo o depósito de bienes en materia civil.

Respecto a la embargabilidad, el artículo 546 del CPCDF en su segundo párrafo dispone (de forma muy poco ortodoxa, al no enlistar sino en catalogar en forma de prosa), aquellos bienes sobre los que, considerando prelación lógica, puede ejercitarse el derecho de embargo, siendo tales:

- a) Los bienes consignados como garantía de la obligación que se reclama;
- b) Dinero;
- c) Créditos realizables en el acto;
- d) Alhajas;
- e) Frutos y rentas de toda especie;
- f) Bienes muebles no comprendidos en las fracciones anteriores;
- g) Bienes raíces;
- h) Sueldos o comisiones;
- i) Créditos.

Llama poderosamente nuestra atención que, relativo al embargo sobre créditos o cuentas bancarias del deudor solo es procedente cuando aquellas existan al momento de la ejecución, bastando que se haga en forma genérica, para que se trabé el embargo y se perfeccione posteriormente por la parte a cuyo favor se haga la ejecución, con el auxilio de terceros (es decir, las instituciones bancarias), quienes

¹⁰³ Cfr. *Idem*, p. 369.

¹⁰⁴ Cfr. GÓMEZ Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Oxford University Press, 1998, p. 233.

quedan obligados a proporcionar los números de cuenta o crédito que permitan su identificación.

Como la antítesis del artículo referido encontraremos en la legislación de marras la siguiente disposición:

Artículo 544. Quedan **exceptuados de embargo**:

I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;

II.- El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo, a juicio del juez;

III.- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV.- La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a juicio del juez, a cuyo efecto oírá el informe de un perito nombrado por él a costa del deudor;

V.- Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI.- Las armas que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste, conforme a las leyes relativas;

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

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

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

X.- Los derechos de uso y habitación;

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

XII.- La renta vitalicia (...);

XIII.- Los sueldos y el salario de los trabajadores en los términos que lo establece la Ley Federal del Trabajo, siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente de delito;

XIV.- Las asignaciones de los pensionistas del Erario;

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

Como es de observarse, la ley civil es muy extensiva en su protección hacia los bienes que forman el patrimonio del deudor (*Cfr. supra Inembargabilidad y elección de bienes en Laboral*), toda vez que considera, a nuestro parecer, no sólo cuestiones de humanidad sino de un estado de bienestar propiamente dicho y como ejemplo basta leer la inembargabilidad de pensiones.

La elección de bienes, en la materia, queda parcialmente modificada por el numeral 537, que aclara tres supuestos en los que no será necesaria la observancia de los dispositivos supra mencionados, mismos que sintetizamos de la siguiente manera:

- a) Si para hacerlo estuviere autorizado por el obligado en virtud de convenio expreso;
- b) Si los bienes que señala el demandado no fueron bastantes;
- c) Si los bienes estuvieren en diversos lugares; en este caso puede señalar los que se hallen en el lugar del juicio.

Ejecutado el embargo éste puede ampliarse bajo cuatro supuestos:

Artículo 541.- Podrá pedirse la **ampliación de embargo**:

I.- En cualquier caso en que a juicio del juez no basten los bienes secuestrados para cubrir la deuda y las costas;

II.- Si el bien secuestrado que se sacó a remate dejare de cubrir el importe de lo reclamado a consecuencia de las retasas que sufiere o si transcurrido un año desde la remisión, tratándose de muebles no se hubiere obtenido su venta;

III.- Cuando no se embarguen bienes suficientes por no tenerlos el deudor y después aparecen o los adquiere;

IV.- En los casos de tercera (...)

Por otra parte, existen tres maneras de llevar a cabo el depósito de un bien embargado o secuestrado judicialmente¹⁰⁵;

- a) El **depósito simple**, en el que la persona designada como depositaria debe conservar los bienes en el estado que le fueron entregados, teniendo que realizar los gastos de mantenimiento necesarios para evitar su pérdida o menoscabo, a cargo del deudor.

¹⁰⁵ *Cfr. Ídem*, p. 292.

- b) El **depósito en administración**, cuando el embargo recayó sobre fincas urbanas o rentas y en este caso, el depositario debe no sólo conservarlas sino llevar a cabo la administración de las mismas.
- c) En un tercer supuesto se encuentra la **intervención con cargo a la caja**, que es una modalidad del depósito en administración y procede cuando los bienes embargados son una negociación comercial o industria, o una finca rústica, debiendo el interventor designado llevar a cabo la administración de las mismas.

En los tres casos será imprescindible un depositario, pero existen algunas restricciones para su nombramiento, como se encuentra de manifiesto en el numeral 543 del CPCDF, que a la letra dicen:

Artículo 543. De todo secuestro se tendrá como **depositario** a la persona que bajo su responsabilidad nombre el acreedor, pudiendo ser él mismo o el deudor, mediante formal inventario.

Se exceptúan de lo dispuesto en este precepto:

I.- El embargo de dinero o de créditos fácilmente realizables que se efectúa en virtud de sentencia, porque entonces se hace entrega inmediata al actor en pago; en cualquier otro caso, el depósito se hará en billete de depósito que se conservará en el seguro del juzgado;

II.- El secuestro de bienes que han sido objeto de embargo judicial anterior, en cuyo caso el depositario anterior en tiempo lo será respecto de todos los embargos subsecuentes mientras subsista el primero, a no ser que el reembargo sea por virtud de juicio hipotecario, derecho de prenda u otro privilegio real; porque entonces éste prevalecerá si el crédito de que procede es de fecha anterior al primer secuestro;

III.- El secuestro de alhajas, obras de arte y demás muebles preciosos que se hará depositándolos en el Monte de Piedad, a costa del deudor.

2.6.3. Mercantil.

La figura procesal del embargo en materia mercantil guarda un inmanente vínculo con su similar en el derecho civil, debido a que el CCom vigente es suplido en sus lagunas por las disposiciones de carácter civil, pues así lo ordena el numeral 1054 de la ley en comento; consecuentemente lo estudiaremos en la misma prelación con que lo hicimos en anterior caso, pero ahora bajo los rubros **providencia precautoria, ejecución de sentencia y ejecutivo mercantil**.

2.6.3.1. Providencia precautoria.

En materia comercial una providencia precautoria será la medida preventiva de seguridad prevista por la ley, que se concede al actor para que pueda hacer valer en juicio sus derechos, medidas que son decretadas por el juzgador y que consisten en el arraigo de una persona, el secuestro provisional de bienes o ambas cosas¹⁰⁶. El tema de las medidas precautorias es previsto por el capítulo XI del título primero del libro quinto del CCom.

Antes de entrar en materia, es de resaltarse que para el derecho mercantil únicamente existen las dos providencias anteriormente referidas, sin importar lo que en **leyes supletorias** pudiera contemplarse, sostenemos este argumento pues coincidimos plenamente con el pronunciamiento jurisdiccional asentado mediante tesis aislada que aquí se reproduce:

“PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA MERCANTIL, SU REGULACIÓN ESPECIAL NO ADMITE SUPLETORIEDAD DE LA LEY ADJETIVA LOCAL O FEDERAL.

“De la interpretación de los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio se desprende, entre otras cuestiones, que en los juicios mercantiles pueden dictarse medidas precautorias siempre que exista temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, o bien de que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real y cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene. Sin embargo, existe prohibición expresa en cuanto a que no pueden dictarse otras providencias que las previstas en el propio Código de Comercio, las cuales consisten exclusivamente en: arraigo y secuestro de bienes. Lo anterior, es así pues fue intención del legislador delimitar restrictivamente las providencias precautorias a esos dos supuestos en los juicios mercantiles y no consideró pertinente, para los fines y efectos del derecho comercial, introducir a los procedimientos de ese tipo otras medidas, por ser incompatible con los actos de comercio; además, cabe señalar que tales medidas no se encuentran reguladas de manera deficiente ya que no se establecieron excepciones a esa regla, por lo que no puede decirse que se esté ante una insuficiencia y por ende que se requiera aplicar supletoriamente la ley adjetiva.”¹⁰⁷

En otro orden de ideas, lo que en el derecho civil es denominado “*medidas cautelares*”, en el mercantil han de llamarse medidas precautorias, no obstante que el propio CCom en su artículo 1425 legisla que “puede solicitársele a un juez la adopción de medidas cautelares provisionales”. Otras características son que, están diseñadas

¹⁰⁶ Cfr. CASTILLO Lara, Eduardo. *Procedimientos mercantiles*. México: Ed. Oxford University Press, 2008, p. 323.

¹⁰⁷ Tesis aislada I.3o.C.623 C, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, visible en el SJFYG, novena época, Tomo XXV, junio de 2007, p. 1130, con número de registro 172165.

para ser promovidas por el actor o quien pretenderá serlo, tienen por objetivo impedir que el deudor eluda el cumplimiento de sus obligaciones, son decretadas por un juez y finalmente, pueden ser promovidas antes de iniciado el juicio o posteriormente en cuyo caso se sustanciarían por cuerda separada.

Con relación a la procedencia de estas medidas, el CCom determina:

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

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

Como ya se dijo previamente, como providencias precautorias únicamente existen para el derecho mercantil tanto el arraigo de persona como el secuestro provisional de bienes; centraremos nuestros esfuerzos en la segunda, que es definida por el CCF de la siguiente manera:

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

La medida en estudio permite asegurar bienes antes de dictarse sentencia sin necesidad de contar con título ejecutivo, en este caso deberá¹⁰⁸:

- a) Expresarse el valor de la demanda o el de la cosa con que se reclama, designándola con toda precisión; al decretarla, el juez fijará la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia.
- b) Acreditarse el derecho que se tiene para gestionarla y la necesidad de la medida que se solicita. La prueba puede consistir en documentos o por lo menos tres testigos idóneos.
- c) Debe otorgarse fianza para responder de daños y perjuicios que se sigan porque se revoque la providencia o porque entablada la demanda correspondiente, se absuelva al demandado.
- d) Ni para recibir la información ni para dictar la medida se cita a la parte contraria.

¹⁰⁸ Cfr, *Idem* p. 335

- e) El aseguramiento se rige por lo dispuesto para los juicios ejecutivos mercantiles (*véase, infra Ejecutivo mercantil*).

Los términos en los que se desahoga la diligencia de aseguramiento son de acuerdo con el CCom los siguientes:

Artículo 1394.- La **diligencia de embargo** se iniciará 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.

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.

Finalmente, la no ejecución de una providencia o en su caso el levantamiento de la que se hubiera dictado puede darse cuando la persona contra la que se pronuncie consigne el valor u objeto reclamado, de fianza bastante a criterio del juez o pruebe tener bienes suficientes para responder del éxito de la demanda. La manera en que debe ejercitarse lo anterior no queda del todo clara en la práctica; algunos consideran que debe intentarse un incidente de levantamiento de medida, otros que es un incidente de reclamación.

2.6.3.1. Ejecución de sentencia.

Esta modalidad se encuentra reglamentada por el CCom en el libro quinto, capítulo XXVII. Cuando no existan bienes embargados durante el trámite del procedimiento se procederá al embargo de aquellos, es decir, deberá existir primeramente una sentencia definitiva que resuelva la controversia y que ésta favorezca las prestaciones del actor, nos encontramos entonces fuera de juicio.

El artículo es preciso al señalar que cuando se haya resuelto el litigio mediante resolución de la autoridad que tuvo conocimiento de éste no podrá el deudor sino cumplir su condena:

Artículo 1397.- Si se tratare de **sentencia, no se admitirá más excepción que la de pago** si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado ese término, pero no más de un año, se admitirán además las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año, serán admisibles también la de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, y la de falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria, convenio o juicio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores á la sentencia, convenio o juicio, y constar por instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial.

El CCom señala también que para la ejecución de sentencia lo siguiente:

Artículo 1079.- **Cuando la ley no señale término** para la práctica de algún acto judicial, o **para el ejercicio de algún derecho**, se tendrán por señalados los siguientes:

I. (...)

II. (...)

III. (...)

IV. **Tres años** para la ejecución de sentencias en juicios ejecutivos y demás especiales que se prevean en las leyes mercantiles y de los convenios judiciales celebrados en ellos;

V. **Cinco años** para la ejecución de sentencias en juicios ordinarios y de los convenios judiciales celebrados en ellos, y

VI. (...)

La autoridad puede decretar la prescripción del derecho de ejecución sin que para ello sea necesaria la solicitud del vencido, esta postura la siguiente tesis aislada:

PRESCRIPCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN MATERIA MERCANTIL. EL JUEZ PUEDE ANALIZARLA DE MANERA OFICIOSA, SIN QUE CON ELLO SE VULNEREN LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y DISPOSITIVO QUE RIGEN ESE PROCEDIMIENTO.

De la interpretación correlacionada de la fracción IV del artículo 1079 y el numeral 1397 del Código de Comercio se advierte que la prescripción de la ejecución de la sentencia de un juicio ejecutivo mercantil es una figura procesal que no puede ser opuesta como excepción sino que, en todo caso, corresponde al juzgador del conocimiento pronunciarse sobre el particular incluso, de manera oficiosa, sin que con ello se vulneren los principios de congruencia y dispositivo que rigen el procedimiento mercantil, debido a que, por un lado, de los mismos artículos no se observa que al interesado le corresponda hacer valer, vía excepción, la prescripción de que se habla y con ello propiciar que se dirima esa cuestión, pues dicha figura no se trata de una excepción procesal a la que le sea aplicable el principio de justicia rogada y, en

consecuencia, tampoco puede decirse que de analizarse oficiosamente se viole el principio de congruencia rector del procedimiento, dado que no constituye un tema que a fin de ser resuelto deba hacerse en forma específica a través de una excepción procesal. Entenderlo de otra manera implicaría contravenir el principio de seguridad jurídica, en la medida en que no se tendría certeza respecto de la vigencia de la ejecución de la sentencia en contraposición a lo que dispone el primero de los citados numerales, en cuanto a que ésta será de sólo tres años.¹⁰⁹

Finalmente, debe considerarse que para poder embargar en la ejecución será necesario primeramente que la cantidad a la que fue condenado el demandado sea líquida, pues en el caso de que en la sentencia definitiva no se expresen cantidades de dinero habrá que tramitar un incidente de liquidación.

2.6.3.1. Ejecutivo mercantil.

Para abordar este tema prescindiremos en medida de aquellos conceptos que nos conduzcan a tratar al juicio ejecutivo mercantil; limitaremos nuestra actividad a hablar de cómo ocurre el embargo en el procedimiento referido. Así, para demandar en la vía ejecutiva mercantil, es necesario acompañar como requisito *sine qua non* un título ejecutivo.

Este documento será examinado por la autoridad que conoce del asunto a fin de comprobar que existen elementos de certeza, liquidez y exigibilidad. Satisfecho lo anterior, la autoridad dictara un auto admisorio también llamado *exequendo*, al respecto el arábigo 1392 del CCom establece:

Artículo 1392.- Presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo, se proveerá auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo **se le embarguen bienes suficientes** para cubrir la deuda, los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste.

El auto de *exequendo* no tiene el valor de cosa juzgada, pues llegado el momento de dictar sentencia, el juez valorará nuevamente las cuestiones estudiadas en un principio, además de los argumentos hechos valer por el demandado para su defensa. El auto admisorio ordenará que el demandado sea requerido de pago y no haciéndolo le sean embargados bienes suficientes para cubrir la deuda y costas¹¹⁰.

¹⁰⁹ Tesis Aislada VI.2o.C.33 C, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Sexto Circuito, visible en el SJFyG, décima época; libro XXIV, tomo 3, septiembre de 2013, p. 2642, con rubro 2004549.

¹¹⁰ Cfr. ZAMORA Pierce, Jesus, *op. cit.*, p. 160.

Luego entonces, son distinguibles en este embargo dos momentos distintos; el **requerimiento** y la **traba del embargo**. Por cuanto hace al primero, diremos que dictado el auto de embargo, de inmediato se procederá a requerir de pago al deudor. Esta diligencia tiene como objetivo dar una oportunidad al demandado para que, mediante pago voluntario de su adeudo, se libre de las molestas consecuencias del embargo y del procedimiento.

Si el deudor en una primera búsqueda no se encontrara en el domicilio señalado para el efecto de desahogar la diligencia, se le dejará un citatorio fijando día y hora para que tenga verificativo la práctica del *execuendo* apercibido que en caso de no encontrarse en una segunda diligencia, ésta se entenderá con cualquier persona que en el lugar se encuentre. Requerido de pago, el deudor únicamente tiene dos opciones, pagar o ser embargado.

Respecto a la traba del embargo, una vez que el demandado ha sido requerido y no se efectúa el pago por el importe de la deuda; la autoridad a través del actuario judicial procederá a embargar formalmente los bienes propiedad del deudor, quien tiene el derecho de señalar los de su preferencia y en caso de negarse, ese derecho será trasladado al actor y, tal como dice Zamora Pierce “a partir de ese momento, la garantía genérica del acreedor sobre el patrimonio de su deudor se individualiza sobre los bienes embargados”¹¹¹.

El orden de embargo de bienes se establece por el CCom de la siguiente manera:

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. (...)

Como es de apreciarse, la lista considera en un primer momento la facilidad para trabar el embargo; una vez realizado el señalamiento de bienes, el actuario

¹¹¹ *Ibidem*

procederá a detallarlos dentro del acta circunstanciada en la que se hace constar los pormenores de la diligencia, misma que no se interrumpirá bajo ninguna circunstancia.

2.6.3.1. Disposiciones comunes a cualquier embargo o depósito de bienes en materia mercantil.

El perfeccionamiento del embargo, en atención a la naturaleza del bien, tiene algunas condiciones a considerar, nos dice Zamora Pierce¹¹²:

- a) Bienes muebles. Deberán entregarse en depósito a la persona nombrada por el acreedor. El aseguramiento se logra incluso si se designa como depositario al propio deudor, pues, a partir de ese momento, ya no será poseedor a título de dueño, sino gracias a su carácter de depositario judicial, si sustrae la cosa o dispone de ella, será sancionado como autor del delito de abuso de confianza.
- b) Bienes inmuebles. Se tomará razón del embargo en el RPP.
- c) Créditos. El secuestro se reducirá a notificar al deudor o a quien deba pagarlos, que no verifique el pago, sino que retenga la cantidad o cantidades correspondientes a disposición del juzgado, apercibido de doble pago en caso de desobediencia; y al acreedor contra quien se haya dictado el secuestro, que no disponga de esos créditos, bajo las penas que señala la ley penal.

En otro orden de ideas, la inembargabilidad en materia mercantil considera lo establecido por las leyes civiles, y además incorpora la teoría de que los derechos personalísimos no son susceptibles de ser embargados; de tal suerte que no puede aplicarse esta medida sobre el carácter de socio del miembro de una sociedad en nombre colectivo o de una sociedad de responsabilidad limitada.

Bajo esa tesitura, afirman Jiménez Asenjo y Mantilla Molina respectivamente, que los acreedores particulares de un socio no podrán, mientras dure la sociedad, embargar sino las utilidades que corresponden al socio, según el balance social y, cuando se disuelva la sociedad, la proporción que le corresponda en la liquidación¹¹³.

¹¹² Cfr. ZAMORA Pierce, Jesus, *op. cit.*, p. 164.

¹¹³ Mantilla y Jiménez citados en ZAMORA Pierce, Jesus, *op. cit.*, p. 167.

En el caso de las sociedades por acciones, pueden embargarse las acciones del deudor, en cuanto esos títulos representen un porcentaje del valor económico del capital social; pero el derecho corporativo de voto no es embargable y, de acuerdo con la doctrina más común, continúa perteneciendo al accionista ejecutado hasta el momento en que las acciones sean adjudicadas en el remate¹¹⁴.

Relativo a la mejora, reducción, levantamiento y sustitución del embargo; los bienes embargados deben ser suficientes para cubrir la deuda, es decir su valor no debe ser ni mayor ni menor que el adecuado para garantizar el pago del adeudo, de sus intereses y de las costas judiciales, tomando en cuenta el demérito que, sobre dicho valor, tendrá la venta en pública almoneda.

Cuando los bienes embargados no fueren suficientes para garantizar el adeudo, surge la posibilidad de que el acreedor asegure nuevamente bienes para ver satisfecha su pretensión de garantía; si por el contrario, los bienes embargados excedieran la cantidad que se requirió, entonces el deudor podrá solicitar al juez la reducción de los bienes asegurados. Estas modificaciones al embargo ya ejecutado pueden realizarse en cualquier momento del procedimiento mediante incidente.

Tocante a la sustitución del embargo, debemos entender “levantar la traba sobre ciertos bienes y hacerla recaer sobre otros, o bien aceptar que la garantía representada por el embargo sea cambiada por otra”¹¹⁵, así lo dice el CCom de la siguiente manera:

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

Tocante al depósito de los bienes embargados, debe ser hecho por el acreedor; recayendo aquel en éste o en cualquier otra, incluso en su deudor. Según Andreoli, “el nombramiento de depositario no es consecuencia de un acto unilateral sino que, debido a que el depositario nombrado no tiene obligación de aceptar el cargo, la aceptación que hace íntegro el contrato de depositaría judicial”¹¹⁶. Cuando las cosas embargadas pertenecen al comercio se trata de un depósito mercantil y la

¹¹⁴ Mantilla citado en *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. ZAMORA Pierce, Jesus, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁶ Andreoli citado en ZAMORA Pierce, Jesus, *op. cit.*, p. 172.

obligación de devolver los bienes una vez resuelto el litigio, recae exclusivamente en el depositario.

Finalmente, como vimos previamente (*véase, supra Disposiciones comunes a cualquier embargo o depósito de bienes en materia civil*), para perfeccionar el embargo de bienes inmuebles será necesaria la formalidad de registrar esta medida ante el RPP. Transcurridos dos años desde la fecha de la inscripción de un embargo, podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso, la cancelación total de la inscripción, si el interesado no ha promovido en el juicio correspondiente. La cancelación se hará por mandamiento escrito de la misma autoridad que ordenó la inscripción.

2.6.4. Fiscal (PAE).

Es el turno de analizar al PAE, un procedimiento económico coactivo que la autoridad hacendaria a través del SAT, hace valer en contra de los contribuyentes con la finalidad de garantizar el cobro de un crédito fiscal no pagado en el plazo legal establecido, esta idea encuentra su origen en la tesis de que las autoridades administrativas en materia fiscal pueden cobrar los créditos fiscales que se originen con motivo de la mora en que incurran los contribuyentes, sin que para ejercitar tal procedimiento se requiera que un órgano jurisdiccional tenga conocimiento de este proceder.

El PAE está regulado por el CFF en el capítulo III, del título V y se conforma por cuatro secciones; *disposiciones generales* (artículos 145 a 150), *del embargo* (artículos 151 a 163), *de la intervención* (artículos 164 a 172) y *del remate* (artículos 173 a 196-B). Lo dicho se traduce en las diferentes etapas que integran un PAE. Nuestra intención no será tratar como tema central al procedimiento de marras, sino atender las formas y modalidades en que el embargo puede darse, pues existe además del embargo como etapa, el embargo precautorio, nuestra tarea es explicar ambos supuestos.

2.6.4.1. Embargo precautorio.

El numeral 145 del CFF otorga la facultad a la autoridad de practicar embargo precautorio sobre los bienes del contribuyente pese a que el crédito fiscal no sea exigible, bajo la condicionante de que exista “peligro inminente” de que el obligado

realice cualquier operación tendiente a evadir sus obligaciones. Como vemos, existen ciertas similitudes entre cada materia de derecho respecto a la figura en estudio.

La autoridad que practique el embargo precautorio levantará acta circunstanciada en la que precise las razones del embargo; y en esta misma se asentará por lo menos lo siguiente:

- a) El requerimiento de pago al obligado para que dentro del término de 10 días desvirtúe el monto por el que se realizó el embargo. El embargo quedará sin efecto cuando el contribuyente cumpla con el requerimiento. Transcurrido el plazo antes señalado, sin que el obligado hubiera desvirtuado el monto del embargo precautorio, éste quedará firme.
- b) El embargo precautorio se convertirá en definitivo al momento de la exigibilidad de dicho crédito fiscal y se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución.
- c) Si el particular garantiza el interés fiscal en los términos del artículo 141 de este Código, se levantará el embargo.

Consideramos que esta modalidad de aseguramiento de bienes viola el derecho humano de certeza jurídica que la CPEM otorga a sus gobernados; lo anterior es así porque el embargo precautorio genera en la esfera jurídica del contribuyente un estado de incertidumbre al desconocer la justificación de la medida tomada a efecto de garantizar un supuesto crédito fiscal cuyo monto no se encuentra determinado.

2.6.4.1. Embargo como etapa del PAE.

Otra modalidad de embargo prevista por el CFF respecto al PAE, es la que contempla a aquel como una etapa del procedimiento mismo, es decir, se encuentra dentro y por tanto presupone la existencia de un crédito fiscal determinado. Porrás y López nos dice respecto al PAE que “no habiéndose satisfecho el crédito fiscal mediante el pago que es el cumplimiento normal de todo tipo de obligaciones, se llevará a cabo la ejecución”¹¹⁷.

¹¹⁷ PORRAS y López, Armando. *Derecho Procesal Fiscal*. México: Ed. Textos Universitarios S.A., 1969, p. 141.

Ahora bien, para encontrarnos en calidad de estudiar la modalidad de aseguramiento que nos ocupa, primeramente explicaremos que para surgir será necesario que la autoridad requiera de pago al contribuyente, constituyéndose ésta en el domicilio de aquel para el efecto de practicar la diligencia respectiva. Nos dice el CFF al respecto:

Artículo 151.- Las **autoridades fiscales**, para hacer efectivo un crédito fiscal exigible y el importe de sus accesorios legales, requerirán de pago al deudor y, en caso de que éste no pruebe en el acto haberlo efectuado, **procederán** de inmediato como sigue:

I. A **embargar bienes suficientes** para, en su caso rematarlos, enajenarlos fuera de subasta o adjudicarlos en favor del fisco.

II. A **embargar negociaciones** con todo lo que de hecho y por derecho les corresponda, a fin de obtener, mediante la intervención de ellas, los ingresos necesarios que permitan satisfacer el crédito fiscal y los accesorios legales.

(...)

Otras consideraciones que son imperativas por fuerza de ley durante la diligencia son:

- a) El ejecutor que acuda al domicilio del contribuyente, deberá identificarse plenamente.
- b) Si no encuentra a la persona que debe notificar, o al representante legal tratándose de personas morales, dejará citatorio para que lo espere a una hora fija del día hábil siguiente.
- c) Si la persona citada o su representante legal no se encuentran presentes, se practicará la diligencia con quien se encuentre en el domicilio o, en su caso, con un vecino.
- d) En caso de que los vecinos se negasen a recibir la notificación, ésta se hará por medio de instructivo, que se fijará en lugar visible del domicilio, debiendo asentarse la razón de tal circunstancia.
- e) El ejecutor realizará acta pormenorizada y entregará copia de la misma a la persona con la que entienda la diligencia; esta acta deberá cumplir con todos los requisitos a que se refiere el artículo 38 del CFF.

La diligencia *de ejecución* (en menor o mayor medida, parecida a la ejecución de los juicios ejecutivos civil y mercantil), se inicia con la notificación del proveído, la cual consiste en hacer saber al deudor o en su defecto a la persona con la cual se

entienda la diligencia, que tendrá derecho a que intervengan dos testigos y a designar los bienes que deban embargarse, sujetándose de acuerdo al arábigo 155 del CFF, al siguiente orden:

Artículo 155.- La persona con quien se entienda la **diligencia de embargo**, tendrá derecho a señalar los bienes en que éste se deba trabar, siempre que los mismos sean de fácil realización o venta, sujetándose al orden siguiente:

I. Dinero, metales preciosos, **depósitos bancarios, componentes de ahorro o inversión asociados** a seguros de vida que no formen parte de la prima que haya de erogarse para el pago de dicho seguro, o cualquier otro depósito en moneda nacional o extranjera que se realicen en cualquier tipo de cuenta que tenga a su nombre el contribuyente en alguna de las entidades financieras o sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, salvo los depósitos que una persona tenga en su cuenta individual de ahorro para el retiro hasta por el monto de las aportaciones que se hayan realizado de manera obligatoria conforme a la Ley de la materia y las aportaciones voluntarias y complementarias hasta por un monto de 20 salarios mínimos elevados al año, tal como establece la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

II. **Acciones, bonos, cupones vencidos, valores mobiliarios y en general créditos de inmediato y fácil cobro** a cargo de entidades o dependencias de la Federación, Estados y Municipios y de instituciones o empresas de reconocida solvencia.

III. **Bienes muebles** no comprendidos en las fracciones anteriores.

IV. **Bienes inmuebles.** En este caso, el deudor o la persona con quien se entienda la diligencia deberá manifestar, bajo protesta de decir verdad, si dichos bienes reportan cualquier gravamen real, embargo anterior, se encuentran en copropiedad o pertenecen a sociedad conyugal alguna.

La persona con quien se entienda la diligencia de embargo podrá designar dos testigos y, si no lo hiciera o al terminar la diligencia los testigos designados se negaren a firmar, así lo hará constar el ejecutor en el acta, sin que tales circunstancias afecten la legalidad del embargo.

Puede darse el caso de que el ejecutor señale bienes sin sujetarse al orden anteriormente referido por dos razones; que la persona con quien se entienda la diligencia no señale bienes suficientes a juicio de la autoridad o no haya seguido dicho orden al hacer el señalamiento; para esto, el ejecutor deberá señalar, bienes que sean de fácil realización o venta, y en el caso de bienes inmuebles, el ejecutor solicitará al deudor o a la persona con quien se entienda la diligencia que manifieste bajo protesta de decir verdad si dichos bienes reportan cualquier gravamen real, embargo anterior, se encuentran en copropiedad o pertenecen a sociedad conyugal alguna.

Al igual que en las materias anteriormente estudiadas, existen algunas excepciones relativas a la embargabilidad de bienes, siendo para el derecho fiscal las siguientes:

- a. El lecho cotidiano y los vestidos del deudor y de sus familiares.
- b. Los muebles de uso indispensable que no sean de lujo a juicio del ejecutor.
- c. Los libros, instrumentos, útiles y mobiliario indispensable para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que se dedique el deudor.
- d. La maquinaria, enseres y semovientes de las negociaciones, en cuanto fueren necesarios para su actividad ordinaria a juicio del ejecutor, pero podrán ser objeto de embargo con la negociación en su totalidad si a ella están destinados.
- e. Las armas, vehículos y caballos que los militares en servicio deban usar conforme a las leyes.
- f. Los granos, mientras éstos no hayan sido cosechados, pero no los derechos sobre las siembras.
- g. El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste.
- h. Los derechos de uso o de habitación.
- i. El patrimonio de familia en los términos que establezcan las leyes, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.
- j. Los sueldos y salarios.
- k. Las pensiones de cualquier tipo.
- l. Los ejidos.

En otro orden de ideas, el CFF confiere la facultad a los jefes de las oficinas ejecutoras para que, bajo su responsabilidad, nombren y remuevan libremente a los depositarios de los bienes embargados. Cuando el jefe de la oficina ejecutora no hubiere realizado el nombramiento del depositario, podrá designarlo el ejecutor, pudiendo recaer el nombramiento en el mismo ejecutado. Trascendente es mencionar, que cuando se trata de embargos de inmuebles o negocios, los depositarios tendrán el carácter de administradores o de interventores con cargo a la caja, con las cargas inherentes a dichos nombramientos.

Una vez trabado el embargo, si la autoridad considera que los bienes embargados resultan insuficientes para cubrir los créditos fiscales podrá ampliar el embargo en cualquier momento del PAE para cubrir la totalidad del monto adeudado. Así, como se mencionó anteriormente, las autoridades competentes están facultadas

para exigir el pago de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la ley mediante el PAE.

En este sentido, el artículo 151 del CFF prevé que el PAE, inicia con el requerimiento de pago al contribuyente, estando facultada la autoridad fiscal para, en el mismo acto, trabar embargo en caso de no obtener la cantidad que se le adeuda. Dicho embargo puede trabarse en la negociación del contribuyente con el propósito de obtener, mediante su intervención, los ingresos suficientes que permitan satisfacer el crédito fiscal y sus accesorios.

En este supuesto último, la negociación embargada se deja bajo la custodia del depositario o depositarios designados por el jefe de la autoridad exactora, o en su defecto, cuando no lo haya hecho, por el ejecutor. La eficacia del embargo sobre una negociación está supeditada a la designación del depositario con el carácter de interventor, pues sólo mediante el ejercicio de sus funciones es posible obtener los recursos monetarios para satisfacer el interés fiscal.

El interventor con cargo a la caja tendrá la obligación de separar las cantidades que correspondan por conceptos de salarios y demás créditos preferentes, y de retirar de la negociación intervenida el diez por ciento de los ingresos en dinero y de entregarlos en la caja de la oficina ejecutora diariamente o, a medida en que se efectúe la recaudación.

Además, el interventor con cargo a la caja debe informar periódicamente a la oficina ejecutora sobre la situación existente en la negociación con motivo de su intervención y es posible que sus informes den lugar a que la ejecutora ordene que cese la intervención con cargo a la caja y se convierta en administración, o bien, se proceda a enajenar la negociación. Ésta intervención se levanta cuando el crédito fiscal esté cubierto o, cuando se enajena la negociación.

Así las cosas, podemos concluir que la designación de interventor con cargo a la caja se actualiza en el momento en que se traba embargo sobre la negociación y, como consecuencia jurídica inevitable, se nombra al depositario que por disposición legal tiene el carácter de interventor con cargo a la caja.

CAPÍTULO TERCERO. ERRORES EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO Y SU EMBARGO.

3.1. Los errores conceptuales en el depósito bancario.

Mediante la presente tesis sostenemos que el concepto del **depósito bancario de dinero** (*véase, supra Concepto y definición del depósito bancario de dinero*), ha sido **confundido con el concepto de cuenta bancaria** y en consecuencia, malentendidas muchas de las operaciones que tienen que ver con esta última figura, como es el caso de su **erróneo embargo**. En este ulterior capítulo avocaremos la actividad indagatoria a determinar cómo es que fácticamente se agravan múltiples derechos (en su acepción subjetiva) cuando una autoridad ordena el embargo de una cuenta bancaria.

Frecuente es en la práctica jurídica contenciosa previo cumplimiento de los requisitos legales, que los interesados soliciten a la autoridad, sean embargados bienes a su contraparte a efecto de garantizar el resultado del juicio, ya sea en forma preventiva, ejecutiva o ejecutoria (*véase, supra Clasificación doctrinaria*), pudiendo señalarse una cuenta bancaria ante las situaciones de hecho determinadas en la ley, pero para poder embargar una cuenta bancaria debemos suponer primeramente que la misma es por un lado *propiedad del cliente*, y por otro, un *objeto jurídico embargable*, dos **planteamientos con los que no estamos de acuerdo**.

Las condiciones señaladas emanan a su vez un gran número de cuestionamientos, precisamente es nuestra intención plantearlos y dilucidarlos frente a la postura de que **ni la cuenta bancaria le pertenece al cliente de la institución financiera ni tampoco la cuenta es per se susceptible de embargo**, para lo que es imprescindible tratar lo tocante a los conceptos de cuenta bancaria y cómo opera el embargo de las mismas.

3.1.1. Cuenta bancaria como elemento subjetivo y objetivo.

Recibe el nombre de “cuenta bancaria” genéricamente, aquella de cheques o de ahorro que el banco establece a una persona física o moral, quienes reciben el nombre de cuentahabientes, y que pueden realizar depósitos y retiros¹¹⁸. La

¹¹⁸ Cfr. IBARRA Hernández, Armando. *Diccionario Bancario y Bursátil*. México: Ed. Porrúa, 2000, p 55.

entenderemos pues como un mecanismo bancario en el que pueden registrarse sumas de dinero y de las que el cuentahabiente puede disponer en medida de lo pactado previamente.

La cuenta bancaria es uno de los mecanismos que las instituciones de crédito utilizan para soportar las actividades financieras a las que está dedicada frente a sus clientes. Para el caso en estudio, la cuenta tiene como finalidad vincular a una persona con la institución de crédito, pero ¿a quién pertenece la cuenta bancaria? ¿Al cliente o al banco? En nuestra opinión y hablando estrictamente de una cuenta de ahorro o de cheques (frecuentemente complementarias del servicio de depósito bancario de dinero), pertenece **al Banco**.

No obstante, es bastante común que en los usos y prácticas bancarios se emplee la expresión “cuenta del cliente”; afirmamos que esto no es del todo correcto, toda vez que si la cuenta bancaria perteneciera al cuentahabiente éste podría trasladar aquella de banco en banco a su conveniencia, cuestión que es imposible, puesto que la cuenta sólo está reconocida por la institución de crédito ante la que se realizó el contrato que le dio origen¹¹⁹.

En todo caso de lo que podría disponer el cliente, sería de los valores registrados en la cuenta bancaria, lo que nos hace distinguir dos elementos totalmente distintos, por un lado hay una cuenta bancaria, que pertenece al banco; por otro, el registro de los depósitos al banco a favor del titular de la cuenta. Para ayudar al proceso cognitivo de nuestro amable lector, llamaremos pues al primer elemento **subjetivo** y al segundo **objetivo**.

El elemento subjetivo de la cuenta bancaria está representado, a nuestro entender, por la pertenencia de la cuenta bancaria y sirve entre otras cosas, para identificar la relación que el banco tiene con su cliente. El elemento objetivo de la cuenta, contrariamente, comprende **el registro** del importe de dinero que se encuentra contenido por la cuenta más no el importe mismo. Las diferencias entre ambos elementos son bastante apreciables cuando ya se ha explicado lo anterior, así

¹¹⁹ Uno de los estudios más pragmáticos que podemos encontrar en la doctrina tocante a la cuestión de los contratos y convenios bancarios, es consultable en RUIZ Torres, Humberto Enrique. *Derecho bancario*. México: Ed. Porrúa, 2003, p. 136 y 137.

tenemos *v. gr.*, que el elemento subjetivo sirve para identificar, **el objetivo para cuantificar, pero ni uno ni otro son el dinero mismo.**

Mientras que en el elemento subjetivo se distingue implícitamente la relación existente entre el banco y su cliente (a través del número y nombre de la cuenta), en el segundo lo importante es la suma de dinero que se ha acumulado a favor del cliente (o desde el punto de vista bancario, el dinero que ha captado la institución de crédito). Del primer elemento no puede disponer el cliente, del segundo sí; puede el cuentahabiente retirar su ahorro o girar un cheque siempre que la cuenta tenga fondos suficientes, pero sin importar cuánto se abone a favor no puede cambiar unilateralmente la naturaleza de la cuenta que tiene con el banco.

Dicho de una forma breve y pragmática, el elemento subjetivo reúne a los sujetos que intervienen en un contrato, quienes identificamos como banco y cliente, el elemento objetivo se encuentra en las expresiones aritméticas que representan el dinero que es depositado a favor del cliente.

3.1.2. Custodia en la cuenta bancaria.

Como ya hemos dicho, **la cuenta bancaria es el resultado de un contrato entre una institución bancaria y algún usuario de servicios bancarios**, se encuentra supeditada a lo que en el contrato mismo que le da origen se haya pactado por las partes (o mejor dicho, lo que el banco se obligó a ofrecer a su cliente y reservó para sí). El límite del contrato y por ende, de la cuenta bancaria que se origina, únicamente es lo que la ley determine para las figuras jurídicas involucradas, así la LGTOC, tocante al depósito bancario de dinero refiere:

Artículo 267.- El **depósito de una suma determinada de dinero** en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, **transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir** la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

De lo anterior es de apreciarse, entre otros tantos aspectos, que al depositar dinero existe un **traslado de dominio** del depositante a favor del depositario, a quien pesa la restitución del importe hacia el autorizado en la cuenta para el cobro. Esta obligación de restituir involucra la responsabilidad del depositario a **custodiar** el importe.

Como hablamos de un depósito de dinero y éste es irregular, el depositario no requiere devolver a su depositante los mismos billetes, monedas o divisas que le fueron consignados, en cambio, cuando el depositante hace valer el cobro de lo depositado, el sujeto obligado restituirá las cantidades a que se obligó, con otros diferentes billetes y monedas. **Así, cuando el titular del cobro en la cuenta bancaria acude ante la ventanilla del banco o realiza una operación con la tarjeta de débito asociada a la cuenta, el banco no le estará regresando los mismos metales y papeles que a la cuenta bancaria fueron depositados, sino cualquier otro con el mismo valor.**

Trasladando lo dicho al ámbito bancario, el elemento de **custodia** obliga al banco a regresar los bienes a sus clientes una vez que éste los exija, bajo la modalidad de cobro que para el efecto ambos han pactado (simple, a la vista, con previo aviso, a plazo, etc.), pero en tratándose de dinero, cuando existe una transferencia en la propiedad de éste, el banco no devuelve las mismas divisas o monedas que le fueron entregadas sino otras que tengan el mismo valor, dicho de otro modo, el banco no devuelve de *idem corpus* el dinero encomendado para su resguardo¹²⁰.

Al depositario corresponde el *deber jurídico* y la *responsabilidad patrimonial* para el caso de incumplimiento. El primero se refiere a la deuda misma y la segunda a que, en razón de esa deuda, queda afectado su patrimonio en garantía. Así, todo menoscabo que llegara a sufrir el dinero de la cuenta en que ha recaído no será responsabilidad de cliente sino de la institución. Con esto apoyamos la idea de que la custodia existe durante la vigencia del contrato pero se centra sobre el valor y no sobre el cuerpo.

3.2. El error de la autoridad impartidora de justicia.

Bastantes son las definiciones que ha merecido el concepto de error en la doctrina nacional y extranjera; dice a manera minimalista Pietrobon que el error es una

¹²⁰ Garrigues ya había distinguido en su época esta característica de la custodia para el depósito de dinero, labor que Vasquez del Mercado supo bien apreciar y refirió múltiples veces a lo largo de su obra, aunque en ambos casos no pudieron nuestros autores apuntalar la idea adecuadamente. La cita completa; Garrigues en VÁSQUEZ Del Mercado, Óscar. *Contratos Mercantiles*. México: Ed. Porrúa, 1992, p. 403.

falsa representación de la realidad¹²¹, mientras que Carnelutti completa el argumento diciendo que el sujeto que cae en el error no pudo tomar posesión de la realidad¹²². Ambos autores coinciden en que la realidad es una y por tanto correcta pero es el sujeto quien interpreta inadecuadamente el mundo.

Luego entonces, el “error de autoridad impartidora de justicia” es aquel cometido por los funcionarios del Estado que tienen la potestad de dirimir controversias. Cuando esta clase de errores es cometido en juicio o cualquier otro procedimiento le llamaremos **error procesal**, y para estos últimos nos dice Mosset, la clasificación atendiendo la voluntad del juzgador son distinguibles dos tipos de errores, el **error-vicio** y el **error-obstativo**¹²³.

El primero de los casos es el que influye en la toma de decisiones de la autoridad en el acto procesal, el segundo influye en las discordancias entre voluntad y declaración¹²⁴, es decir, en el error-vicio la toma la decisión del juzgador nace errada por una disociación del mundo y su realidad previa a la decisión. En el error-obstativo en cambio, la autoridad tiene un criterio respecto algún planteamiento determinado pero resuelve distinta a como en realidad piensa.

Nos interesa el segundo planteamiento, el del error-obstativo, pues es el resultante entre la formación de un criterio de quien resuelve y lo que debe resolver en estricto derecho¹²⁵. Para este error hay una subclasificación, el *error de hecho* y el *error de derecho* que ocurren en caso de una falsa interpretación de los acontecimientos expresados en el caso concreto y cuando no se aplica de manera adecuada la ley, respectivamente.

A mayor abundamiento, el error de hecho ocurre cuando la autoridad que conoce de alguna controversia no interpreta adecuadamente los acontecimientos trascendentales que las partes le expresan y que forman parte de la *litis* a resolver. Para el caso del error de derecho la autoridad entiende lo que las partes le narran pero

¹²¹ Pietrobon citado en MOSSET Iturraspe, Jorge. *El error judicial*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, p. 34.

¹²² Cfr. Carnelutti en *Idem*, p. 35.

¹²³ Cfr. MOSSET Iturraspe, Jorge. *El error judicial*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, p. 35.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Indudablemente el error-vicio nos queda como una tarea de estudio pendiente y que no descartamos abordar a futuro. De la misma manera, otro planteamiento valioso para su análisis científico es el de clasificar a los errores judiciales en dolosos y culposos.

al momento de realizar algún fallo (de trámite o definitivo), no observa adecuadamente la letra de la ley o el sentido que ésta tiene, justo aquí podemos situar al error en el embargo.

3.3. Error en el embargo.

Identificado que hemos dejado al error judicial, es el turno de analizarlo en el contexto del embargo (*véase, supra Capítulo Segundo*). Para enfocar nuestra labor analítica diremos que como figura procesal que es, el embargo requiere ser ordenado por la autoridad ante quien se ventila la controversia y hecho valer ante la presencia del interesado.

Luego entonces quedan identificados al menos **tres momentos en el embargo**, la **solicitud**, **orden** y la **ejecución**; independientemente de que uno se realice simultáneamente a otro (*v. gr.*, en el caso del juicio ejecutivo mercantil en que el señalamiento de bienes ocurre en la ejecución). Mejor explicado diremos que la ejecución de un embargo en cualquier procedimiento es siempre antecedida de una solicitud del interesado (parte actora) y habida en autos por orden de autoridad. Los aludidos momentos son frecuentemente mal practicados en la sustanciación del procedimiento.

En primer lugar la **solicitud del embargo**, sea cual fuere el momento procesal en que se realice y sin obviar en su procedencia, debe ser **precisa** respecto de la cosa que se desea asegurar; deberá ser **descriptiva** hasta en el detalle más mínimo, toda vez que esto allega a la autoridad los elementos necesarios para poder dictar un proveído que sea en menor medida recurrible. Lo ideal sería que, si la solicitud del interesado denota alguna clase de oscuridad, la autoridad desechara de plano.

Aquí suceden varios supuestos de solicitud errónea merecedores de estudio, como ejemplo el caso en que la solicitud del interesado no contenga información precisa o suficiente de la cuenta que desea asegurar; otro caso sería que simplemente en la solicitud del interesado se pidiera que embargar cuenta bancaria indeterminada a nombre de su contendiente sin referir mayor dato que la razón de la institución bancaria en que la contraparte es cuentahabiente.

Luego, en la segunda hipótesis de que la **autoridad declare procedente** un embargo, es decir, que recaiga un proveído que autoriza al solicitante efectuar el

embargo a bienes de su contraparte, deberá **especificarse** el límite del derecho que ostenta el embargante pues se corre el riesgo de que éste abuse, lo que por sí mismo constituye un agravio a los derechos de quien tuviera algún interés en los bienes. Somos de la opinión de que el embargo debe regirse bajo el principio *uti, non abuti* (usar, no abusar).

Ocurre que la autoridad autorice un embargo y en la resolución respectiva no se precise la información clara y correcta que vincule la orden con el bien a embargar, como lo es en el caso de automotores, en los que debe precisarse más que la apariencia del vehículo, el número de serie, motor y placa, así como otros datos que permitan plena identificación del objeto.

En el tercer supuesto, sostenemos que al **momento de ejecutarse** el embargo con **estricto** apego a la ley sino además al proveído que le da origen en el procedimiento, pues al momento de que el ejecutor o autorizado para ejecutar el embargo excediere a lo ordenado o embargara cosa distinta a lo que se está señalando en la constancia respectiva, se produciría *ipso facto* una responsabilidad en la que aquel sería un sujeto activo y por otra parte, una arbitrariedad procesal que puede ser combatida por recursos ordinarios y extraordinarios.

Podría darse el caso, por ejemplo, en que el juez ordena mediante proveído, se embarguen bienes suficientes de la parte demandada para asegurar el resultado del juicio, y durante la celebración de la diligencia correspondiente se levante acta pormenorizada donde se señalen los bienes asegurados pero que el actuante trabe embargo sobre un objeto diverso al que está describiendo.

En resumen de todo lo anterior, afirmamos que si al ejercer el embargo no hay solicitud precisa y descriptiva, resolución específica y ejecución estricta, nos encontramos ante la **existencia del error** en aquel, sin perjuicio de los agravios que en sus derechos pese al embargado.

3.4. Error en el embargo de cuentas bancarias.

En tratándose de **cuentas bancarias**, donde debemos considerar que existe un **traslado de dominio del depositante al depositario y que el dinero en realidad pertenece al segundo**, existe un error conceptual trascendente y que decididamente, es el tema central de la presente tesis de grado, nos referimos a que ni la sociedad ni

la autoridad reconocen que existe diferencia entre cuenta bancaria y el contrato de depósito.

Tenemos que, cuando alguna autoridad ordena el embargo de una cuenta bancaria, se está cometiendo un craso error toda vez que la cuenta no pertenece al cliente y por tanto se encuentra fuera de su esfera patrimonial, a más de lo anterior, una cuenta no podría ser embargada pues en realidad no representa ninguno de los bienes o derechos enlistados casuísticamente por las leyes de cada materia que pueden ser asegurados.

Sostenemos lo anterior pues la cuenta en *per se*, no representa un bien corpóreo o incorpóreo, mueble o inmueble, ni un derecho de crédito sino más bien, es una consecuencia de algún contrato celebrado entre banco y cliente. Luego, los derechos de crédito que existen en la relación del depósito bancario son así mismo, consecuencia del contrato citado en líneas anteriores, **la cuenta bancaria únicamente es un registro de todos los movimientos en el *deber y haber* del cliente**, es una **referencia** de operaciones bancarias, un **registro** del aumento o disminución de la deuda que el banco contrae con su cliente cada vez que se deposita dinero.

Los derechos y obligaciones de las partes se originan en el contrato y son éstos los que pueden en todo caso embargarse, la cuenta bancaria es un simple registro. Sostener que una cuenta bancaria es embargable sería tan impensable como la idea de que se puede embargar la credencial de elector de un ciudadano mexicano o el registro de éste en el padrón electoral (que por cierto, ni credencial ni padrón pertenecen al sujeto). En el caso de la cuenta bancaria (que tampoco pertenece al cliente sino al banco, pues éste es quien “lleva la cuenta”), si se intentara un embargo, no podría materializarse toda vez que es sólo un registro.

Lo verdaderamente interesante es sostener qué es embargable entonces... lo que **resulta susceptible de aseguramiento** son **los derechos de crédito que el usuario tiene a favor** y en los que el banco es sujeto obligado (pues así funciona el depósito irregular), que como ya dijimos se originaron en el contrato y no en la cuenta. Así, embargar los derechos de crédito sería lo correcto mas no la cuenta, en cualquiera de sus elementos, objetivo y subjetivo (*véase, supra Cuenta bancaria como elemento subjetivo y objetivo*).

Mejor explicado queda cuando decimos que **es erróneo embargar una cuenta bancaria** porque **ni puede embargarse a la persona que deposita o al que se deposita** porque son personas (depositario o depositante, *elemento subjetivo*), **ni tampoco puede embargarse el registro** de las sumas que el banco está obligado a pagarle a su cliente o autorizado al cobro, porque son simples operaciones aritméticas que representan un deber y un haber (*elemento objetivo*). Son **embargables** en cambio, los **derechos de cobro** de los que goza el cuentahabiente o dicho correctamente a nivel técnico, del contratante en el instrumento que dio origen a la cuenta, que para el caso debe ser alguna modalidad del contrato de depósito irregular de dinero.

3.5. Dinero y derechos de cobro.

Como ya dijimos, el dinero que la cuenta bancaria contempla en el haber del cliente realmente pertenece al banco, en virtud de que el contrato de depósito irregular de dinero que es el origen de la cuenta contempla un traslado de dominio, traslado que es absolutamente necesario que ocurra para que el banco tenga una captación de capitales y pueda posteriormente darles acomodo en otras actividades financieras.

Al cliente le pervive un **derecho de cobro** del dinero que se ha depositado en la cuenta a su nombre, porque fácticamente al depositarse el dinero éste último entra al caudal patrimonial del ente financiero quien no distingue en la captación más que cantidades a pagar y a disponer para sus actividades específicas como miembro de la banca privada. De aquí la idea de usar una cuenta bancaria, distinguirla con un número y darle el nombre del cliente, pues el banco será siempre el mismo obligado.

Tocante a los derechos de cobro en el contrato de depósito, los definiremos bajo la responsabilidad de los de la voz, como la facultad que tiene el cuentahabiente respecto del banco con el que realizó el contrato de exigir le sean entregadas las cantidades que a su favor se encuentren en el cómputo de la cuenta bancaria; por otra parte, atendiendo al banco como pasivo, pesará la obligación de entregar las cantidades a que tiene derecho el cliente (véase *supra Elementos personales y obligaciones de las partes*).

La **obligación** aludida se compone del **deber jurídico** y a la **responsabilidad patrimonial** como dos fases lógicas y cronológicas; respecto a la primer fase está

constituido (en el caso que nos ocupa) por el puro **débito** del banco al cliente, o sea, por el deber del deudor (deber de cumplimiento, o de prestación, deber prestar, efecto de presión psíquica), al que corresponde una legítima expectativa del acreedor; tal débito realiza una relación entre personas. El segundo momento o fase se conforma por la **responsabilidad**, consistente en un estado de sujeción de cosas al que corresponde un verdadero derecho subjetivo del acreedor (cliente) de hacer valer esta sujeción; ese momento sobreviene en el caso de eventual incumplimiento del deber de prestación¹²⁶.

No obstante que por cada obligación existen dos extremos, de un lado quien se obliga y del otro quien tiene la potestad de obligar, el momento del deber del banco es primero respecto al derecho del acreedor cliente. Esto es, que el deber del banco para restituir las cantidades de dinero que le fueron entregadas en propiedad por el cliente es primero que el derecho del cliente de exigir su pago¹²⁷.

El objeto de la relación jurídica en el contrato de depósito es el deber u obligación del depositario, la forma de conducta regulada por la LGTOC, cuando refiere en el artículo 267 que “(...) lo **obliga** (al depositario) **a restituir** la suma depositada en la misma especie (...)”, lo que denota un estado de sujeción jurídica o subordinación del Banco respecto del depositario. A mayor abundamiento, efectuado el depósito, el banco debe aunque el cliente no ejerza la facultad de recibir u obtener o de exigir el pago al depositario.

Luego entonces, el dinero y los derechos de cobro son dos elementos que pertenecen a la semántica del contrato irregular de dinero mas no una unidad que para su estudio deba dividirse. Se trata de dos cuestiones totalmente distintas en su definición y que convergen cuando se entienden a favor del depositario y en la obligación del depositante.

3.6. Legalidad, eficacia y límite del embargo erróneo.

Si hemos sido acuciosos con algo en el presente estudio, sin duda ha sido con la tarea de acotar tanto el concepto del depósito irregular como el de embargo. No cabe la menor duda de que el embargo en nuestro país (como en muchos otros) se

¹²⁶ Cfr. Messineo citado en *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, México: Ed. Porrúa, 1979, p. 23.

¹²⁷ Cfr. Enneccerus citado en *Idem*, p. 18 y 19.

practica de forma errónea, sin ajustarse a los cánones teórico-procesales ni mucho menos a los legales.

Consideramos pues que el embargo sobre la cuenta bancaria es ilegal en virtud de que no se ajusta a ningún precepto legal que lo funde ni en una resolución *ad hoc* que lo motive. Si un acto de autoridad no se ajusta a lo que las leyes determinan y más aun, se le da un sentido diferente a lo que cualquier disposición pudiera ordenar se viola el principio de legalidad y por tanto, se lesiona el derecho de un gobernado.

Sostenemos además, que la ilegalidad surge desde que la autoridad que lo ordena es indocta en su conceptualización de conceptos tan sencillos y elementales en el universo jurídico, tales como, “cuenta bancaria”, “saldo” y “derecho de cobro”. No somos de la idea de señalar a los solicitantes de esta medida como los causantes de la mala *praxis* judicial toda vez que, precisamente cada litigante buscará mejorar su condición como parte del juicio y será responsabilidad de las autoridades que conocen de la *litis*, evitar que los sujetos en disputa abusen de los mecanismos legales existentes.

Por otra parte, consideramos que aunque mal practicado el embargo sobre las cuentas bancarias, y totalmente equivocado conceptualmente, sin duda esta medida es un elemento *sine qua non* para el debido aseguramiento de las pretensiones en disputa y le brinda a los procedimientos cierto equilibrio para obligar a la parte reo a realizar una defensa adecuada o perder el bien en su intento.

No pasa por nuestra mente que el embargo de cuentas bancarias como actualmente se lleva a la práctica sea ineficaz, por el contrario, **da resultados pero no por eso es correcto practicarlo como se hace**. Lo adecuado es ceñirse a lo que la ley dispone y no rebasarla mediante argumentos falaces; quien lo practica inadecuadamente y comete el error de ejecutarlo en las condiciones por demás expuestas sin duda se convierte en susceptible de ser combatido por medio de los recursos procedentes, y en los que se aclare al juzgador el objeto real del embargo.

Es precisamente de nuestro especial interés la cuestión de la defensa del embargo erróneo pues, creemos muy en los adentros de nuestro pensar, que la deficiencia para uno será la ventaja para el otro; lo mal solicitado, ordenado y ejecutado por uno, da cabida a que el afectado (en uso de todo su derecho) tome

ventaja de estos errores y los capitalice procesalmente. En lo sucesivo abundaremos, a manera sistemática, de las que creemos son los argumentos más adecuados para proteger a la parte reo en el procedimiento del que se desprende el embargo.

3.7. Idea de la defensa contra el embargo erróneo.

No pasa inadvertido para los de la voz el hecho de que, siendo incorrecta la aplicación que de las leyes que rigen al depósito irregular (principalmente la LGTOC), existen también recursos legales para hacer frente a un eventual embargo que produjera afectación en la esfera jurídica de cada uno de los sujetos que en este tipo de contrato intervienen, recordando que son dos, el cliente o cuentahabiente y la institución financiera.

Deberá existir resolución de autoridad competente en donde se ordene “el embargo de las cuentas bancarias a nombre del cuentahabiente”, a continuación la institución financiera no tendrá otra tarea que la de “congelar” (como se suele denominar a este acto) los fondos que existen en el haber de la cuenta, es decir, los inmoviliza para que no pueda el cliente u otro autorizado hacer uso de ellos. El cliente tendrá conocimiento de que la cuenta a su nombre ha sido asegurada cuando intente disponer del dinero mediante la forma convenida con el banco; cobro en ventanilla, cheque, tarjeta de débito, etc.

Atendiendo al sujeto que plantee la defensa y contra quien la interponga, deberá asumirse un argumento distinto; en observancia de lo anterior expondremos tres supuestos distintos; cuando un cuentahabiente se defiende del acto de la autoridad, cuando el cuentahabiente controvierte a proceder del banco en el caso de que éste embargue cuentas a nombre del primero y el tercer supuesto, cuando el banco se defiende contra un acto de autoridad que ordena el embargo.

3.7.1. Cuentahabiente *versus* orden de autoridad.

Cuando al usuario titular de la cuenta o al autorizado para el cobro intente hacer uso de los importes del haber de la cuenta bancaria, el banco hará del conocimiento de éstos que mediante resolución judicial se encuentra imposibilitado para cumplir con su obligación contractual de devolver el dinero. Ante esto, el argumento que el cuentahabiente debe utilizar en contra de la autoridad que ordenó el

embargo, indistintamente de la instancia, puede versar en dos sentidos; de forma y de fondo.

De forma. Si se pretende alcanzar una nulidad de la resolución que ordena el embargo de la cuenta a su nombre, el embargado deberá estudiar la manera en que está hecha la resolución que le agravia, primordialmente en los aspectos de si se menciona en la resolución número de cuenta y saldos, pues de otro modo, no podrían ser objeto de un aseguramiento “las cuentas que se encontraran a su nombre”, en virtud de que es carga de su contraparte precisar las referencias que alleguen a la autoridad de las evidencias suficientes para su buen proceder. De manera genérica, el CFPC precisa que:

Artículo 439.- El ejecutante puede señalar los bienes que han de ser objeto del secuestro; sin sujetarse al orden establecido por el artículo 436;

I.- Si, para hacerlo, estuviere autorizado por el obligado, en virtud de convenio expreso;

II.- Si los bienes que señale el ejecutado no son bastantes, o si no se sujeta al orden establecido en el artículo 436, y

III.- Si los bienes estuvieren en diversos lugares. En este caso puede señalar los que se hallen en el lugar del juicio.

Es más que obvio que cuando en la ley, el legislador usa la palabra “señalar” (que literalmente es dar “seña” de algo o alguien), es una cuestión que obliga a ser lo más preciso posible para poder distinguir. Luego entonces si se es impreciso, no podrá llevarse a cabo la materialización del embargo, porque un bien o derecho debe ser plenamente identificado. No es suficiente con la orden de una autoridad en la que se manifieste que han de embargarse bienes, deben identificarse esos bienes.

Así ocurre cuando por ejemplo, un inmueble o un automotor son asegurados, se da referencia de números de inscripción y matriculas respectivamente, para que no exista lugar a dudas de lo que ha de embargarse.

De fondo. Si el cuentahabiente pretende combatir en el fondo el embargo de las cuentas a su nombre, lo ideal es manifestar mediante sendos recursos ante la instancia procedente, que los dineros asegurados no forman parte de su patrimonio y sin embargo, se ve privado de otras prerrogativas a que tiene derecho pero que con motivo del error en el embargo, no puede ejercitar, estas prerrogativas son desde luego las que comprenden a su derecho de cobro.

Lo anterior queda clarificado si lo decimos del siguiente modo: Si el embargo se materializó en contra de un cuentahabiente sobre el haber de una cuenta bancaria, se está afectando **patrimonio distinto al de él**, puesto que el dinero que es depositado pertenece a la institución bancaria; pero al mismo tiempo y de manera indirecta, se le está privando de algo a lo que sí tiene derecho y que no fue objeto de aseguramiento alguno como los son sus **derechos de cobro** frente a la institución financiera con la que contrató los servicios de depósito y que responde en todo momento por el resguardo de lo depositado.

3.7.2. Cuentahabiente versus banco.

Si fracasa la defensa del embargo erróneo en el juicio de origen ante la autoridad que lo ordenó y ejecutó, siempre quedará la posibilidad de responsabilizar mercantilmente al banco, como el ente financiero que representa de dos maneras; ya sea por el por el **incumplimiento** de sus obligaciones como sujeto en el contrato de depósito para que responda a cabalidad por los daños y perjuicios que haya causado el inadecuado cumplimiento del resguardo de las cantidades depositadas; u optativamente, demandar al banco el **cumplimiento** de lo contratado en la adhesión en la que el cliente plasmó su voluntad.

Mediante acciones ordinarias mercantiles y en atención a las necesidades del perjudicado, pueden optarse por una de las siguientes opciones; una, la **terminación anticipada** del contrato de depósito por una causa imputable al banco en la que se reclamen además de las cantidades habidas a favor del promovente en la cuenta respectiva, el *pago de daños y perjuicios* causados a raíz del incumplimiento por parte del banco frente al cuentahabiente; la otra, intentar **reclamar el cumplimiento forzoso** del contrato hasta su última consecuencia, con la intención de que el banco regrese el importe a favor del cuentahabiente y ambos conserven así la calidad de contratantes sin que se dé por concluido el mismo.

3.7.3. Banco versus orden de autoridad.

En tercer lugar, la institución bancaria a la que se ordenara el embargo de una cuenta, puede embargarla o no dependiendo de si la resolución de la autoridad en que se funda este acto de aseguramiento cumple con los requisitos más elementales como lo son; nombre del cuentahabiente, número de cuenta y saldos actualizados. Esto es

imprescindible pues, como se ha dicho antes, cuando se trata de embargo, debe precisarse el bien que se va a asegurar.

En una situación de ideales y al tiempo impensable en las economías actuales, es que el banco respondiera a la autoridad que se encuentra imposibilitado para embargar la cuenta del cliente toda vez que la cuenta no es propiedad de éste sino un registro contable de los dineros que se hallan en el haber del cuentahabiente pero en propiedad del banco y por tanto, embargar el registro constituye un imposible, al menos así es desde el punto de vista teórico.

Con todo lo que hemos expuesto en el presente capítulo, creemos haber demostrado que en la práctica litigiosa se observa que tanto los litigantes como las autoridades jurisdiccionales con frecuencia incurren en evidente error conceptual, cuando estas últimas traban ejecución sobre las cuentas bancarias sin que medie una precisión sobre el objeto del aseguramiento y, no obsta para que recaiga acuerdo de la autoridad jurisdiccional autorizándolo.

El error se presenta porque, como se ha demostrado en este trabajo, el depósito irregular de dinero que como operación pasiva utilizan los bancos para captar recursos de los depositantes, una vez constituido genera como consecuencia derechos de cobro a favor del cuentahabiente, mismos que le son restituidos cuando vence la obligación y la institución de crédito, al tratarse de bienes fungibles se liberan de aquella entregando bienes de la misma cantidad y calidad.

En tal sentido, creemos haber demostrado que, conforme a la LGTOC, al constituirse el depósito la titularidad de la cuenta corresponde al banco y no al cuentahabiente, que como hemos dicho es solamente titular de los derechos de cobro, por lo que el inadecuado manejo que conceptualmente se hace de la norma se presenta porque la orden que obsequia la ejecución en realidad ordena el secuestro de un bien (la cuenta) que en realidad pertenece al banco y no al cuentahabiente sujeto al litigio.

Al tratarse de una práctica generalizada creemos que resulta muy importante que tal precisión se refleje en una norma jurídica para que se produzca certidumbre jurídica; que las afectaciones se realicen con una absoluta consistencia legal (evitar el error conceptual) y que la norma jurídica que a continuación se propone sirva también

como orientadora y fundamente de una manera clara y precisa cómo es que deben darse estas afectaciones.

PROPUESTA

Para superar la problemática conceptual a la que dedicamos el estudio precedente, consideramos que se debe modificar el contenido del arábigo 60 de la LIC, y centrar el objeto del embargo no en la cuenta sino en los derechos de cobro que el cliente tiene frente al banco; tal reforma supondría poner fin a la práctica viciosa del embargo erróneo.

Sostenemos nuestra propuesta en la idea de que, sin importar cuál sea la norma procesal que dé origen al embargo, los fondos depositados que se pretenden asegurar sean protegidos contra los vicios de las órdenes judiciales en que se sustenta aquella medida de aseguramiento. Esto es, **que no se ejecute embargo alguno si en la resolución en el que se ordena no se indica de forma clara y precisa que la materia del aseguramiento son los derechos de cobro que facultan al cuentahabiente y no así a la cuenta bancaria, cuya titularidad en operaciones de depósito irregular en pertenece al banco.**

Luego entonces, proponemos:

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA DE TEXTO REFORMADO
<p>Artículo 60.- Las cantidades que tengan por lo menos un año de depósito en cuenta de ahorro no estarán sujetas a embargo hasta una suma equivalente a la que resulte mayor de los límites siguientes:</p> <p>I. El equivalente a veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal elevado al año, o</p> <p>II. El equivalente al setenta y cinco por ciento del importe de la cuenta.</p> <p>Lo dispuesto en este artículo sólo será aplicable a las cantidades correspondientes a una cuenta por</p>	<p>Artículo 60.- Las cantidades que tengan por lo menos un año de depósito en cuenta de ahorro no estarán sujetas a embargo hasta una suma equivalente a la que resulte mayor de los límites siguientes:</p> <p>I. El equivalente a veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal elevado al año, o</p> <p>II. El equivalente al setenta y cinco por ciento del importe de la cuenta.</p> <p>Lo dispuesto en este artículo sólo será aplicable a las cantidades correspondientes a una cuenta por</p>

persona, independientemente de que una misma tenga diversas cuentas de ahorro en una o varias instituciones.

Las instituciones no incurrirán en responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes de embargo o de liberación de embargo que sean dictadas por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes.

persona, independientemente de que una misma tenga diversas cuentas de ahorro en una o varias instituciones.

Las instituciones no incurrirán en responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes de embargo o de liberación de embargo que sean dictadas por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes.

Sin perjuicio de lo establecido por este artículo, cuando se aseguren créditos derivados de contratos de depósito u operaciones pasivas a que se refiere esta Ley, la orden para que se ejecute el secuestro deberá precisar que el embargo se debe trabar sobre los derechos de cobro a favor del cuentahabiente.

Las instituciones deben retener la cantidad o cantidades correspondientes, debiendo hacer entrega a la autoridad o a la persona que ésta indique.

CONCLUSIONES

Los resultados a los que arribamos luego de realizar la presente obra, son:

Primera. Existe inobservancia de las leyes que rigen al contrato de depósito irregular en México, pues se embargan las cuentas bancarias a nombre del cliente del banco cuando un tercero exige ante los tribunales el pago de una obligación, no obstante que el dinero habido en la cuenta bancaria ya no forma parte del patrimonio del depositario y por el contrario, ahora forma parte del patrimonio de la institución financiera, quien se obliga a restituirlo sólo en términos de lo pactado con el cliente.

Segunda. La inobservancia anterior, produce en los sujetos del contrato de depósito incertidumbre jurídica, teóricamente el patrimonio que se afecta es el del banco y no el del cliente, pero pragmáticamente ocurre lo contrario. Por un error en la interpretación de la ley, en consecuencia, se agravia en contra de los intereses del tercero que acude a los tribunales a exigir el aseguramiento del pago de una obligación mediante el embargo de una cuenta bancaria a nombre de su deudor; pero en realidad, cuando el embargo se ejecuta, se está asegurando con un patrimonio que le pertenece al banco.

Tercera. En el contrato de depósito irregular, pesa sobre el banco el elemento de la custodia, que puede asumirse como la obligación que tiene un ente de vigilar y proteger el importe que ha sido dejado en su poder. Tratándose del contrato en comento, además de la custodia se transfiere el dominio de aquel importe del depositante hacia el banco, por lo que podemos considerar al contrato de depósito irregular una operación pasiva en materia financiera.

Cuarta. Dos conceptos totalmente distintos entre sí son confundidos en la práctica jurídica contenciosa; el **derecho de cobro** que tiene el cliente frente al banco en el contrato de depósito irregular y el **dinero objeto del depósito irregular**. El derecho de cobro es una facultad que el cliente tiene para reclamar el dinero en su *haber* frente al banco; el dinero objeto del depósito irregular, son los importes depositados al banco a favor del cuentahabiente y que pueden ser reclamados por éste o por un tercero autorizado.

Quinta. La cuenta bancaria no es propiedad del cliente de la institución bancaria, de hecho, la cuenta por sí misma es tan sólo una representación aritmética y

contable del *haber y deber* (del uso), que se hace del dinero depositado al banco y que es cobrable por el cuentahabiente o por un tercero autorizado. Decir que la cuenta bancaria pertenece al cliente por el simple hecho de que el banco le haya asignado a ésta el nombre de aquel, sería tan impensable como sostener que el cliente en el momento que así dispusiera, trasladara la cuenta (con todo y el número que le fue asignado por la institución) al banco de su preferencia.

Sexta. Es necesario que las autoridades administrativas y jurisdiccionales en todos sus niveles, que tengan la facultad de ordenar embargos, lo hagan sobre derechos que pertenezcan al obligado. Como alternativa, son embargables los derechos de cobro que el depositante tiene en el contrato de depósito.

Séptima. El embargo suscitado con motivo de la inobservancia estudiada, es susceptible de ser dejado sin efectos cuando recurrida su orden y posterior ejecución se argumente por alguna de los sujetos involucrados, el error en el objeto de la obligación.

Octava. Debe reformarse en contenido del artículo 60 de la Ley de Instituciones de Crédito, en el sentido de que es obligación de la autoridad que ordena el embargo, precisar que los derechos materia del aseguramiento son los de cobro y no la cuenta bancaria perteneciente al banco. Del mismo modo, este artículo debe normarse que las instituciones de crédito deben retener los importes por los que asciendan aquellos derechos de cobro “quedando a disposición de la autoridad ordenadora, reconociéndose así la calidad de nuevo acreedor al embargante”.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME Goddard, Jorge. «Derecho Romano Clásico I (Introducción e historia, acciones, bienes y familia).» *Edictum.com.ar*.
<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf> (último acceso: 10 de Enero de 2012).
- ARAZI, Ronald. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999.
- Banco Central de la República Argentina. *Diccionario de términos económicos y financieros del BCRA*. <http://www.clientebancario.gov.ar/default.asp> (último acceso: 10 de Enero de 2013).
- BECERRA Bautista, José. *El proceso Civil en México*. México: Ed. Porrúa, 1986.
- BOIX Serrano, Rafael. *Curso de Derecho Bancario*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1986.
- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil (Trad. por José Ma. Cajica Jr.), T.II*. Tijuana: Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1952.
- BRAVO González, Agustín, y Beatriz Bravo Valdés. *Derecho Romano Segundo Curso*. México: Ed. Porrúa, 2012.
- C. Lodi, Nelson. «Embargo.» En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Ed. Driskill S.A., 1993.
- CABANELLAS de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil (Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo)*. Buenos Aires: Ed. Uteha, 1944.
- CASTILLO Lara, Eduardo. *Procedimientos mercantiles*. México: Ed. Oxford University Press, 2008.
- CASTRILLÓN y Luna, Víctor M. *Contratos Mercantiles*. México: Ed. Porrúa, 2002.
- . *Tratado de Derecho Mercantil*. México: Ed. Porrúa, 2011.

- CERVANTES Ahumada, Carlos. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México: Ed. Herrero, 1988.
- CERVANTES Ahumada, Raul. *Títulos y operaciones de crédito*. México: Ed. Herrero, S.A., 1954.
- CERVERA González, Alfons. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X, el Sabio*. http://books.google.com.mx/books?id=Clx9z3Q_rOEC (último acceso: 10 de Septiembre de 2012).
- CONTRERAS Vaca, Francisco José. *Derecho procesal civil (teoría y clínica)*. México: Ed. Oxford, 2012.
- CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- DÁVALOS Mejía, L. Carlos Felipe. *Títulos y Operaciones de Crédito* 2002, pp. 775. México: Ed. Oxford, 2002.
- DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y sucesiones*. México: Ed. Porrúa, 2004.
- DE LA FUENTE Rodríguez, Jesús. *Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de motivos, Disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM*. México: Ed. Porrúa, 2000.
- . *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. México: Ed. Porrúa, 2005.
- DE LA PLAZA, Manuel. *El procedimiento mercantil*. México: Ed. Trillas, 1990.
- DE PINA Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México: Ed. Porrúa, 2010.
- Depósito de la Universidad de Murcia. *Lex Visigothorum*. <http://hdl.handle.net/10201/3407> (último acceso: 12 de Octubre de 2012).
- DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil Contratos*. México: Ed. Porrúa, 2007.
- Europeana Think culture. *Código de Comercio de México de 1854 (Texto impreso)*. <http://www.europeana.eu/portal/record/9200127/C6B41D203210D95E4A9B64E668B4301E82757472.html> (último acceso: 22 de Junio de 2011).

- FIX Zamudio, Héctor, y José OVALLE Favela. «Medidas Cautelares.» En *Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo V (M-P)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 51-55. México: Ed. Porrúa, 2002.
- FIX-Zamudio, Héctor. «Sentencia.» En *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII (Rep-Z)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México: Ed. Porrúa, 1984.
- FLORIS Margadant, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Estado de México: Ed. Grupo Editorial Esfinge, 2004.
- GARCIA Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Harla, 1995.
- GARRIGUES, Joaquín. *El depósito bancario de dinero*. Madrid: Sin Ed., 1958.
- GIORGANA Frutos, Victor Manuel. *Curso de Derecho Bancario y Financiero*. México: Ed. Porrúa, 1984.
- GÓMEZ Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Oxford University Press, 1998.
- GUTIERREZ y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. México: Porrúa, 1990.
- Hathi Trust Digital Library. *Código civil del Distrito Federal y territorio de la Baja-California*. <http://catalog.hathitrust.org/Record/006556992> (último acceso: 17 de Mayo de 2012).
- IBARRA Hernández, Armando. *Diccionario Bancario y Bursátil*. México: Ed. Porrúa, 2000.
- Machine, Internet Archive Wayback. *Código civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California de 1884*. <http://archive.org/stream/cdigocivildeldi00mexgoog#page/n9/mode/2up> (último acceso: 13 de Mayo de 2012).
- MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. México: Ed. Porrúa, 2000.
- MARTÍNEZ Morales, Rafael. *Diccionario Jurídico Teórico Práctico*. México: Ed. Iure Editores, 2010.

- MENÉNDEZ Romero, Fernando. *Derecho Bancario y bursátil*. México: Ed. Iure Editores, 2008.
- MORINEAU Iduarte, Martha, y Román IGLESIAS González. *Derecho Romano*. México: Ed. Harla, 1987.
- MOSSET Iturraspe, Jorge. *El error judicial*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.
- OVALLE Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Oxford, 2002.
- OVALLE Favela, José. «Embargo.» En *Enciclopedia Jurídica Mexicana Tomo II (D-H)*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1249-1252. México: Porrúa, 2000.
- . *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Oxford, 2005.
- . *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Oxford, 2001.
- OZCÁRIZ Marco, Florencio. *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, S.L., 1997.
- PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Porrúa, 1983.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. *Metodología del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 2011.
- PORRAS y Lopez, Armando. *Derecho Procesal Fiscal*. México: Ed. Textos Universitarios S.A., 1969.
- ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Jurídica Universitaria, 2002.
- ROJINA Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. México: Ed. Porrúa, 1979.
- . *Derecho Civil Mexicano - Obligaciones Tomo II*.
- ROSS Gamez, Francisco. *Derecho Procesal del Trabajo*. México: Ed. Cardenas, 1991.
- RUIZ Torres, Humberto Enrique. *Derecho bancario*. México: Ed. Porrúa, 2003.

- SÁNCHEZ Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. México: Ed. Porrúa, 1978.
- SANDOVAL López, Ricardo. *Manual De Derecho Comercial, Tomo I, Vol. 2*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- SEPULVEDA Sandoval, Carlos. *De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones*. México: Porrúa, 1996.
- TAMAMES, Ramón, y Santiago Gallego. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2002.
- TAPIA Ramírez, Javier. *Bienes: Derechos reales, derechos de autor y Registro Público de la Propiedad*. México: Porrúa, 2004.
- TÉLLEZ Ulloa, Marco A. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. México: Sufragio, 1999.
- VÁSQUEZ Del Mercado, Óscar. *Contratos Mercantiles*. México: Ed. Porrúa, 1992.
- VILLAVELLA Armengol, Carlos Manuel. *La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas, 2009.
- VIZCARRA Dávalos, José. *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Porrúa, 2011.
- Wikimedia Foundation. *Código de Hammurabi en Español*.
http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi (último acceso: 10 de Junio de 2013).
- ZAMORA Pierce, Jesus. *Derecho Procesal Mercantil*. México: Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, 2002.
- ZAMORA y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. México: Ed. Porrúa, 2012.

APÉNDICES