

39

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



CLAVE: 879309

INCIDENTE DE REDUCCION DE EMBARGO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
Francisco Ramírez González

Asesor: LIC. HECTOR GUSTAVO RAMIREZ VALDEZ

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 2000

234477



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

DEDICATORIAS.

Quiero primeramente agradecer a **DIOS** y a ti **VIRGEN DE GUADALUPE** que en este peregrinar me has enseñado a valorar la vida y la de mis semejantes, así como brindarme la dicha de terminar mi carrera.

Dedico enteramente este trabajo y toda mi carrera a quien nunca me perdió la confianza y cree en mi, a usted tío **PBRO. FROYLAN GONZALEZ PAREDES**; y su ejemplo de lucha y fuerza me ha enseñado ver siempre hacia delante y ver la vida con la cara alegre y nunca un corazón triste ¡Muchas Gracias!

A mis padres **ADOLFO RAMIREZ A.** y **GUDELIA GONZALEZ P.**; agradezco él darme la vida que es bastante y con su apoyo siempre incondicional me han empujado a seguir adelante y seguir superándome a mí, a mi esposa y mis hijos.

Dedico también a mi esposa **LIC. ROSALINA SOTO CRUZ** por su gran apoyo y entrega para conmigo; a mi hija **MIRYAM KYRIOS**, mi manzana y a mi hijo **FRANCISCO ADOLFO**, mi pepino ustedes son mi gran ilusión.

Agradezco infinitamente a mis mejores Amigos: **JAVIER, JUAN JESUS, AMPELIO, FROYLAN, GUDELIA, ADOLFO, JOSE GUADALUPE, CRUZ AIDE** y a ti **CHEPES** que no eres mi primo sino mi hermano así como **SAMUEL**.

A mis tíos: **J. CARMEN, OFELIA, OLGUITA, ROSALBA, RAQUEL** y todos mis sobrinos que significan al igual que mis primos mucho para mí.

A la **UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE** que fue la fragua para mi forjación en el momento clave de mi vida y a la cual no dejamos, al contrario regresamos siempre pues así estará con las puertas abiertas.

A mi asesor **LIC. GUSTAVO RAMIREZ VALDEZ** por sus atenciones y enseñanzas, además de su apoyo profesional.

Al **LIC. MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ**, por su apoyo en la realización de mi gran sueño

INDICE.

INTRODUCCION.

Página

CAPITULO I.- EL PROCESO EN GENERAL.

1.1.- Concepto de Proceso.....	1.
1.2.- Teoría General del Proceso.....	12.
1.3.- El estado y la función procesal.....	28.
1.4.- La jurisdicción.....	29.

CAPITULO II.- LEGISLACIONES PROCESALES.

2.1.- Comentarios sobre el Código Federal de Procedimientos Civiles.....	41.
2.2.- El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.....	46.
2.3.- El Código de Comercio.....	51.

CAPITULO III.- EL PROCESO EJECUTIVO.

3.1.- El juicio ejecutivo civil.....	57.
3.2.- El juicio ejecutivo mercantil.....	62.
3.3.- Ejecución.....	69.
3.4.- Ampliación de embargo.....	77.

CAPITULO IV.- MEDIOS DE DEFENSA CONTRA LA EJECUCION.

4.1.- Las tercerías.....	81.
4.2.- La exclusión de los bienes.....	106.
4.3.- La reclamación.....	108.
4.4.- El incidente de reducción de embargo en el Código de Procedimientos Civiles. Propuesta de adición.....	109.
CONCLUSIONES.....	120.
BIBLIOGRAFIA.....	123.

INTRODUCCION.

Si se observa en el camino que ha recorrido el hombre através de los siglos, para resolver sus conflictos, se verá que partiendo de la autotutela, como forma primitiva de solución, se llega al proceso como forma más perfeccionada.

Al lado de los conceptos de acción, concebida como derecho del particular a provocar una cierta actitud estatal y del de jurisdicción, como facultad pública de resolver los problemas, se ubica al proceso como el instrumento creado para resolver las controversias suscitadas entre los particulares o estos con las autoridades. De tal forma resulta que los actos procesales están sujetos a una concatenación de tal manera que un determinado acto es antecedente forzoso de otro, es decir, tiene una relación que informarán al hacer procesal.

Si el proceso es un instrumento para la satisfacción de pretensiones o solución de conflictos, debe destacarse el hecho de que con el se pretende un equilibrio e igualdad procesal, buscando la aplicación de la justicia.

Por lo tanto en este trabajo, se pretende despertar en el lector un cierto interés, en un tema de gran trascendencia jurídica en el cual nos vemos inmersos, los incidentes y que en la actualidad es poco estudiado, debido a la poca difusión que se le otorga por parte de los estudiosos del derecho, más sin embargo se conlleva día a día entre nosotros.

En razón de ello y mi desempeño en el ámbito procesal, vi la necesidad de plantear un estudio para que pueda ser adicionado en el cuerpo normativo procesal que integra el Código de Comercio, un incidente de reducción de embargo, en

razón de que su aplicación es del todo básica. Por que considero injusto que en este ordenamiento normativo se llegue a considerar la ampliación del embargo cuando los bienes no sean suficientes para garantizar la deuda, los pagos y las costas o se deje de cubrir la reclamación, pero que sucede cuando los bienes embargados sobre pasan el monto a garantizar el adeudo contraído, no hay forma de disminuir o de que el límite de lo embargado no sobre pase más allá de las tres cuartas partes de la totalidad de los bienes del deudor. Lo que viene a ocasionar al deudor un detrimento en su patrimonio y como consecuencia, graves daños y perjuicios.

Ante tal situación, es mi deber exponer esta problemática, de lo que sin duda dejare una suma de inquietudes a cuestionar.

CAPITULO I.- EL PROCESO EN GENERAL.

1.1.- CONCEPTO DE PROCESO.

El concepto de proceso sólo puede ser comprendido en íntima relación con los de Acción y Jurisdicción, examinados en lo esencial.

Si se piensa en el largo camino que ha corrido el hombre para resolver sus conflictos intersubjetivos de intereses, se verá que partiendo de la autotutela, como forma primitiva de solución, se llega al proceso como forma más perfeccionada. En este mismo orden de ideas debe recordarse que los litigios se resuelven, en última instancia, mediante el proceso, pero que ésta no es la única forma de ponerle término.

Al lado de los conceptos de Acción, concebida como el derecho del particular a provocar una cierta actitud estatal, y del de Jurisdicción, como facultad pública estatal de resolver imperativamente los litigios, debemos ubicar al proceso como el instrumento creado para resolver los litigios, o satisfacer las pretensiones, según la concepción modernamente expuesta por los tratadistas.

Si el ejercicio del derecho de accionar se concretiza con la presentación de la demanda y la función jurisdiccional alcanza su eficiencia en la sentencia; el proceso, que se inicia con la demanda y termina normalmente con la sentencia, se expresa a través de una serie graduada de actos que posibilitan el pronunciamiento del fallo.

En la formulación del concepto de proceso el primer dato que debemos tomar en cuenta es precisamente una específica actividad; es decir, el proceso es primero y ante toda actividad, es conducta humana desplegada conforme a las

prescripciones de la Ley Procesal, si el sujeto que la desarrolla quiere que su actuación produzca efectos favorables a los fines del proceso. Esa actividad es desplegada en el proceso por el juez, las partes y los terceros ajenos a la relación substancial.

En segundo término el examen del fenómeno procesal nos revela que los actos procesales están sujetos a una graduación y concatenación de tal manera que un determinado acto es antecedente forzoso, y generalmente necesario, para que otro pueda tener lugar. Expresado de otro modo, cada acto procesal, aisladamente considerado, guarda una relación de antecedentes consecuentes en el conjunto de todos los que informan el hacer procesal, uno es antecedente de los subsecuentes, si el primero no se realiza, los demás no pueden, generalmente, tener lugar.

El tercer dato que se descubre en el fenómeno procesal es la íntima conexión de todos los actos del proceso con una finalidad: la solución del litigio. Si bien se comprende que el proceso es un instrumento para la satisfacción de pretensiones o para solucionar litigios, debe destacarse el hecho de que cada acto que lo integra aisladamente considerado, participa de esa misma finalidad general, aun cuando por sí solo no pueda alcanzarla. Esto se pondrá de manifiesto al estudiar el objeto particular de cada acto del proceso, que a medida que van siendo logrados, aproximan la solución del litigio.

Por último, debe hacerse referencia al método a través del cual se soluciona el litigio, dato que ya no es parte esencial de la definición de proceso, pero que viene a complementarla. Se ha dicho que el proceso es un instrumento para satisfacer pretensiones o para resolver conflictos, habrá que precisar ahora que, por sí solo, el proceso no puede alcanzar esa finalidad, pero ayuda extraordinariamente al juez y a las partes a encontrar la solución buscada o por decirlo de otro modo, el proceso prepara el camino para llegar a la solución del litigio esclareciéndolo, aclarándolo, estableciendo cuáles son sus

límites precisos, con lo cual el titular del órgano jurisdiccional está en posibilidad de aplicar a los hechos probados las consecuencias para ellos establecidas en las normas jurídicas del derecho substancial, de ahí que el método para resolver el conflicto esté constituido por la aplicación al caso concreto de la norma jurídica abstracta y general.

Con estas ideas centrales ha sido elaborada por los autores de Derecho Procesal el concepto que da nombre a nuestra materia; así, para los autores mexicanos Rafael de Piña y José Castillo Larrañaga. "El proceso supone una actividad generadora de actos jurídicamente regulados, encaminados todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional"¹. Eduardo J. Couture² expone que el proceso, en una primera acepción, puede concebirse "como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión."³ Cipriano Gómez Lara entiende por proceso "Un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo"³. Por mi parte estimo que el proceso se constituye por una serie de actos jurídicamente regulados, que son ejecutados por los sujetos procesales para solucionar un litigio, mediante la aplicación de la ley general

Se entiende por proceso como el conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

¹ Torres Díaz Luis G., Teoría General del Proceso, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1987, Pág. 124.

² Ob. Cit. Torres Díaz, Pág. 124.

³ Ob. Cit. Torres Díaz, Pág. 124.

El proceso jurisdiccional no es sino ese conjunto complejo de actos del Estado, de las partes y de los terceros ajenos a la relación substancial. Los actos del Estado son ejercicio de jurisdicción; los actos de las partes interesadas son acción, en el sentido de la doble pertenencia de la misma, es decir, la acción entendida como actividad tanto del actor como del demandado; y, finalmente, los actos de los terceros, que son actos de auxilio al juzgador o a las partes y que convergen junto con la jurisdicción y junto con la acción dentro del mismo proceso para llegar al fin lógico y normal de éste, que es la sentencia. Esos actos de los terceros pueden consistir en el testimonio de los testigos, en la ciencia de los peritos, o en la ayuda, por ejemplo, de los secretarios y de los abogados que son auxiliares de la función jurisdiccional. La función que en el proceso desempeña el órgano jurisdiccional, así como el papel que toca desarrollar a las partes y a los auxiliares.

A los terceros cuyos actos no interesan en el proceso se han calificado como ajenos a la relación sustancial, pues esta relación sólo vincula a las partes mismas y, por lo tanto, la sentencia que se dicte en ese proceso, no puede afectar la esfera jurídica de estos terceros ajenos a la relación sustancial como los testigos, los peritos, los particulares llamados al proceso por algún acto de auxilio, y los demás ayudantes y auxiliares del juez.

Si bien el proceso no es más que "un instrumento de satisfacción de pretensiones, tal noción es insuficiente para caracterizar plenamente al proceso jurisdiccional puesto que aparte del proceso hay otra serie de medios de satisfacción de pretensiones.

En cuanto a diversas preocupaciones doctrinales en torno a la finalidad, a la causa, al objeto, al desarrollo y a la naturaleza del proceso, creo conveniente reiterar aquí algunas de esas ideas. "El proceso tiene como finalidad institucional la

constancia en el orden jurídico; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no-orden; esto es, la interferencia; cosa evidente de por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, arrebataremos al proceso toda razón de ser. Y finalmente, tiene por objeto la vuelta al orden, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, entre la causa y la finalidad, sirviendo de puente entre una y otra ...refiriendo al proceso, estas ideas, entenderemos por su objeto el resultado inmediato que produce o, en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser normal si está de acuerdo con el objeto, o anormal (ilícita) en el caso contrario. Y finalidad será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomienda en definitiva sobre la sociedad. El objeto es una parte esencial en la definición del proceso, los otros dos conceptos son muy útiles como auxiliares de la investigación, sobre todo con efectos argumentativos".

En términos generales, la doctrina sólo ocasionalmente y no con todo acierto, ha podido asentar que todo proceso se divide en dos grandes etapas y que éstas son las siguientes: instrucción y juicio. Mi punto de vista es que todo proceso contiene esas dos etapas o esos dos momentos.

La palabra instruir en su significado usual es la de dar lecciones, ciencia o conocimientos y se deriva del latín *instruere* que significa construir. Desde el punto de vista procesal, la instrucción como etapa del proceso, tiene como objeto ilustrar, enseñar al juez cómo es el litigio, para que una vez conocido por él, pueda resolverlo adecuadamente. Explicado de otro modo: el juez, a quien se encomienda la solución del

constancia en el orden jurídico; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no-orden; esto es, la interferencia; cosa evidente de por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, arrebataremos al proceso toda razón de ser. Y finalmente, tiene por objeto la vuelta al orden, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, entre la causa y la finalidad, sirviendo de puente entre una y otra ...refiriendo al proceso, estas ideas, entenderemos por su objeto el resultado inmediato que produce o, en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser normal si está de acuerdo con el objeto, o anormal (ilícita) en el caso contrario. Y finalidad será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomienda en definitiva sobre la sociedad. El objeto es una parte esencial en la definición del proceso, los otros dos conceptos son muy útiles como auxiliares de la investigación, sobre todo con efectos argumentativos".

En términos generales, la doctrina sólo ocasionalmente y no con todo acierto, ha podido asentar que todo proceso se divide en dos grandes etapas y que éstas son las siguientes: instrucción y juicio. Mi punto de vista es que todo proceso contiene esas dos etapas o esos dos momentos.

La palabra instruir en su significado usual es la de dar lecciones, ciencia o conocimientos y se deriva del latín instruyere que significa construir. Desde el punto de vista procesal, la instrucción como etapa del proceso, tiene como objeto ilustrar, enseñar al juez cómo es el litigio, para que una vez conocido por él, pueda resolverlo adecuadamente. Explicado de otro modo: el juez, a quien se encomienda la solución del

litigio, como titular de una función pública al efecto instituida por el Estado, siendo ajeno a la contienda, ignora cómo es ésta y no puede resolverla adecuadamente sino hasta el momento en que las partes se la demuestran, utilizando los mecanismos idóneos que constituyen en el proceso la llamada etapa de Instrucción.

Una vez que el juez llega al conocimiento del litigio, de la manera que ello es posible en el proceso, está en condiciones de solucionarlo a través del pronunciamiento de su sentencia en lo que constituye la otra gran etapa del proceso que recibe el nombre de juicio.

La palabra juicio tiene, como otros vocablos de la ciencia procesal, diferentes significados, pero el que aquí interesa es aquél que lo identifica con la resolución dictada por el juez poniendo término al litigio; juicio es entonces sinónimo de decisión judicial e implica un razonamiento u operación racional desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional para dirimir la contienda, mediante la aplicación de la ley general al caso concreto.

Resalta así la íntima conexión en las dos grandes etapas del proceso, la instrucción sólo tiene sentido con vistas al pronunciamiento de la sentencia y ésta no puede dictarse sin que la primera haya alcanzado su objetivo: demostrar cómo es el litigio.

Para alcanzar la finalidad genérica asignada a la Instrucción ésta se ha subdividido a su vez en tres grandes Fases denominadas en la doctrina Postulatoria, Probatoria y Preconclusiva, atendiendo al objetivo específico asignado a cada una de ellas, según lo analizaremos a continuación.

Fase Postulatoria. Objeto y actos que la integran. La llamada fase postulatoria tiene por objeto establecer los límites del litigio, es decir, mediante los actos que integran esta fase las partes plantean al juez la contienda que someten a su decisión, mediante la afirmación de los hechos que la constituyen y que se traducen en una pretensión ejercitada por el actor y una oposición a la satisfacción de dicha pretensión formulada en su defensa por el demandado. La actitud de las partes en la fase postulatoria se limita a sostener que se tiene derecho a algo; el actor a la tutela de un derecho que invoca como suyo y el demandado a la declaración de inexistencia de ese derecho, o bien su reconocimiento, en cuyo evento se alcanza la finalidad de la instrucción y se pasa a la etapa de juicio.

La fase postulatoria se integra por actos de las partes y del juez, que son esencialmente los siguientes:

a) La demanda, escrito inicial del proceso, mediante el cual el actor en ejercicio del derecho de accionar, formula su pretensión contra el demandado ante el órgano jurisdiccional, narrando los hechos que le dan sustento e invocando el derecho que, a su parecer, la tutela.

b) La admisión de la demanda por el órgano jurisdiccional, cuando reúne los requisitos que en cada caso deba cumplir el actor según lo señalan las normas procesales positivas.

c) El emplazamiento al demandado, acto mediante el cual la demanda se hace del conocimiento del demandado, con señalamiento del plazo que la ley le concede para contestar.

d) La contestación de la demanda, acto por el cual el demandado asume ante el juez y el propio actor la posición que estima adecuada frente a la pretensión, bien aceptándola, total o parcialmente, o en su defecto oponiéndose a ella, en cuyo caso hará valer excepciones y defensas.

Cuando el demandado al contestar la demanda reconoce expresamente como ciertos los hechos en ella invocados, admitiendo la procedencia de la pretensión allanándose a ella, no surge contienda alguna y hace innecesario el desarrollo de las restantes fases de la instrucción. En cambio cuando el demandado contesta negando los hechos de la demanda y se opone a la pretensión, entonces se hace manifiesta la controversia y con ella la duda del juez acerca de la verdad en la posición asumida por cada parte frente a los hechos, puesto que éstos le son desconocidos. Todo se justifica que, establecidos los límites del litigio, se pase a la siguiente fase del proceso que es la probatoria.

En este momento del proceso las partes y el juez, normalmente auxiliados por terceros ajenos a la relación substancial debatida, se ocupan de establecer la verdad de los hechos por cada uno de ellos sostenidos como generadores de sus pretensiones y resistencias, atentos a la regla general de la carga de la prueba que prescribe, a cargo de cada parte, la demostración de sus respectivas afirmaciones.

La fase probatoria, en síntesis, alcanza su objetivo procesal en la medida en que el juez pueda discernir con vista de las pruebas desahogadas, la verdad o falsedad de los hechos invocados, estableciendo la certeza ahí donde sólo existía la duda.

La fase probatoria o período de pruebas como también se le llama, se integra por actos de las partes, del juez y de terceros, siendo los siguientes en su orden sucesivo:

Ofrecimiento de pruebas. Este es un acto a cargo de las partes y consiste en hacer saber al juez cuáles son los medios de prueba que proponer para demostrar las afirmaciones de hechos invocados en la demanda y la contestación, pidiendo que le sean admitidos. Desde el punto de vista de la regulación positiva este acto procesal está sometido a dos principios básicos que determinan su eficacia y son el de la Oportunidad y la Formalidad en el ofrecimiento de cada medio probatorio. El primero significa que cada medio de prueba debe ofrecerse en un determinado momento de la fase probatoria, y excepcionalmente del proceso, de manera que si transcurre el plazo dado para ello se pierde la oportunidad de ofrecer el medio de prueba con posterioridad. La segunda regla establece la forma que deben asumir el ofrecimiento y cuya inobservancia origina el rechazo de la prueba. Esto puede constatarse con la simple consulta de las reglas generales de las pruebas contenidas en el capítulo relativo de cualquier ordenamiento procesal.

Admisión de las pruebas. Este acto corresponde al titular del órgano jurisdiccional y tiene por objeto resolver cuáles de los medios de pruebas propuestas por las partes son de aceptarse. La admisión de pruebas no es un acto discrecional del juez, sino que está determinado por el ofrecimiento oportuno y formal de la prueba, así como la idoneidad del medio de prueba ofrecido para demostrar el hecho controvertido correspondiente.

En cambio, si es discrecional para el juez aceptar, de entre varios medios de prueba propuestas para demostrar un mismo hecho, aquéllos que juzgue

suficiente; es decir, sólo le es permitido al juez reducir el número de los medios de prueba, cuando sean excesivos las ofrecidas para demostrar un hecho.

Preparación para el desahogo. En este momento de la fase probatoria el juez y las partes realizan toda la actividad necesaria para recibir materialmente los medios de prueba, ya que sin la preparación no sería posible el desarrollo o desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Hecha excepción de la documental que en sí misma contiene la demostración del hecho al que se refiere, no ameritando desahogo, los restantes medios probatorios exigen el despliegue de una serie de actos para llegar a la demostración, entre los que cabe mencionar, por vía de ejemplo, la citación de testigos, el nombramiento de peritos, el señalamiento de fecha para practicar una inspección, etc.

Desahogo de Pruebas. Con este acto se recibe materialmente en el juzgado la información que el medio de prueba proporciona y tiene lugar cuando se recibe la declaración a los testigos propuestos, conforme al interrogatorio formulado; la confesión de las partes, sujeta al pliego de preguntas; el dictamen de los peritos, una vez hechas las comprobaciones que el caso exige; la práctica de la inspección, etc. El desahogo de la pruebas pone fin a la fase probatoria.

Fase Preconclusiva. Esta fase, que cierra la etapa de instrucción, tiene por objeto que las partes precisen sus puntos de vista en relación con el sentido en que la sentencia definitiva debe ser dictada. Esto se consigue por las partes al formular sus alegatos, que vienen a constituir la exposición fundada y razonada de los motivos por los cuales, desde su punto de vista, la sentencia debe ser favorable. Los alegatos se apoyan en tres datos importantes: la naturaleza de las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos de demanda y contestación; las pruebas ofrecidas para acreditar los hechos en que se fundaron esas pretensiones y las normas jurídicas aplicables a los supuestos fácticos

probados, para deducir de ello las consecuencias previstas. Lo anterior significa que las partes alegan en relación a sus pruebas y al derecho invocado en apoyo de su pretensión, pero también, y normalmente, se alega para poner de manifiesto al juez la poca o nula eficacia de las pruebas ofrecidas por su contrario y desacreditar sus pretensiones y la inaplicabilidad del derecho en que se funda.

Por último, es necesario señalar que las partes no sufren ningún perjuicio de carácter material o procesal por el hecho de que no formulen alegatos, cuando más habrán perdido la oportunidad de expresar sus razonamientos en torno a la cuestión debatida y, en la práctica, se opta por renunciar a ellos cuando la importancia del negocio es mínima o demasiado claro su planteamiento y resolución.

La citación para sentencia. Formando parte de la fase preclusiva encontramos la citación para sentencia, que es la resolución judicial dictada por el juez haciendo saber a las partes que la sentencia será pronunciada dentro del plazo legal: la citación se hace de oficio por el juez en los casos en que se formulan alegatos verbales y a solicitud de parte cuando los alegatos se formulan por escrito.

La citación para sentencia produce efectos procesales muy importantes como son el de suspender el impulso procesal de las partes, impedir que se promueva la recusación y obligar al juez a pronunciar la sentencia dentro del plazo de ley.

En esta etapa del proceso el juez se ocupa de resolver el litigio mediante el pronunciamiento de la sentencia que concederá la razón a quien haya acreditado tenerla. Este acto del proceso es indudablemente el de mayor trascendencia por sus repercusiones económicas, sociales y de su forma.

1.2.- TEORIA GENERAL DEL PROCESO.

La naturaleza jurídica del proceso, también desde hace más de un siglo, es centro de investigaciones novedosas. Elementalmente considerados, esa serie de actos regulados por la ley tienen no sólo vínculos entre sí, en el tiempo y en el espacio, sino también entre los sujetos intervinientes en el proceso. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas relaciones? Esta ha sido la pregunta inquietante desde mediados del siglo pasado, que emprendió la exploración de un territorio jurídico hundido bajo concepciones privadas que afloraron al derecho público.

Durante siglos predominó la concepción romana de considerar el proceso como un contrato o más bien un cuasi contrato, concepción contractual ésta que atravesó intacto los ámbitos jurídicos de la Edad Media. No obstante, que aun en el proceso romano, sobre todo en el Bajo Imperio, el proceso nunca fue considerado como contrato y es hora de revisar aquella vieja afirmación, que sin distinguos ni reservas es repetida por una gran mayoría de tratadistas. Fueron los mismos juristas alemanes de mediados del pasado siglo los que suscitaron la problemática en torno a la naturaleza pública del proceso, concretamente, sobre la identificación de los ligámenes que él engendra, primero, como una relación jurídica y después como una situación jurídica, teorías predominantes en la actualidad. Pero la investigación no ha concluido y otras concepciones como institución, servicio público, etc., hacen cada día más fecundos los estudios en torno a esta cuestión esencial.

Las tesis teorizantes tienen su génesis en la mente de los tratadistas que pretenden explicar la esencia del proceso mediante construcciones mentales o ideas expuestas para desentrañar la esencia del proceso. En esta categoría enumera y explica las siguientes teorías:

- 1.- El proceso como contrato, y como cuasicontrato.
- 2.- El proceso como relación jurídica.
- 3.- La teoría de la situación jurídica.
- 4.- El proceso como estado de Ligamen.
- 5.- El proceso como servicio público.
- 6.- El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real.
- 7.- El proceso como entidad jurídica compleja.

El proceso como contrato.- La más remota imagen jurídica del proceso, de origen romano, nos lo representa como un contrato, como un acuerdo entre actor y demandado, como un negocio jurídico. Es necesario investigar el origen de esta idea contractual del proceso porque ella tuvo un dominio de siglos y también porque a menudo los procesalistas se limitan a glosarla sin explorar el fondo del proceso formulario donde se encuentran las fuentes de esta concepción. En efecto, en la fase *in iure*, que se desarrolla ante el pretor, en el acto llamado *litis contestatio*, el demandante y el demandado escogen la fórmula, "programa procesal" conforme al cual debe desarrollarse el proceso.

Esta fórmula, a menudo, era propuesta por el magistrado y aceptada generalmente por las partes. Esta aceptación ha sido asimilada a la figura jurídica de un contrato, pues sin tal convenio el proceso, en principio, era imposible. La fórmula era escogida de los modelos que en el álbum todos los años el nuevo pretor ponía a disposición de las partes. Pero el aspecto contractual del proceso formulario no radica exclusivamente en la selección de la fórmula, sino también en la selección del juez encargado de investigar los hechos en la fase *in iudicio* y en el compromiso de acatar la sentencia que se dicte, todo lo cual es de mutuo acuerdo. Pero la cuestión que no ha sido investigada es otra: si las partes no se ponen de acuerdo en el texto de la fórmula ¿no hay proceso?. Las fuentes

romanas autorizan a suponer que en este caso extremo, las partes debían someterse a la recomendación hecha por el pretor sobre una fórmula determinada, y de hecho esto era lo que con frecuencia ocurría, de manera que la teoría contractual tiene un aspecto relativo durante el proceso formulario.

“En sus Institutos, Gayo describe los dos efectos, consuntivo y novador, que tenía la contestación de la demanda en esta forma de proceso. El primer efecto, consuntivo, se cumple cada vez que las partes escogen la fórmula o ésta es impuesta por el pretor, pues obtenida la fórmula, se agotaba para el actor el derecho de promover nuevamente su controversia.”⁴. Según el resultado de la escogencia, se obtenía la *actio indicati*, que le daba derecho a ejecutar la sentencia, caso de haber resultado triunfador por rebeldía del demandado o por haberse dictado un fallo favorable. Sólo algunos tipos de acción, como las prejudiciales, escapaban a este efecto consuntivo. El efecto novador, de carácter sustancial, consistía en extinguir la obligación anterior, existente antes del proceso, para transformarla en una obligación nueva, derivada de la acción de cosa juzgada. Según otra hipótesis, la novación se produce por el cambio de la obligación material anterior, el acuerdo voluntario de someterse al proceso y de respetar la sentencia. El resultado de todo lo expuesto es que el aspecto contractual del formulario no corresponde propiamente a su esencia, pues en su fondo late la autoridad del Estado romano representada por el pretor. La idea del proceso como contrato es extendida y difundida, sin mucho análisis, por los glosadores posteriores y ella penetra profundamente en la Edad Media.

Pero hay algo más convincente aún en contra de la concepción romana del proceso. Durante el proceso extraordinario, que prevalece en la última época, en el llamado Bajo Imperio o Imperio Bizantino, la fórmula desaparece y la *litis contestatio* no

⁴ Cuenca Humberto, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca Caracas Venezuela, Pág. 228.

es sino uno de los tantos actos con que se desarrolla el proceso. Desaparecen, por tanto, el acuerdo en la escogencia de la fórmula, en la designación del juez y en el sometimiento a la sentencia. Los efectos consuntivo y novador, antes expuestos, desaparecen, según unos, o se transforman, según otros.

Los efectos de la *litis contestatio* durante el procedimiento extraordinario no difieren mucho de los del proceso moderno: a) Determina la competencia; b) Individualiza el juez de la controversia, y c) Delimita las cuestiones de hecho y derecho sostenidas por las partes al exponer sus acciones y defensas. Ahora el proceso no es un contrato, es el medio que el Estado coloca a disposición de las partes para dirimir sus conflictos. No hay convenios ni pactos, actor y demandado invocan el derecho conforme a la legislación vigente, no eligen juez porque están obligados a ocurrir ante el órgano jurisdiccional ni prometen someterse al cumplimiento de la sentencia porque ésta, como orden del Estado, debe cumplirse necesariamente aun en contra de la voluntad del obligado. De manera que es un error común de la mayoría de los procesalistas considerar el proceso romano, en general, como de carácter contractual, pues si este carácter es relativo durante el formulario, en cambio, quedó absolutamente proscrito durante la extraordinaria *cognitio*.

El proceso como cuasi contrato.- Se ha cometido también el error de señalar a los prácticos franceses del pasado siglo como los iniciadores de la idea de que si bien el proceso no es propiamente un contrato, porque falta el consentimiento, ya que el demandado no conviene en una controversia contra él, sino que se le impone la defensa, como una carga en su propio beneficio, es, por lo menos, una figura afín, o sea, un cuasi contrato. Lo cierto es que ya durante la vigencia del derecho romano, algunos jurisconsultos se forjaron la idea de que era posible asimilar el proceso a un cuasi contrato porque si bien no correspondía estrictamente a sus requisitos y a su contenido, como no era posible ubicarlo ni este los contratos, ni los delitos, las dos categorías jurídicas

fundamentales establecidas por los romanos, podía colocársele entre ellas y de allí esa denominación de cuasi contrato que más tarde también se generalizó en la Edad Media.

Además de esta idea del proceso como un cuasi contrato, por exclusión, se dijo entre los prácticos españoles del pasado siglo, que la *litis contestatio*, por consentimiento tácito o presunto, engendraba una obligación bilateral entre actor y demandado, asimilable al cuasi contrato civil.

Tanto la teoría del proceso como un contrato surgido puramente del acuerdo o voluntad de las partes, como su asimilación más indirecta a un cuasi contrato, de amplio predominio en siglos anteriores, han sido rechazadas en forma absoluta por la ciencia contemporánea del proceso, por dos objeciones fundamentales: a) El proceso no surge ni se realiza por consentimiento del actor y del demandado, él se impone porque el Estado ha asumido el deber de solucionar las controversias, sin requerir el acuerdo de una parte para que la otra intervenga y en los llamados juicios de oficio, la iniciativa corresponde a los jueces sin requerimiento de parte, y b) El proceso como institución de derecho público, emana del Estado, el cual no está obligado ni subordinado a las convenciones o acuerdos de las partes (salvo la autocomposición procesal), sino que la justicia emana de un acto de soberanía del Estado.

Teoría de la relación jurídica.- Ya se ha visto que el proceso es el conjunto de actos regulados por la ley y ejecutados por una pluralidad de personas. Estos actos se realizan en dos formas, simultánea o sucesiva, según actúen primero unos sujetos y después otros, o al mismo tiempo. Así, la demanda es el acto constitutivo del actor y posteriormente, la contestación, es una carga del demandado; pero los actos de pruebas pueden ser realizados al mismo tiempo. Las personas que intervienen en el proceso se llaman sujetos procesales y hemos expuesto que en todo proceso interviene un grupo de

personas ya que la administración de justicia no es la obra personal del juez. Además de los miembros del órgano jurisdiccional (juez, secretario y alguacil), intervienen las partes (actor y demandado), los terceros (terceristas y citados en saneamiento), el Ministerio Público y los llamados auxiliares de justicia (depositarios, intérpretes, peritos, testigos, etc.). Pues bien a todas estas personas los liga un vínculo establecido por la ley que engendra derechos y obligaciones, facultades y cargas y este vínculo objetivamente expuesto, es lo que se llama relación jurídica, que al aplicarse concretamente al proceso se denomina relación jurídica procesal.

La idea del proceso como una relación jurídica "se encuentra en germen en la inagotable investigación de Savigny sobre el derecho romano como un sistema de acciones, pero se tiene como su iniciador a Oscar Bülow, jurista alemán del pasado siglo, quien en su obra *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868), sostuvo que "el proceso es un nexo de derechos y deberes mutuos, esto es, una relación jurídica que se plantea entre las partes y el tribunal."⁵ Pero fue, posteriormente, Chiovenda quien profundizó sistemáticamente en esta idea del proceso como una relación jurídica al punto de que ha llegado a atribuírsele la paternidad de una teoría que en la ciencia del proceso ha obtenido enorme difusión."⁶

La idea del proceso como relación jurídica, según confesión de Chiovenda, fue "vislumbrada por Hegel, afirmada por Bethmann-Hollweg, y desenvuelta especialmente por Oscar Bülow, y después de él por Kohler y otros muchos, también en Italia". Ciertamente Chiovenda ha señalado los caracteres de la relación jurídico-procesal: es autónoma, por cuanto tiene vida propia: es pública porque pertenece al derecho público y

⁵ Ob. Cit. Cuenca Humberto., Pág. 231.

⁶ Ob. Cit. Pág. 232.

compleja porque está constituida por un núcleo de derechos. Por ello la describe como "una unidad jurídica, una organización jurídica; en otros términos, una relación jurídica."⁷ El mismo Chiovenda ha descrito la relación jurídica procesal: "Con la demanda judicial nosotros entramos en un estado de dependencia, en el que no sabemos quién tenga razón o deje de tenerla. Pero ya en este estado existen entre el juez y las partes, derechos y deberes; hay, en otros términos, una relación jurídica de derecho público absolutamente independiente de la relación sustancial que es objeto de la litis, y de la acción, la cual corresponde sólo a quien tiene la razón."⁸

Antes se discutía si era una relación angular, sólo entre actor y demandado, o si en verdad era triangular, o sea, de actor a juez y de éste a demandado y de las partes entre sí. Pero, efectivamente, las últimas investigaciones han logrado destacar que no es posible aludir al proceso como a una sola relación procesal sino como a un conjunto de relaciones, o más claramente, que el conflicto de intereses entre partes suscita lógicamente una multiplicidad de relaciones jurídicas y no una sola, como inicialmente habían pensado Bülow y los demás juristas alemanes seguidores de su teoría.

Teoría de la situación jurídica.- La explicación de la naturaleza del proceso como una relación jurídica tiene ya carácter de clásica y tuvo la virtud de desalojar las concepciones contractualistas que habían empeñado su verdadera estructura y funcionamiento. Pero la teoría de la relación jurídica no ha estado exenta de persistentes críticas. "Fue Goldschmidt, en Alemania, quien observó que el proceso no es propiamente un vínculo jurídico productor de derechos y de obligaciones para las partes y el juez, porque éstos intervienen en cumplimiento de obligaciones estatales, más bien de carácter constitucional. En efecto, se alega que el juez dirige el proceso y pronuncia la sentencia

⁷ Ob. Cit. Pág. 232.

⁸ Ob. Cit. Pág. 232.

como funcionario público y que las partes no están obligadas a atacar y a defenderse sino que lo hacen facultativamente en vista del riesgo que para ellos constituye la abstención de intervenir.”⁹.

“La teoría de Goldschmidt, complementada en Italia por Carnelutti, sostiene que el proceso no es una relación jurídica sino que crea una situación jurídica especial. Goldschmidt define el proceso como "un conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes", o sea, que no crea derechos y obligaciones, sino que es una situación de derechos. Goldschmidt reconoce que con anterioridad Kohler habló de situación jurídica, pero la concibió como una etapa inicial del proceso. Para Goldschmidt la situación jurídica es el estado de una persona de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial. Es, pues, el estado de incertidumbre que engendra expectativa, por vaga e incierta, de que la sentencia sea favorable o adversa. Mientras esta posibilidad sea más cercana o más lejana, cada parte aprovechará ciertas posibilidades o descuidará algunas cargas, de manera que en definitiva el proceso está constituido por un conjunto de posibilidades, expectativas y de cargas.”¹⁰.

Más fecunda que polémica sobre si el proceso crea derechos y obligaciones, o si es un conjunto de expectativas, posibilidades y cargas, es propiamente la idea de situación jurídica, por cuanto ella implica un estado anormal de las relaciones jurídicas y el proceso transforma la situación anterior, de relaciones materiales, en un nuevo estado, una nueva situación. Así, al entrar al proceso, no hay deudor ni acreedor, la relación sustancial se aparta y todo depende de la actividad de las partes y del juez, pero siempre, las consecuencias producidas por el fallo son distintas a la situación anterior y crea durante y después del proceso una nueva situación jurídica.

⁹ Ob. Cit. Pág. 233.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 234.

A la teoría de Goldschmidt se ha replicado que si bien el proceso se constituye como un conjunto de expectativas, posibilidades y cargas, éstas no se derivan directamente sino que nacen del complejo de derechos y de obligaciones de que es fuente la reacción jurídica. Digamos mejor que, según esta objeción, aquellas expectativas, posibilidades y cargas no son sino resultantes de los derechos y obligaciones creados por la relación jurídica. El que estos y las obligaciones aparezcan como procedentes de las relaciones del juez y de las partes para con el Estado y las de éste con aquéllos en nada desvirtúa su naturaleza de relación jurídica; no son categorías jurídicas autónomas sino derivados de la propia relación jurídica.

Tal vez lo más útil de la teoría de Goldschmidt sea la noción de carga procesal, desenvuelta en Italia por Carnelutti. Antes se había dicho que los derechos y deberes de las partes en el proceso se observaban, recíprocamente, en beneficio y en interés del adversario. Un deber procesal, para el actor, acarrea, correlativamente, un derecho para el demandado. Se aplicaba al proceso la vieja concepción sustancial de la teoría de los deberes y de los derechos. Pero la idea de carga procesal, como un imperativo que se cumple en interés propio, por el riesgo de resultar derrotado en el proceso, por ser estimada o desestimada la demanda, impulsó en forma fecunda los estudios en torno a la actividad procesal. Mientras la noción sustancial del deber implica el sacrificio de un interés propio en beneficio de un interés ajeno, la noción de carga afirma, por primera vez, un comportamiento, que no es propiamente un deber, sino una actividad libre para obtener la ventaja que proporciona la ley a las partes para el caso de que adopten la conducta prevista por ella.

El último resultado en torno a la polémica sobre la naturaleza jurídica del proceso tiende a armonizar y a integrar ambas teorías. Se sostiene que la idea de la relación jurídica no es opuesta a la situación jurídica, que del conjunto de derechos y

obligaciones que constituyen el proceso se derivan las posibilidades, expectativas y cargas que éste ofrece. La teoría de la relación jurídica ve el proceso en su aspecto estático, pasivo, mientras la de la situación jurídica lo observa en su aspecto dinámico.

El proceso como institución.- Otros juristas han desenvuelto la idea institucionalista del proceso (Guasp, Couture, etc.). “Para Guasp, el proceso es una multiplicidad de relaciones jurídicas, idea esta ya desarrollada anteriormente por juristas alemanes e italianos. Estas relaciones jurídicas tienen dos ideas dominantes: una idea objetiva y común, que es el conjunto de relaciones jurídicas vinculadas entre sí, y una idea subjetiva, constituida por el conjunto de voluntades particulares adheridas a aquélla. El proceso, además de otras características, es una institución permanente porque no se agota en cada caso sino que perdura en la sociedad.”¹¹. Desde un punto de vista constitucional, el proceso es una institución de derecho público, establecida por el Estado como medio o instrumento para dirimir los conflictos particulares. Couture la concibe como una realidad viviente, de carácter permanente y continuo, destinada a satisfacer intereses colectivos. El ciudadano sólo puede ser condenado después de sometido a un debido proceso y esta es la razón de ser y el fundamento que justifica la existencia del proceso. Es característica de esta teoría institucional la ubicación extraprocesal de su naturaleza jurídica. Ello obedece realmente al carácter público del proceso, que al abandonar las viejas ideas privatísticas, traslada los conceptos fundamentales de jurisdicción, acción y proceso al campo del derecho publico. Pero la idea del proceso como institución ha sido presentada por algunos expositores desde otros puntos de vista. “Como una institución de derecho natural (Jiménez Fernández), nueva versión de aquellos superados principios inmanentes, permanentes e inmutables, en contraste con la profunda relatividad del derecho, y desde un ángulo político, como una idea jerárquica inherente a la naturaleza del proceso (Guasp), de

¹¹ Torres Díaz Luis Guillermo., Teoría General del Proceso, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, D.F. 1987, Pág. 162.

indudable tinte fascista y, por tanto, repulsiva a la ciencia del derecho. Considerar el proceso como un conjunto de normas que regulan un ente o cuerpo social es confundirlo genéricamente con el Estado, el matrimonio, la familia, etc.”¹².

El proceso como servicio público.- La teoría del proceso como servicio público tuvo su origen en Francia, donde se consideró la jurisdicción como un servicio administrativo. La idea surgió entre los juristas de la Escuela de Burdeos, como Jéze, Duguit y otros, para quienes el proceso es el instrumento de que se vale el Estado para proporcionar un servicio público: la administración de justicia. Se sostuvo que el Estado debía suministrar al individuo tres clases de servicios: legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Para Gaston Jéze el proceso es un "servicio de justicia" cuyo funcionamiento, en determinadas condiciones establecidas por la ley, puede exigir cualquier ciudadano. Es un servicio público organizado en forma de monopolio porque sólo el Estado lo puede proporcionar, que da lugar al pago de contribuciones (tasas de justicia), cuyos agentes públicos (los jueces), son sujetos de responsabilidad civil y penal y pueden incurrir en exceso de poder. Así concebido, el proceso es un servicio público del Estado, como la policía, el ejército, la sanidad, la educación, etc.

Esta concepción fue tradicional en Francia, en virtud del poder jurisdiccional que tiene el Consejo de Estado, órgano consultivo de la administración y tribunal contencioso, del que carece el Estado venezolano. La jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia es muy amplia debido a los frecuentes conflictos entre la jurisdicción administrativa y la civil. Existe una larga tradición de los "servicios públicos judiciales". Entre nosotros, la expresión administración de justicia es muy frecuente en el ámbito forense y no en pocas partes hemos heredado aquella tradición. Pero la noción de servicio

¹² Ob. Cit. Pág. 237.

público, ha perdido su brillo y está en decadencia. Aquel concepto ha sido reducido en el propio campo administrativo y algunos juristas han propuesto su eliminación. Pero en Italia la idea ha tenido expositores y adherentes como Guarnieri y Zanobini.

“El propio Guarnieri ha dirigido las más graves objeciones a esta teoría: a) Tiñe el proceso de un inaceptable subjetivismo puesto que al considerarlo como un servicio público que el Estado coloca a disposición de los ciudadanos implica que éstos pueden o no disponer de él, lo que autorizaría la justicia privada; b) Impide distinguir el servicio público y la función pública, pues según aquella idea los servicios de justicia pudieran ser desempeñados por particulares, al igual que muchos de éstos desempeñan servicios públicos (como teléfonos, electricidad, ferrocarriles), lo que en el proceso es absurdo, y c) Finalmente, la idea de servicio público como toda la prestación del Estado es excesivamente amplia y es incapaz de explicar la vinculación de los actos procesales. Para, la teoría del proceso como servicio público, si bien no es capaz de explicar su naturaleza jurídica, es obvio que puso de relieve el aspecto técnico y administrativo del proceso que había sido sepultado y olvidado por un exceso de cientificismo.”¹³

La teoría del proceso como "un estado de ligámenes", también de origen alemán, apenas esbozada y sin completa elaboración por Bülow, Kisch y otros, señala que el proceso se compone de una serie ordenada de vínculos o de ligámenes, de contenido de límites imprecisos, que aparecen al comienzo en forma un poco brumosa y abstracta, pero que posteriormente se aclaran y precisan, a medida que el desarrollo del proceso se acerca a la sentencia. Así, por ejemplo, la demanda acarrea la vinculación del actor al proceso, al demandado el ligamen de resistir a la demanda y al juez el de resolver la controversia. “Esta teoría ha sido difundida en el ámbito hispánico a través de la idea de Kisch. El maestro de Munich dijo que entre las partes "no existe ninguna relación jurídica

¹³ Ob. Cit. Pág. 237.

en el sentido en que corrientemente se toma el concepto, si bien cada uno de los actos procesales pueda dar origen a un estado de ligamen (Zustander Gedundenbeit)". Agrega que estos "estados de ligámenes son de límite y de contenido imprecisos, siendo aquéllos más dilatados cuando más avanzado está el proceso."¹⁴

Las objeciones más importantes a la concepción del proceso como "un estado de ligámenes" son las siguientes: a) La noción de ligamen es todavía confusa por tener, según el propio Kisch, contenido y límite imprecisos; b) El proceso no sólo se compone de vínculos entre el juez y las partes sino que dentro de él surgen derechos y obligaciones de naturaleza procesal, distintos de aquellos ligámenes (como los de los testigos, peritos, depositarios, síndicos, etc.); c) El proceso se constituye por el gran ligamen a su procedimiento, al cual van fuertemente adheridos juez y partes, por imperio de la ley, y quedarían al margen el proceso convencional y el principio de libertad de formas, y d) Finalmente estos ligámenes tendrían carácter imperativo en el proceso penal, donde el reo no está vinculado sino obligado a soportar el proceso.

La teoría del Proceso como entidad jurídica compleja sobre una idea de Foschini se ha desarrollado la concepción del proceso como "una entidad jurídica compleja". Según esta teoría el proceso se descompone en tres elementos: actos, relaciones y situaciones, pero estos elementos se integran para constituir el proceso como una "entidad jurídica compleja". Textualmente dice Foschini: "El más inmediato conocimiento que el proceso ofrece de sí mismo, es el de una pluralidad de elementos (actos varios, situaciones variables, relaciones diversas) y posteriormente, el de una unidad, en cuanto todos estos elementos se encuentran estrechamente coordinados entre sí. En este combinarse de la pluralidad con la unidad, en la cual reside la posibilidad de concebir el proceso como una

¹⁴ Ob. Cit. Cuenca. Pág. 239.

entidad jurídica, se inserta el problema de su naturaleza. La combinación de la pluralidad con la unidad indica ante todo que el proceso es una entidad jurídica compleja.”¹⁵

Visto así, el proceso se desintegra en una pluralidad de elementos y se integra con todos ellos. Esta idea, se despliega bajo el influjo kelseniano, en la teoría del ser y del deber ser. Foschini considera tres aspectos en el proceso: "el aspecto normativo (abstracto), el aspecto (concreto) estático y el aspecto (concreto pero también dinámico) se presenta, respectivamente, como relación jurídica, situación jurídica o actos jurídicos" y, por ello, concluye que el proceso: a) Desde un punto de vista (abstracto) normativo, es una relación jurídica compleja; b) Desde un punto de vista (concreto) estático, es una situación jurídica compleja; c) Desde un punto de vista también concreto, pero dinámico, es un acto jurídico complejo.

Esta teoría combina la relación procesal de Chiovenda con la situación jurídica de Goldschmidt, pese a la irreductible posición de este último, opuesto a toda clase de emulsión. Se ha observado que esta concepción es apenas el punto de partida para la investigación y ella por sí sola, es incapaz de explicarnos la naturaleza jurídica del proceso. En el fondo, esta concepción toma como base la vieja idea del proceso, como un acto complejo (más propiamente el conjunto de actos es el procedimiento) y sobre ella se suturan dos aspectos, el estático de la relación jurídica y el dinámico de la situación jurídica que Foschini invierte en su concepción. En síntesis, fuera de la novedosa versión que combina una vieja teoría, para explicar la naturaleza del proceso, no hace sino incidir sobre la tendencia conciliadora de considerar el proceso como integrado por el binomio relación-situación, pero observado desde ángulos diferentes como unidad y pluralidad.

¹⁵ Ob. Cit. Cuenca. Pág. 240.

No obstante, no podemos concluir que el razonamiento de la idea de Foschini, del proceso como una entidad compleja de actos, es inútil. Así como la teoría de un "estado de ligamen", hizo ostensible los vínculos de los actos procesales entre sí, así también la concepción de Foschini ha servido para ahondar en la estructura del procedimiento y en la investigación del acto complejo como género y no como especie. En este sentido, es un aporte al esclarecimiento de la autonomía del proceso.

El proceso como Institución. Esta tesis ha sido expuesta y difundida por Jaime Guasp quien toma el concepto del Derecho Administrativo y lo traslada al Derecho Procesal para explicar la naturaleza jurídica del Proceso, ya que bajo su punto de vista éste no está constituido por una relación jurídica, sino por una pluralidad de relaciones jurídicas, cuantos correlativos deberes y derechos se dan en el Proceso, de modo que la teoría que explica al Proceso como relación jurídica debe rechazarse no por inexacta sino por insuficiente; agrega al autor citado que la multiplicidad de relaciones jurídicas que constituyen el Proceso debe reducirse a una unidad superior que se encuentra en la figura jurídica de la Institución.

En el Derecho Administrativo se entiende por Institución "Una organización jurídica puesta al servicio de una idea" y tiene como elementos: Primero, una idea objetiva y, segundo, un conjunto de voluntades que se adhieren a esa idea para lograr su realización.

Traslada esta concepción al campo del Derecho Procesal y, específicamente a la comprensión del Proceso, encontramos que la idea objetiva está constituida por la justicia, entendida como tutela o denegación de la pretensión, idea a la que se adhieren las voluntades de los sujetos procesales, juez, partes y terceros, con el propósito de lograr su realización.

Explicado así el Proceso, Jaime Guasp le asigna las siguientes notas, comunes a toda Institución.

Primera. En cuanto al tiempo, el Proceso es una realidad jurídica permanente, por cuanto que no se agota ni deja de existir sino que perdura indefinidamente.

Segunda. Tiene un carácter objetivo, puesto que responde a un esquema que no cabe alterar a las partes que en él intervienen, por lo menos en sus rasgos fundamentales.

Tercera. El Proceso implica una jerarquización. Los sujetos que intervienen en el Proceso se encuentran colocados en planos desiguales. En un plano superior se encuentra el juez titular del órgano jurisdiccional, y en situación de subordinación se encuentran las partes y los terceros.

Cuarta. La adaptabilidad. En cuanto a la forma, el Proceso se adapta a las circunstancias de cada Proceso concreto.

“Eduardo J. Couture que inicialmente simpatizó con la teoría del Proceso como Institución abdicó de su opinión básicamente porque el vocablo mismo admite una multiplicidad de acepciones tales como establecimiento, fundación, creación, lo fundado, lo establecido, etc., y por ende, no es posible dar rigor científico a la teoría cuando el concepto que le sirve de fundamento carece de suficiente claridad.”¹⁶

Otras novedosas concepciones se han creado para explicar la naturaleza del proceso, pero su exposición excede el propósito pedagógico de esta obra.

¹⁶. Ob. Cit. Pág. 163.

Bástenos afirmar que aun cuando la mayoría de ella gravita en torno a teorías fundamentales, cada una ha tenido el acierto de destacar algunos aspectos brumosos y oscuros, apenas esbozados, de la relación y de la situación jurídica.

1.3.- EL ESTADO Y LA FUNCION PROCESAL.

En atención a que nuestro país esta organizado como una república representativa democrática y federal, compuesta de estados soberanos en cuanto a su régimen interior pero unidos constituyendo la federación, conforme reza el artículo 41 constitucional, ello da origen a un doble orden de órganos jurisdiccionales: los que dependen la federación y de cada uno de los Estados, en el primer caso se designa genéricamente como tribunales federales, en tanto que los órganos estatales se les designa como tribunales locales.

O dicho de otra manera en el artículo 49 de la Constitución política de los estados unidos mexicanos postula la división del poder público, para los fines de su ejercicio, bajo las denominaciones de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por lo tanto las bases de organización y funcionamiento del Poder Judicial se encuentran en la Constitución General y por lo que hace a nuestro Estado su organización política descansa en una constitución particular, que sigue fielmente los lineamientos de la general del país en que se establecen las bases de funcionamiento de sus respectivos poderes judiciales.

Si bien se fijan dichas bases estas tienen un carácter muy general y hace necesario que una ley secundaria desarrolle en detalle aquella organización, de modo que el conocimiento adecuado del funcionamiento de los poderes judiciales se obtiene del

estudio detenido de las llamadas leyes orgánicas del Poder Judicial de la federación, de cada uno de los Estados.

Las citadas leyes se ocupan de señalar, entre otras cosas, la integración de los distintos órganos jurisdiccionales y su relación de jerarquía, su competencia, la demarcación territorial en la cual puede actuar validamente, la indicación de su residencia o sede, las obligaciones de los sujetos procesales, etc...

Por otra parte se contiene las específicas atribuciones del titular del órgano jurisdiccional aclarando que tales facultades sean establecidas para posibilitar el juzgamiento, mando y dirección manteniendo con ello el orden y el respeto dentro de la relación jurídica procesal.

De tal que en el sentido apuntado de organización de dicha relación entre el Estado y los particulares (sujetos procesales) en sus conexiones recíprocas, al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros, el proceso viene a ser, bajo este particular aspecto no una relación si no una situación jurídica entendida como el estado de una persona desde un punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

1.4.- LA JURISDICCION.

Generalmente se define la jurisdicción como el poder de administrar justicia o, más concretamente, como el poder de declarar el derecho y de aplicar la ley. Chiovenda dice que es la actuación de la voluntad concreta de la ley. Pero en un sentido más amplio la jurisdicción es toda actividad pública del Estado destinada a dirimir conflictos y de allí las distintas clases de jurisdicciones, especialmente civil y

conflictos, la palabra jurisdicción se utiliza para designar su función judicial, de manera que absorbe también la función administrativa en cuanto ésta es contenciosa. Propiamente la función de dirimir litigios surgidos con motivo de los actos administrativos cae bajo la esfera de la jurisdicción judicial.

Después de la división del poder público en los tres poderes, según la teoría de Montesquieu, la jurisdicción se emancipó definitivamente del imperium administrativo o ejecutivo y constituyó una organización estatal, con carácter autónomo e independiente.

El Estado al formular el ordenamiento jurídico por medio de la función legislativa, produce dos clases de normas, la primera, de carácter, indicativo, que describe la conducta que debe seguir cada ciudadano, y la segunda, que contiene la sanción aplicable en caso de desobediencia o desacato. Si el Estado se limitara a formular preceptos sin sanciones los agraviados reaccionarían violentamente para obtener la debida reparación y se harán justicia por sí mismos. Este es precisamente el fundamento que justifica la existencia de la jurisdicción como poder del Estado para dirimir los conflictos subjetivos, dictar sentencias, aplicar sanciones y evitar la alteración de la paz pública y de la tranquilidad social.

El Estado, por regla general, prohíbe la defensa privada y la sustituye por la jurisdicción cuya función es administrar justicia. Decimos que la defensa privada está prohibida por regla general porque, a veces, excepcionalmente, el Estado la autoriza en ciertos casos o estados de necesidad, como la legítima defensa en materia penal o el derecho de huelga en materia laboral, de manera que la justicia privada no está abolida absolutamente.

Las principales características que distinguen la jurisdicción de otras instituciones son las siguientes. 1a) Constituye un presupuesto procesal, o sea, una condición de legitimidad del proceso, ya que sin intervención del órgano jurisdiccional no hay proceso. 2a) Tiene un eminente carácter público, como parte de la soberanía del Estado, y a ella pueden ocurrir todos los ciudadanos sin distinción de credo religioso, raza, condición social, etc. 3a) Es un monopolio del Estado porque es una de sus funciones privativas, que no puede ser delegada en otros poderes ni compartida con particulares. 4a) Es una función autónoma en el sentido de que no está sometida al control de los otros poderes aun cuando esté armoniosa y estrechamente vinculada a las otras funciones del Estado.

Jurisdicción de derecho y jurisdicción de equidad.- Se ha definido la jurisdicción como el poder de administrar justicia, ejercido por el Estado, mediante los órganos judiciales respectivos. El Estado es el productor de la norma del derecho según la cual los ciudadanos deben regular su conducta. El origen de esta norma es doble: antiguamente, para un caso determinado, cada vez que surgía un conflicto de intereses individuales, el Estado hacía una formulación de derecho singular, para una situación concreta, sistema que surgió en las épocas primitivas, cuando no estaban absolutamente diferenciadas la justicia privada y la pública. Pero posteriormente, en el derecho pretoriano, durante el proceso romano y más tarde con la codificación, el Estado se anticipó al conflicto mediante la previsión de una norma. Mientras en el derecho de origen latino, que sigue el sistema romano, el juez, en principio, no es sino un fiel intérprete de la ley; en el sistema del Common Law, del derecho anglosajón, la norma surge por creación del juez, al decidir el conflicto sometido a su conocimiento. Más claramente, en el sistema del derecho latino, el juez es un intérprete del derecho porque éste previamente ha sido formulado; en el derecho anglosajón, el juez es un productor de la norma y ésta no surge sino con ocasión del proceso.

Este origen del derecho, acarrea también un modo diferente de administrar justicia. Efectivamente, allí donde la norma no existe formulada en forma abstracta y general, el juez debe crear el derecho según su conciencia y surge la jurisdicción de equidad. Este sistema rige en los países de derecho no escrito, donde la costumbre impera y a menudo los antecedentes son la única guía. El juicio por jurado es el sistema de administración de justicia utilizado en la jurisdicción de equidad. En el sistema de la legalidad, o jurisdicción de derecho, el juez en vez de crear el derecho, no hace sino seguir e interpretar fielmente la norma abstracta. Nuestro sistema de administración de justicia es de esta última clase, o sea, de estricta legalidad. El juez debe aplicar las normas del derecho, con las facultades y límites establecidos en la ley.

Entre nosotros, el sistema de la legalidad, ofrece una triple garantía, unidad del Estado, certeza del derecho y libertad del individuo dentro de los límites de la ley. En toda norma jurídica están implícitas dos proposiciones: una, primera, que imagina un hecho hipotético previsto por la ley, y otra, la segunda, que es el hecho real, práctico, que coincide con la hipótesis legal. Se verifica así la previsión del legislador, cuando el hecho específico real coincide con el hecho específico legal.

Frente a una inobservancia la actitud del Estado varía. Si se viola una norma de orden público, reacciona y espontáneamente pone en movimiento sus propios órganos jurisdiccionales para restablecer el derecho violado; en cambio, frente a inobservancia de ciertas normas, que sólo interesan privadamente a los particulares, el Estado es pasivo, en tanto que la iniciativa privada no exija de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento.

Se ha acostumbrado distinguir con el nombre el derecho público el conjunto de normas en cuya aplicación el Estado actúa de oficio, y de derecho privado

aquellas en que sólo actúa por iniciativa privada. Así, existe una norma que obliga al comprador a pagar el precio de la cosa comprada, pero el Estado no actúa para el cumplimiento de este precepto, sino cuando el vendedor reclama su actividad. Las normas de orden público están sustraídas a la disponibilidad de los particulares. De esta manera, nadie puede ceder o traspasar su condición de hijo legítimo, de casado, de comerciante, etc. De donde se desprende que existen dos clases de derecho, uno vinculado al orden público, en que el Estado obra de oficio y sustraído a la disponibilidad de los particulares, y otro, de mera iniciativa privada, de carácter subjetivo, del que los Titulares pueden disponer a su conveniencia. Pero he observado, que la esfera de los derechos privados se restringe a medida que se expande la concepción pública del proceso y aquel criterio de libre empresa, de autonomía de la voluntad individual, tiende a desaparecer, de manera que la vieja distinción entre derecho público y derecho privado parece eliminada.

La jurisdicción proporciona los medios para la reparación del derecho lesionado, que Calamandrei denominó "tipos de garantías jurisdiccionales". No obstante, la jurisdicción no proporciona todos esos medios y en razón de la armonía de poderes, gran parte de la condena se lleva a cabo con la cooperación de los órganos ejecutivos. La satisfacción del derecho reclamado puede ser realizada por la restitución íntegra e idéntica del derecho y, cuando ello no es posible, por un sustituto o equivalente. De allí que las formas de satisfacción sean tan variadas como la diversidad de objetos de la condena. De todas maneras la ley describe el procedimiento mediante el cual la jurisdicción cumple su misión fundamental, bien sea que el obligado se preste voluntariamente a la reparación o, como ocurre con frecuencia, sea necesario obtenerla coactivamente, mediante la expropiación forzosa.

La ley es una norma que contiene un poder obligante y ella describe la forma de comportamiento que deben observar todos los ciudadanos a los cuales va

dirigida. Ella determina el límite de libertad del individuo, al que le está permitido actuar en todo lo que no prohíba. El principio de la legalidad regula las actuaciones de los particulares. Cuando el ciudadano se comporta en forma distinta de lo ordenado por la ley, ocurre su violación. Si la infracción legal quedara impune, ello sería la catástrofe del orden público y la crisis del Estado. Entonces la jurisdicción proporciona distintos tipos de garantías jurisdiccionales con el objeto de mantener el respeto a la ley y en caso de violación reparar el gravamen inferido.

La doctrina sobre los tipos de garantías jurisdiccionales ha sido elaborada en base a la clásica división de las sentencias en fallos declarativos, de condena, constitutivos y cautelares: 1o) Contra la incertidumbre de una situación jurídica ya existente, sobre el contenido de la norma y su aplicación a los hechos, la jurisdicción proporciona una declaración de certeza del derecho, fuente de la llamada sentencia declarativa. 2o) Contra los cambios jurídicos que originan la creación o modificación de situaciones anteriores, la jurisdicción tiene una finalidad constitutiva, origen de las llamadas sentencias constitutivas. 3o) Contra la obligación de reparar el derecho lesionado, por trasgresión de la norma, la jurisdicción, mediante la llamada sentencia de condena, ordena la restitución, que puede ser directa (devolución del propio derecho violado) o, si ello no es posible, mediante un equivalente (indemnización del daño). 4o) Finalmente, contra el riesgo de que la condena se haga ilusoria por imposibilidad para ejecutarla y, con frecuencia, contra la posible insolvencia del obligado, la jurisdicción proporciona la llamadas medidas precautivas o cautelares, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento del fallo.

Las fases de la jurisdicción.- En la doctrina extranjera se expone que los momentos culminantes de la jurisdicción son la cognición y la ejecución forzosa, o sea, el proceso de conocimiento, que se extiende de la demanda hasta la declaración de derecho

contenida en la sentencia, y el proceso de ejecución que hace efectiva, material y económicamente, aquella declaración. Entre nosotros, la ejecución no es sino la fase final del proceso, de manera que no constituye un procedimiento aparte, autónomo e independiente. La teoría que puede extraerse de nuestro ordenamiento es la de la integridad procesal en el sentido de que el juicio se desenvuelve a través de fases y de etapas, pero como una continuidad jurídica, desde la demanda hasta la ejecución, sin fragmentaciones ni desmenuzamientos. El proceso de conocimiento culmina con la declaración de certeza y el proceso de ejecución con la expropiación forzosa.

Por lo tanto, el Estado, como fuente del poder público tiene una múltiple función jurisdiccional, de allí que la jurisdicción sea apenas una de las más características. Otra función es la legislativa, que tiene el poder de crear la ley, de declarar el derecho en forma de normas abstractas y generales, y a la judicial corresponde la misión de interpretar y de aplicar la ley a los hechos sometidos a su conocimiento. No obstante, esta delimitación entre el poder de crear la norma y de interpretarla no es absoluta. Con frecuencia, el poder legislativo interpreta sus propias leyes mediante otras normas reglamentarias y también la actividad jurisdiccional, al llenar las lagunas de la ley, al establecer el derecho aplicable a casos no previstos por el legislador, en cierto límite y medida, se convierte en fuente creadora del derecho. Finalmente, tampoco la función jurisdiccional es privativa del poder judicial. En múltiples constituciones modernas se confía al poder legislativo el enjuiciamiento de altos funcionarios y las cámaras legislativas se convierten en órganos jurisdiccionales especiales.

De tal que, los más radicales extremos parecen los linderos rendidos en torno a la jurisdicción y a la administración. Ya que han sido varios los sistemas creados desde Mortara hasta Redenti, pero todavía la teoría de la jurisdicción está elaborándose en

la ciencia procesal contemporánea y por ahora todavía se mantendrán ciertas zonas en penumbra.

En la doctrina tradicional, se distinguían la jurisdicción y la administración por el órgano que las ejercía (poder judicial y poder ejecutivo) y también por la naturaleza del acto (acto de autoridad o de voluntad en el administrativo y acto de juicio en el jurisdiccional). También es conveniente recordar la vieja distinción de Chiovenda, según la cual la administración es una actividad por sí misma, de carácter primario y originario, en conformidad con la ley, como norma de la propia conducta, inepta para la cosa juzgada, y la jurisdicción, en cambio, se sustituye a una actividad ajena, en la que el juez obra aplicando la ley, de carácter secundario o coordinado.

Pero tal vez sea cierta la relatividad histórica del concepto de jurisdicción señalado por Calamandrei. Anteriormente la división tripartita del Estado ahondó inauditas diferencias entre jurisdicción y administración que la teoría contemporánea rechaza, porque hoy aquella división está en crisis y realmente tiende a desaparecer. El Estado es uno solo y una sola es su función en cuanto a dirimir conflictos de particulares entre sí o de éstos con el Estado. En general, la función administrativa se caracteriza porque se ejerce en beneficio de la colectividad, en bien de todos, mientras la jurisdicción, por regla general, sólo tutela intereses particulares, de carácter subjetivo que intervienen en el proceso, ya que por excepción y en forma indirecta, el tribunal protege los intereses colectivos. La jurisdicción satisface pretensiones particulares, la administración tiene una función predominantemente social. Pero a medida que el carácter público del proceso se desenvuelve, la esfera de los derechos privados se restringe. De igual modo, el concepto privado de la jurisdicción, antes considera más un poder de los litigantes que del Estado, es hoy un poder exclusivamente estatal. Insistimos, en que la teoría de la jurisdicción no ha elaborado, ni posiblemente logre elaborar, linderos definitivos que la

distancien de las otras funciones del Estado. En el mundo socialista se ha prescindido de la división tripartita de los poderes y se considera al Estado como un solo poder.

Por cuanto se considera que la jurisdicción es la actuación de la ley, se acostumbraba dividir en dos partes el contenido de la jurisdicción: conocimiento y sentencia; pero Chiovenda, en Italia, sostuvo e impuso la doctrina de que al conocimiento y la sentencia debe agregarse la ejecución. Hasta hace poco la ejecución era considerada como un ejercicio de mero imperio o función meramente administrativa. Chiovenda sostuvo que la jurisdicción alcanza hasta el límite de la soberanía del Estado en materia judicial y logró hacer triunfar la doctrina de que los actos de ejecución son actos de jurisdicción.

No obstante, todavía existen muchas concepciones administrativistas de la ejecución forzada en base a que la realización del fallo la llevan a cabo agentes ejecutivos de la administración. Como es bien sabido el proceso tiene tres etapas: sustanciación, sentencia y ejecución, todas de carácter jurisdiccional. La ejecución tiene un definido carácter jurisdiccional porque no la realizan agentes policiales sino el propio juez, el que comenzó a conocer del conflicto en primer grado. Este juez verifica los actos de ejecución desde el comienzo, desde el acto inicial, hasta su culminación, que es el remate o adjudicación de los bienes embargados. De esta manera, dada la peculiaridad de nuestro procedimiento no existe duda acerca del carácter eminentemente jurisdiccional de la ejecución forzada. Tampoco existe entre nosotros un proceso cautelar autónomo, ya que las medidas preventivas para asegurar la ejecución de la sentencia carecen de procedimiento separado y son incidencias dentro del proceso general.

La extensión de los poderes de la jurisdicción crece y se expande en el tiempo y en el espacio, de jurisdicción particular que era primitivamente, hoy es de pre-

eminente carácter público. Y dentro de cada país absorbe todo lo que sea inherente a la decisión de los conflictos. Así además de la jurisdicción propiamente civil, que es el único objeto de nuestro estudio, existen jurisdicciones constitucionales, internacionales, penales, laborales, etc. Tampoco la función legislativa escapa al control de la jurisdicción. En efecto, ésta fulmina de nulidad las leyes que infrinjan el texto constitucional y dirime la colisión de leyes entre sí. La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se convierte en centinela y vigilante del acatamiento de la Carta Fundamental y cualquier particular puede interponer la acción popular contra un acto legislativo o administrativo que viole la Constitución.

Se ha visto que el poder penetrante de la jurisdicción en las funciones de los otros poderes, en virtud de la armonía e indivisibilidad del poder público del Estado, es uno solo. No obstante, la jurisdicción no tiene un poder ilimitado y tanto fuera de ella como internamente, desde el punto de vista objetivo como subjetivo, existen leyes, territorios y personas que escapan a su esfera de acción. Constituyen los límites de la jurisdicción.

En primer lugar, la jurisdicción no comprende la aplicación de toda norma de derecho. Mientras en otras legislaciones el juez debe aplicar no sólo la ley positiva sino también todas las normas de derecho (romano, canónico, natural, feudal, consuetudinario, derecho histórico español, etc.), nuestro juez sólo está obligado al reclamo de la "ley expresa". Sin embargo, en caso de laguna, por no existir disposición aplicable, el juez actuará teniendo en cuenta la analogía o semejanza y, en su defecto, los "principios generales del derecho", que son los de la legislación positiva y no aquellos principios históricos.

En segundo lugar, aquel rígido principio según el cual el juez sólo debe aplicar la ley nacional, exonerándose del poder obligante de la ley extranjera, tiende a ser sustituido por el de la ley del caso sometido a su decisión, sea nacional o extranjera. Los tratados internacionales, especialmente el llamado Código Bustamante, ratificado por la mayoría de los países hispanoamericanos, impone al juez la obligación de aplicar, aun de oficio, la ley extranjera en el ámbito territorial de la República. Las Leyes estatales, promulgadas por las Asambleas Legislativas de cada Estado, sólo tienen aplicación en el respectivo territorio estatal y, de igual manera, están restringidas a la jurisdicción político territorial.

Como se ha venido indicando en este trabajo que en virtud de los inconvenientes de la auto-tutela, el Estado ha monopolizado la actividad tendiente a dirimir los conflictos intersubjetivos de intereses, instituyendo la función jurisdiccional como una condición para garantizar su propia existencia, de allí que la impartición de justicia tenga en nuestro país base constitucional.

CAPITULO II.- LEGISLACIONES PROCESALES.

2.1.- COMENTARIOS SOBRE EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Para entrar al análisis del tema planteado es necesario realizar su estudio con otras legislaciones ya que forman parte del sistema legislativo del Estado; por tanto, guardan relaciones de íntima armonía con todas las demás disposiciones que integran el sistema y que tiene concordancia estrecha con el incidente a proponer. En este apartado iniciare el carácter procesal que se establece en cuanto al embargo con respecto al procedimiento en el Código de Comercio que se desarrollara más adelante.

TITULO CUARTO.

CAPITULO UNICO.

Medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias.

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.**

Artículo 390.- La medida a que se refiere la fracción I del artículo anterior se concederá, a solicitud del interesado, quién deberá fijar el importe de la demanda, si aún no se

instaura el juicio. La resolución que conceda la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse.

Artículo 394.- Las medidas de que se trate el artículo 389, se practicarán, aplicándose, en lo conducente, las disposiciones del capítulo VI del título quinto del libro segundo.(Artículo 432 en adelante.)

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

De la transcripción anterior se desprende que dichas medidas, son los instrumentos que puede decretar el juez a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.

TITULO QUINTO.

EJECUCION.

CAPITULO I.

Reglas generales.

Artículo 401.- Admitida la demanda, se dictará auto ordenando que se requiera al deudor, para que, en el acto del requerimiento, cumpla con la obligación, si esto es posible y, si no lo hace, se le embarguen o aseguren bienes suficientes para cumplirla o para asegurar el pago de los daños y perjuicios.

Artículo 402.- Si el deudor no cumple con la obligación, se practicará el aseguramiento o embargo y se emplazará al demandado en los términos del capítulo II del título primero, siguiéndose conforme al mismo, el juicio.

CAPITULO VI.

EMBARGOS.

Artículo 432.- Decretado el embargo, si el deudor no fuere encontrado en su domicilio, para hacerle requerimiento de pago, se le dejará citatorio para que espere a hora fijada del día siguiente hábil, y si no espera, se practicará la diligencia con la persona que se encuentre en la casa, o con el vecino más inmediato.

Artículo 433.- No verificado el pago, sea que la diligencia se haya o no entendido con el ejecutado, se procederá al embargo de bienes, en el mismo domicilio del demandado o en el lugar en que se encuentren los que han de embargarse.

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 renta 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.

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.

Artículo 440.- El embargo sólo procede y subsiste en cuanto baste a cubrir la suerte principal, costas y daños o perjuicios, en su caso, incluyéndose los nuevos vencimientos y réditos hasta la conclusión del procedimiento.

Artículo 441.- Cuando, practicado el remate de los bienes consignados como garantía, no alcanzare su producto para cubrir la reclamación, el acreedor podrá pedir el embargo de otros bienes.

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 haber 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.

Con respecto a estos artículos puedo comentar que el embargo tiene la naturaleza de un gravamen real, temporal, oponible a terceros, de cual es titular únicamente el órgano jurisdiccional sujeto a las contingencias del proceso en el cual, tanto el ejecutante como el ejecutado y el mismo depositario, deben cumplir las cargas, obligaciones y derechos respectivos.

TITULO SEGUNDO.

CAPITULO UNICO.

Incidentes.

Artículo 358.- Los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial, se sujetarán a la establecida en este título.

Artículo 359.- Los incidentes que pongan obstáculo a la continuación del procedimiento, se substanciarán en la misma pieza de autos quedando entre tanto en suspenso aquél; los que no lo ponga, se tramitarán en cuaderno separado.

Ponen obstáculo a la continuación del procedimiento, los incidentes que tienen por objeto resolver una cuestión que debe quedar establecida para poder continuar la secuela en lo principal, y aquellos respecto de los cuales lo dispone así la ley.

Artículo 361.- Todas las disposiciones sobre prueba en el juicio, son aplicables a los incidentes, en lo que no se opongan a lo preceptuado en este título, con la sola modificación de que las pruebas pericial y testimonial se ofrecerán dentro de los primeros tres días del término probatorio.

2.2.- EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El señalar este cuerpo legal en el presente trabajo es con la finalidad de ofrecer al lector como en nuestro estado de Guanajuato, ya se prevé esta figura jurídica que me sirve de sustento para que sea adicionada al Código de Comercio.

Entre los artículos que tienen relación con lo cuestionado son:

TITULO CUARTO.

CAPITULO UNICO.

Medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias.

Artículo 401.- 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;

II. Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito; y

III. Depósito de personas.

Artículo 402.- La medida a que se refiere la fracción I del artículo anterior se concederá a solicitud del interesado, quién deberá fijar el importe de la demanda, si aún no se instaura el juicio. La resolución que conceda la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse. (primer párrafo).

Artículo 406.- Las medidas de que tratan las fracciones I y II del artículo 401, se practicarán aplicándose en lo conducente, las disposiciones del capítulo VI del título sexto del libro segundo.

Artículo 411.- Toda medida de las autorizadas por el artículo 401, se decretará sin audiencia de la contraparte, y se ejecutara sin notificación previa.

TITULO SEXTO.

EJECUCION.

CAPITULO I.

Reglas generales.

Artículo 441.- La demanda de ejecución debe llenar los requisitos establecidos por el título primero, capítulo I, a no ser que exista sentencia anterior ejecutoria, caso en el cual sólo se pedirá que se ejecute.

Artículo 442.- Admitida la demanda se dictará auto ordenando que se requiera al deudor para que, en el acto de requerimiento, cumpla con la obligación, si esto es posible, y, si no lo hace, se le embarguen o aseguren bienes suficientes para cumplirla, o para asegurar el pago de los daños y perjuicios.

Artículo 443.- Si el deudor no cumple con la obligación, se practicará el aseguramiento o embargo y se emplazará al demandado en los términos del capítulo II del título primero de este código, siguiéndose conforme al mismo juicio.

CAPITULO VI.

Embargos.

Artículo 473.- Decretando el embargo, si el deudor no fuere encontrado en su domicilio para hacerle el requerimiento de pago, se le dejará citatorio para que espere a hora fija del día siguiente hábil, y, si no espera, se practicará la diligencia con persona que se encuentre en la casa o con el vecino más inmediato. (primer párrafo).

Artículo 474.- No verificado el pago, sea que la diligencia se haya o no entendido con el ejecutado, se procederá al embargo de bienes, en el mismo domicilio del demandado o en el lugar en que se encuentren los que han de embargarse.

Artículo 476.- Nunca ni por ningún motivo podrá embargarse más de las tres cuartas partes de la totalidad de los bienes del deudor. Sobre la cuarta parte restante sólo podrá practicarse embargo, y en la responsabilidad o deudas contratadas con posterioridad a haberse

practicado secuestro sobre las primeras tres cuartas partes. Lo mismo se observará en las ulteriores ejecuciones. El beneficio de este artículo no es renunciabile.

Artículo 478.- 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.

Artículo 481.- El ejecutante puede señalar los bienes que han de ser objeto del secuestro, sin sujetarse al orden establecido por el artículo 478:

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

Artículo 482.- El embargo sólo procede y subsiste en cuanto baste a cubrir la suerte principal, costas, gastos y daños y perjuicios, en su caso, incluyéndose los nuevos vencimientos y réditos hasta la conclusión del procedimiento.

Artículo 483.- Cuando, practicado el remate de los bienes consignados como garantía, no alcanzare su producto, para cubrir la reclamación, el acreedor puede pedir embargo de otros bienes.

Artículo 484.- Puede decretarse la ampliación de embargo:

I. En cualquier caso en que a juicio del juez, 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.

TITULO SEGUNDO.

CAPITULO UNICO.

Incidentes.

Artículo 367.- Los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial, se sujetarán a la establecida en este título.

Como se puede apreciar en el artículo 476 anteriormente mencionado, el embargante no puede exceder de más de las tres cuartas partes de la totalidad de los bienes del deudor, y en tratándose de las deudas posteriores, lo referente a la cuarta parte restante, sólo podrán ser las primeras tres cuartas partes. Consecuentemente, si el embargo es una afectación en el patrimonio de una persona, considerado como una universalidad este sólo será susceptible de transmitirse mortis causa, lo que significa que sobre ese conjunto de bienes que tiene una persona, se tutela la protección sobre su patrimonio.

2.3.- EL CODIGO DE COMERCIO.

A pesar de los avances que se han conseguido en esta materia, en la actualidad y de las sucesivas reformas que se han hecho, se ha tenido el propósito de avanzar hacia una seguridad jurídica integral, pero a pesar de ello su alcance no ha sido el suficiente, para poder obtener una adecuada sistematización que le permita hacer valer al demandado derechos, que no vulneren su equilibrio económico en detrimento de su patrimonio y como consecuencia de sus fines de subsistencia, por lo cual debe buscarse la forma de implantar normas que permitan establecer disposiciones de tutela y protección en la esfera jurídica del gobernado, en este caso el deudor.

Ante tal, y para dejar más claro de que la reforma procesal de 1996, no cumplió las expectativas esperadas, en razón de que el legislador paso por desapercibido el problema que se ha venido planteando, y que de alguna manera afecta al gobernado cuando éste se encuentra en carácter de obligado al pago.

Y en atención a lo anterior, se expondrá de una manera concreta el articulado de como se regula el procedimiento ejecutivo y la fase procesal que tiene injerencia con nuestro tema:

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

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 artículo 1348;

II.- Los instrumentos públicos.

III.- La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288.

IV.- Los títulos de crédito;

V.- Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI.- La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII.- Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

VIII.- Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

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.

Artículo 1393.- No encontrándose al deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, pero cerciorado de ser el domicilio de aquél, se le dejará citatorio

fijándole hora hábil, dentro de un plazo comprendido entre las seis y las setenta y dos horas posteriores, y si no aguarda, se practicará la diligencia de embargo con los parientes, empleados o domésticos del interesado, o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, siguiéndose las reglas de la ley procesal local, respecto de los embargos.

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 entienda la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndola 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.

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.

Artículo 1396.- Hecho el embargo, acto continuo se notificará al deudor, o a la persona con quien se haya practicado la diligencia para que dentro del término de cinco días comparezca el deudor ante el juzgado a hacer paga llana de la cantidad demandada y las costas, o ha oponer las excepciones que tuviere para ello.

Artículo 1397.- Si se tratara de sentencia, no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de 180 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 las de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación y 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 de ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y constar por instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial.

Artículo 1398.- Los términos fijados en el artículo anterior se contarán desde la fecha de la sentencia o convenio, a no ser que en ellos se fije plazo para el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso el término se contará desde el día en que se venció el plazo o desde que pudo exigirse la última prestación vencida, si se tratare de prestaciones periódicas.

Artículo 1399.- Dentro de los cinco días siguientes al requerimiento de pago, al embargo, en su caso y al emplazamiento, el demandado deberá contestar la demanda, refiriéndose concretamente a cada hecho, oponiendo únicamente las excepciones que permite la ley en el artículo 1403 de este Código, tratándose de títulos de crédito las del artículo 8o. de la Ley General de Crédito, y en el mismo escrito ofrecerá pruebas, relacionándolas con los hechos y acompañando los documentos que exige la ley para las excepciones.

Artículo 1404.- En los juicios ejecutivos los incidentes no suspenderán el procedimiento y se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza con un escrito de cada parte y contándose con tres días para dictar resolución. Si se promueve prueba deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y se citará para audiencia indiferible dentro del término de ocho días, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y en la misma se dicte la resolución correspondiente que debe notificarse a las partes en el acto, o a más tardar el día siguiente.

Artículo 1405.- Si el deudor se allanare a la demanda y solicitaré término de gracia para el pago de lo reclamado, el juez dará vista a la actora para que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a tales proposiciones de las partes.

Artículo 1408.- Si en la sentencia se declara haber lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor, en la misma sentencia se decidirá también sobre los derechos controvertidos.

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

Artículo 1411.- Presentando el avalúo y notificadas las partes para que concurran al juzgado a imponerse de aquel, se anunciará en la forma legal la venta de los bienes, por tres veces, dentro de tres días si fuesen muebles, y dentro de nueve si fuesen raíces, rematándose enseguida en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho.

Artículo 1412.- No habiéndose presentado postor a los bienes, el acreedor podrá pedir la adjudicación de ellos por el precio que para subastarlos se les haya fijado en la última almoneda.

Artículo 1413.- Las partes, durante el juicio podrán convenir en que los bienes embargados se evalúen o vendan en la forma y términos que ellos acordaren, denunciándolos así oportunamente al juzgado por medio de un escrito firmado por ellas.

Artículo 1414.- Cualquier incidente o cuestión que se suscitare en los juicios ejecutivos mercantiles, serán resueltos por el juez con apoyo en las disposiciones respectivas de este título, y en su defecto, en lo relativo a los incidentes en los juicios ordinarios mercantiles; y a falta de unas y otras, a lo que disponga la ley procesal de la entidad federativa correspondiente, procurando la mayor equidad entre las partes sin perjuicio para ninguna de ellas.

Como se pudo observar, el deudor responde de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros, dejando abierta la amenaza del acreedor de ampliar su embargo, si los bienes afectos no son suficientes para garantizar su adeudo, más sin embargo en ningún momento se le da la posibilidad al deudor, de que si los bienes embargados exceden en demasía la garantía de pago, éste pueda a su vez tener el derecho de promover un incidente dentro del cual se promueva la disminución de los bienes que hubieren resultado asegurados en el embargo, como se contempla en nuestro Código de Procedimientos Civiles de nuestro Estado de Guanajuato.

CAPITULO III.- EL PROCESO EJECUTIVO.

3.1.- EL JUICIO EJECUTIVO CIVIL.

Para poder determinar con precisión la naturaleza y la característica del juicio ejecutivo, así como su recepción y regulación en el derecho mexicano, es necesario saber cuál fue el origen y el desarrollo de este juicio especial.

Es común ubicar los orígenes del juicio ejecutivo en la época de formación del proceso denominado "común" o romano-canónico, en la alta Edad Media, bajo la influencia del resurgimiento del Derecho Romano y de las prácticas del proceso germánico. La intensificación del comercio en las ciudades italianas, así como la necesidad de otorgar a determinadas clases de créditos una tutela más ágil y efectiva, dieron lugar al nacimiento de los instrumentos guarentigiata o confessionata (instrumentos garantizados o confesados), a los que los estatutos municipales reconocieron la executio parata (ejecución inmediata), similar a la ejecución de la sentencia. El uso de estos instrumentos pronto se difundió en toda Europa y la doctrina los justificó en virtud del principio romanístico que equiparaba la confesión a la sentencia, concediéndole a la confesión hecha ante notario un valor semejante a la realidad ante el juez.

No obstante la equiparación entre sentencia y confesión, la ejecución era distinta según se tratara de la primera o de los instrumentos.

El conocimiento limitado que implicaba la vía sumaria reducía las excepciones y defensas del demandado sólo a las que éste estuviera en situación de probar inmediatamente (*in continenti*), dejándose las demás que requirieran una detenida indagación para que el vencido, en su caso, las formulara en el juicio ordinario promovido posteriormente por él mismo. Afirma Liebman, "en el juicio ordinario se examinaba a fondo toda la cuestión, sin

limitación de defensas y de pruebas y sin que la decisión pronunciada en el juicio ejecutivo vinculase en modo alguno al juez del juicio ordinario, la sentencia que este último pronunciaba representaba la decisión definitiva del caso controvertido, predominaba naturalmente, según los casos, sobre todo lo que se había hecho en sede ejecutiva y conducía eventualmente a las restituciones y reparaciones necesarias para poner la cosas en su anterior estado.”¹⁷

A su vez, Manresa y Navarro definía el juicio ejecutivo como “el procedimiento que se emplea a instancia del acreedor contra el deudor moroso para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquidada que le debe de plazo vencido y en virtud de documento indubitable. Caravantes definía el juicio ejecutivo como “un procedimiento sumario por el cual se trata de llevar a efecto, por embargo y venta de bienes del deudor, el cobro de créditos que constan en algún título con fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.”¹⁸.

Fue así como surgió el juicio ejecutivo en el derecho medioeval italiano de los siglos XIII y XIV, cuyo modelo fue aceptado en toda Europa. Posteriormente, por influencias del derecho francés, y en particular del Code de Procedure Civile napoleónico, fue eliminado definitivamente el juicio ejecutivo en los ordenamientos procesales europeos, donde se ha llegado a equiparar completamente los instrumentos con la sentencia, como títulos ejecutorios, regulando una sola figura de ejecución.

Una derivación del juicio ejecutivo ha sido el proceso documental y cambiario en Alemania e Italia. Este proceso tiene por objeto proporcionar al actor un título ejecutorio, sobre la base de un examen sumario del material documental aportado por las partes; en

¹⁷ Ovalle Fabela José., Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, 6ta. Edición, México, D.F. 1995, Pág. 364.

¹⁸ 18). Ob. Cit. Ovalle, Pág. 365.

caso de encontrar fundada la pretensión del demandante, el juez dicta una sentencia definitiva ordinaria, la cual constituye un título ejecutorio, y, en caso contrario, una sentencia condenatoria con reserva.

“La característica fundamental del proceso documental y cambiario es la limitación de las pruebas. Como señala Schönke, los hechos en que se basa el demandante deben ser susceptibles de prueba por documentos.”¹⁹

Conviene mencionar también al procedimiento monitorio o de inyunción, que tiene antecedentes históricos paralelos y características en cierta medida semejantes a las del juicio ejecutivo. Este procedimiento, el cual se ha desarrollado en algunos países europeos, e incluso en uno latinoamericano (Uruguay), tiene por objeto fundamental que el juez expida, a instancia del actor y sin audiencia del demandado, una orden o mandato de pago en la cual emplace a este último para que haga pago de lo reclamado o formule oposición contra el mandato. Si el demandado no paga ni formula oposición en el plazo indicado en el mandato de pago, éste se convierte en un título ejecutorio susceptible de ejecución; pero, en caso de que sí formule oposición, el mandato queda sin efecto y el actor debe acudir al proceso de conocimiento respectivo.

El juicio ejecutivo fue diferente en España. Hasta hace poco tiempo, se señaló como origen del juicio ejecutivo en España una ley de Enrique III, del 20 de mayo de 1396, expedida a petición de los comerciantes genoveses, y en virtud de la cual, recogiendo una práctica sevillana, se otorgó a la confesión de deuda hecha ante los Alcaldes, en forma de cartas y recaudos, el valor de títulos ejecutivos. El juicio ejecutivo regulado en esta Ley permitía al demandado

¹⁹. Ob. Cit. Ovalle, Pág. 366

oponer la excepciones que pudieran ser probadas in continenti y limitaba las pruebas practicables a los documentos de eficacia semejante a la del título, confesión del actor o declaraciones de testigos residentes en el lugar.

En otros términos, en España sigue vigente el juicio ejecutivo, de acuerdo con los rasgos y características provenientes del modelo medioeval italiano, sin que se hayan experimentado las transformaciones producidas en los demás países europeos por influencia del derecho francés.

La finalidad característica del proceso ejecutivo consiste, como afirma Carnelutti, “en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado, se debe concluir que el juicio ejecutivo, de acuerdo con el modelo medioeval italiano y con el modelo vigente en España, no es exclusivamente un proceso ejecutivo, a pesar de su denominación.”²⁰

Al permitir la participación procesal del demandado y darle oportunidad, así sea limitada, para que oponga excepciones contra el título ejecutivo y proponga y suministre pruebas para confirmar su oposición, el juicio ejecutivo debe ser ubicado dentro de los procesos de conocimiento o declarativos. Por eso Liebman estima que el juicio ejecutivo se presenta como un proceso mixto de cognición y de ejecución, o, más exactamente, como un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición. Chiovenda, por su parte, ubica el juicio ejecutivo dentro de los procesos declarativos con preferente función ejecutiva.

La cognición del juicio ejecutivo es incompleta porque el debate, y con él las excepciones, se limita sólo a la determinación de si se debe proceder o no a la ejecución con base

²⁰ Ob. Cit. Ovalle, Pág. 366.

en el título ejecutivo; y es provisional, ya que, en consecuencia, la sentencia no declara en forma definitiva la existencia del crédito documentado en el título, sino que sólo decide si se debe o no proceder a la ejecución.

La naturaleza del título ejecutivo debe buscarse fundamentalmente en su fuerza probatoria. Ya Betti y Scialoja consideraban que el título ejecutivo era el "testimonio del derecho de crédito", aunque como medio de prueba resulte ser más exactamente un documento, Carnelutti ha definido el título ejecutivo como "un documento al cual atribuye la ley efecto de prueba integral del crédito respecto del que se pide la ejecución".

El rasgo presuncional del título, a juicio del maestro hispano, es el que explica todas las características del juicio ejecutivo: la sumariedad, la limitación de las excepciones deducibles, como garantía contra los riesgos de tales restricciones, el juicio ordinario o declarativo ulterior.

Conviene distinguir, siguiendo a Liebman, entre títulos ejecutivos y títulos ejecutorios. Pese a su diversidad, precisa el autor citado, las acciones que nacen respectivamente de estos actos, es decir, la acción ejecutiva y la acción ejecutoria, siguen siendo dos especies del mismo género, pues las dos están dirigidas a promover la ejecución.

El juicio ejecutivo fue introducido en México, como ocurrió en los países latinoamericanos, bajo la influencia del derecho español.

La existencia de un título ejecutivo es el supuesto fundamental para que se pueda iniciar el juicio ejecutivo. Por esta razón, la demanda del juicio ejecutivo siempre debe hacerse acompañar de este documento. Dentro de la clasificación de los documentos que se deben

acompañar a la demanda, el título ejecutivo corresponde a la clase de documentos que la "fundan" o son "base de la acción", es decir, documentos de los cuales "emana el derecho que se invoca".

Como la naturaleza y las características del juicio ejecutivo se encuentran determinadas, según ha quedado señalado, por la existencia del título ejecutivo, conviene analizar las reglas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sobre el juicio ejecutivo civil distinguiendo, por un lado, los títulos ejecutivos civiles y, por el otro, el procedimiento.

El título ejecutivo como "el instrumento que trae aparejada ejecución contra el obligado, de modo que en su virtud se puede proceder sumariamente al embargo y venta de los bienes de deudor moroso para satisfacer al acreedor. Para Becerra Bautista "formalmente sólo son títulos ejecutivos los que la ley reconoce en forma expresa; sustancialmente deben contener un acto jurídico del que derive un derecho y, consecuentemente, una obligación cierta (artículo 443), liquida (artículo 446) y exigible (es decir, no sujeta a plazo o a condición, según el artículo 448)."²¹

3.2.- EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.

El juicio ejecutivo mercantil se encuentra regulado en "el Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889 (artículos 1391-1414), el cual se basó, en su parte procesal, en el Código de Procedimientos Civiles de 1884. En opinión de Alcalá-Zamora, el libro V ("De los juicios mercantiles") del Código de Comercio vigente "no es más que una copia mutilada del procesal civil de 1884."²²

En cuanto existen cuatro divergencias fundamentales entre el juicio ejecutivo civil del Código de Procedimientos Civiles de 1884 y el juicio ejecutivo mercantil del Código de

²¹ Ob. Cit., Ovalle, Pág. 372.

²² Ob. Cit., Ovalle, Pág. 377.

Comercio de 1889, a saber. 1) el Código de Comercio mezcla, bajo la rúbrica "Juicio ejecutivo", preceptos del de 1884 relativos a dos materias que, tanto en éste como en la legislación española, se encuentran claramente diferenciadas, como son el juicio ejecutivo en sentido estricto y la vía de apremio; 2) las diferencias en las respectivas listas de títulos ejecutivos, derivadas del deslinde jurídico sustantivo entre lo civil y lo mercantil; 3) mientras que el Código de Comercio limita las excepciones aducibles en el juicio ejecutivo mercantil, el de 1884 no señala ninguna limitación defensiva, y 4) el Código de Comercio no se limita a implantar su concepción convencional del proceso en la fase de conocimiento, sino que la trasplanta a la de ejecución.

Es de suma importancia la divergencia en el inciso 3). Esto significa que, de acuerdo con Alcalá-Zamora, el juicio ejecutivo mercantil, a diferencia del civil, si tiene carácter sumario, en cuanto que su cognición es incompleta, pues limita las excepciones oponibles por el demandado. Conviene advertir sin embargo, que la redacción del artículo 1403 del Código de Comercio, que enumera las excepciones aducibles en el juicio ejecutivo, no parece muy clara en cuanto a si la enumeración de excepciones que contiene es limitativa o enunciativa, pues únicamente dice que serán "admisibles" dichas excepciones, sin indicar si lo son "solo" ellas o si es posible aducir alguna otra distinta. Ante esta ambigua redacción, la Suprema Corte de Justicia ha llegado a sostener, por un lado, que el citado artículo 1403 del Código de Comercio "limitativamente determina cuáles son las excepciones que pueden admitirse contra un documento mercantil que trae aparejada ejecución".

La interpretación que considera que la enumeración de excepciones contenida en dicho precepto es limitativa, se apoya en argumentos lógicos e históricos. Desde un punto de vista lógico, carece de sentido que un precepto enumere diversas excepciones en forma meramente enunciativa. Desde un punto de vista histórico, el juicio ejecutivo ha sido un juicio sumario, de conocimiento reducido exclusivamente a las excepciones permitidas en forma

limitativa por la ley. Estos argumentos lógicos e históricos apoyan la interpretación que considera que la enumeración contenida en el artículo 1403 del Código de Comercio es limitativa.

El artículo 1391 del Código de Comercio enuncia, aun cuando no exhaustivamente, los títulos ejecutivos mercantiles. A continuación serán examinados brevemente, clasificándolos también en documentos públicos y documentos privados.

A). DOCUMENTOS PUBLICOS.

La sentencia firme. En realidad, estos documentos, más que títulos ejecutivos, constituyen verdaderos títulos ejecutorios, en el sentido asignado por Liebman, pues no dan motivo a un juicio ejecutivo, sino a una ejecución procesal, la cual, en el Código de Comercio, quedó confundida con el juicio ejecutivo al mezclarse éste con la vía de apremio.

De acuerdo con el artículo 1397 del Código de Comercio, si se trata 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 plazo, 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 las de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, así como la falsedad del instrumento, siempre y cuando la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria, convenio o juicio constante en autos.

Los Instrumentos Públicos. Es claro que éstos, como todos los demás títulos ejecutivos, deben contener un crédito cierto, líquido y exigible.

La Confesión judicial del deudor. La fracción III del artículo 1391 del Código de Comercio, remite al 1288, el cual se refiere a la confesión judicial que haga prueba plena y afecte toda la demanda. A su vez, el artículo 1287 señala los requisitos que debe reunir la confesión judicial para hacer prueba plena.

Los documentos privados y contrarios de comercio reconocidos judicialmente. De acuerdo con el artículo 1167 del Código de Comercio, la "acción ejecutiva" puede prepararse pidiendo el reconocimiento de la firma de los documentos mercantiles. La firma se tendrá por reconocida cuando, citado el deudor dos veces para el reconocimiento, no comparezca, o, requerido en dos ocasiones en la misma diligencia, no conteste si es o no suya la firma.

DOCUMENTOS PRIVADOS.

Dentro de esta categoría se encuentran básicamente los laudos arbitrales y los títulos de crédito o título-valor que regula la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales son la letra de cambio, el pagaré, el cheque, la obligación, el certificado de depósito y el bono de prenda.

El artículo 1391 del Código de Comercio también menciona como títulos ejecutivos las pólizas de seguros y la decisión de peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro.

En sentido inverso, existen otros documentos privados que son títulos ejecutivos y que el citado artículo 1391 no menciona. Entre estos títulos ejecutivos se pueden señalar los siguientes:

Las libretas de depósitos en cuentas de ahorro (artículo 59 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Los certificados de depósitos bancarios a plazo, los bonos bancarios y sus cupones y las obligaciones subordinadas y sus cupones, previo requerimiento de pago ante fedatario público (artículos 62, 63 y 64 de la misma Ley).

El contrato o la póliza en que se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con la certificación del contador de la institución acreedora respecto del saldo adeudado (artículo 68 de la misma Ley).

El contrato de apertura de crédito comercial documentario irrevocable (artículo 71 de la Ley citada).

El documento en el que conste el otorgamiento, por parte de una institución bancaria, de un crédito con garantía real (artículo 76 de la misma Ley).

El documento que consigne la obligación del solicitante, fiador, contrafiador u obligado, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la institución de fianzas, de que ésta pagó al beneficiario. Estos documentos son títulos ejecutivos para demandar el pago de la cantidad cubierta por la institución de fianzas a los beneficiarios. Para el cobro de las primas vencidas y no pagadas, también son títulos ejecutivos el documento y la copia mencionados, con la certificación del contador de la institución, respecto de la existencia del adeudo. En ambos casos, la firma del contador deberá estar registrada en la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Dicha firma se comprobará con la publicación que aparezca en el Diario Oficial de la Federación (artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

El jurisconsulto Manuel de la Plaza, los explica de la siguiente manera: "Por lo que a los orígenes históricos del título ejecutivo se refiere, el *judis ininitium* del proceso ejecutivo, se encuentra en prácticas anteriores al auge de la institución notarial, según las cuales era dado a las partes proceder al embargo preventivo de los bienes, si contractualmente lo habían convenido así, mediante el llamado *pactum exequitivum*; con idéntico fin, les era lícito, así mismo, usar de un proceso aparente, que, mediante la comparecencia del obligado, sua sponte, otorgaba idéntica facultad. Lo cual pretendía derivarse, en el primer supuesto, del principio también romano "*confesus projudicatum abetur*"; con la particularidad, que en este caso, de que la confesión que resultaba del instrumento autorizado por el juez "*instrumentum confessionatum*" equivalía a un mandato de pago. A medida que la función notarial fue adquiriendo relieve, se acentuó la costumbre de incluir en los documentos del Notario la cláusula de ejecución, con tal generalidad, que llegó a constituir una cláusula de estilo, que por ello, aún no contando expresamente, se suponía incluida en el documento de que se trataba; y por ese camino, se llegó a la construcción del proceso ejecutivo ordinario, por obra del título contractual se veía constreñido a pagar en el término establecido. Primeramente, se dio paso a la que se fundaba en excepciones de fácil demostración, aunque algún estatuto condicionase la oposición al hecho de que el deudor consignase o afianzase la suma debida. Con el objeto de evitar esta oposición dentro del proceso, ejecutivo, se introdujo la costumbre de llamar previamente al deudor, para que reconociese el documento, como medio para provocar la oposición. Este era el llamado *mandatum de solvendum*, distinto del mandato con cláusula ejecutiva, origen aquél del proceso documental moderno, singularmente del proceso cambiario".²³

Son las siguientes: I.- Es una de las especies del juicio sumario. II.- Puede ser de cognición limitada en nuestro derecho, cuando la sentencia declara que no ha procedido la vía ejecutiva, porque en este caso reserva al actor sus derechos para que los ejercite en el juicio que

²³ Pallares Eduardo., *Derecho Procesal Civil*, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., Pág. 549.

corresponda. III. El juicio ejecutivo presupone necesariamente un título ejecutivo, y se inicia con la ejecución que ordena el juez al admitir la demanda y en la forma que se dirá más adelante. IV. En la litis figura por ministerio de la ley, y aunque el demandado no la haga valer, la cuestión relativa a la procedencia de la vía ejecutiva. V. En él, conforme al Código Procesal, la jurisdicción se divide entre el juez titular y el secretario ejecutor. El primero tiene competencia para dictar el auto de ejecución y todo lo relativo a ésta, a la depositaria y sus incidentes, a la mejora y reducción del embargo, al avalúo y remate de los bienes, y naturalmente, para pronunciar la sentencia definitiva. El secretario ejecutor que originalmente tenía la calidad de juez ejecutor, tiene jurisdicción para acordar todos los trámites y resolver todos los incidentes relativos a la ejecución.

En suma, las características entre el juicio ejecutivo civil y el juicio ejecutivo mercantil son:

Juicio Ejecutivo Civil.	Juicio Ejecutivo Mercantil.
a) Versa sobre títulos ejecutivos que contienen un acto jurídico del que derive un derecho y una obligación líquida, exigible, no sujeta a plazo o a condición, b) Trae aparejada ejecución de naturaleza breve y sumaria, c) Se ubica dentro de los procesos de conocimiento o declarativos, d) La sentencia sólo decide si se debe o no proceder a la ejecución, e) Se procede de una manera sumaria al embargo.	a) Se ventilan las controversias que se originan entre comerciantes o personas que ejecutan actos mercantiles, b) Tiene carácter sumario, pero se limita a las excepciones oponibles por el demandado exclusivamente permitidas c) Se inicia con la ejecución, d) La jurisdicción se divide entre el juez titular y el ministro ejecutor.

3.3.- EJECUCION.

El embargo tiene como antecedente más remoto el Pignus in causa iudicati captum de los romanos, y éste, como lo indica su designación de Pignus (prenda), originaba derechos reales.

Justiniano (Código, 8, 22, 2) decía: "Hemos atendido a dos clases de hipotecas: una nace de las convenciones y pactos de los hombres, y otra que se da por los jueces y se llama pretoria." Caracalla, en la ley siguiente, agregaba sobre el pignus in causa iudicati captum, que "por causa de la sentencia, se puede tener derecho de prenda sobre los bienes, y enajenarlos por orden judicial, ya que en lugar de la obligación contractual, existe la autoridad del juzgador".

El Digesto afirmaba que cuando el magistrado envía un acreedor en posesión de los bienes de su deudor se constituye una prenda. Idéntica posición toman las Partidas (ley 1a. Tít. XIII de la Partida V), cuando dicen: "Peño es propiamente aquella cosa que un hombre empeña a otro apoderando de ella mayormente cuando es mueble: más según el largo entendimiento de la ley, toda cosa quiera sea mueble o raíz que es empeñada otro puede ser dicha peño, magüer non fuese entregado de ella aquel a quien la empeñasen. Son tres maneras de peños: la una es la que los hombres hacen entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que deban dar o hacer. La otra es cuando los juzgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contenedor por mengua de respuesta o razón de rebeldía, o por juicio que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del rey..."

En el mismo sentido opinaron varios jurisconsultos mexicanos que escribieron entre la consumación de la independencia y la promulgación del Código Civil para el Distrito Federal de 1870. Eugenio De Tapia afirma que la hipoteca puede ser: "1o. Convencional o expresa. 2o. Legal o tácita. 3o. Pretoria; y cuando el juez, por contumacia del reo, entrega los

bienes de éste 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 aunque en la Corte no se usa, está permitido y puede practicarse; y el 4o. Judicial, que es la vía ejecutiva regular: bien que estas dos últimas clases de hipotecas, 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 los bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse a los demás, por cuya razón tienen igual derecho y preferencia (Ley I, Tít. XIII. Part. V); pero por la judicial, el que ejecuta primero y entra en la posesión, es preferido a los otros. González Castro dice: "La hipoteca es un derecho real del acreedor sobre los bienes del deudor, afectos al pago de una obligación. La hipoteca se establece, bien por la ley y entonces se llama legal, bien por sentencia o acto del juez, en cuyo caso se llama judicial o bien por convención de las partes y ésta es la que se llama convencional (Ley I, Tít. XIII, Part. V). La Curia Filípica Mexicana dice: "El principio de que la antigüedad de la deuda da preferencia en el crédito, es el que rige con respecto a los acreedores de esta Cuarta Clase (hipotecarios no privilegiados). Así es que cuando varios concurren a un tiempo, ha de ser preferido el que tenga hipoteca de fecha más antigua, bien sea legal, judicial o convencional, bien general o particular (Ley 27)."²⁴

Resumiendo, se puede decir que, hasta mediados del siglo pasado, se consideró invariablemente que el embargo otorgaba al acreedor un derecho real sobre los bienes embargados, en todo semejante a los derechos hipotecarios y prendarios. En aquella época se creó el Registro Público de la Propiedad, establecido en México por el Código Civil de 1870, y se dispuso que para que un derecho real produzca efectos erga omnes es necesario que se inscriba en el registro. Es solamente entonces cuando se inicia la controversia respecto a la naturaleza real o personal de los derechos del embargante. Debemos preguntarnos si la disputa no debiera centrarse, más bien, sobre las consecuencias de inscribir un derecho en el Registro Público.

²⁴ Zamora Pierce Jesús., *Derecho Procesal Mercantil*, Sexta Edición, Editorial Cárdenas, México, D.F., 1995, Pág. 182.

Así en la actualidad, el juicio ejecutivo mercantil se inicia por demanda que deberá satisfacer los mismos requisitos que la demanda en un juicio ordinario (art. 255, C. p. c.) y a la que el actor deberá acompañar el título ejecutivo fundatorio de su pretensión (art. 1392, Código de Comercio).

Dada la importancia del título fundatorio de la acción, usualmente el actor solicita y los jueces ordenan que sea guardado en el secreto del juzgado.

El carácter ejecutivo del título es presupuesto indispensable de la procedencia de la vía ejecutiva. En consecuencia, presentada por el actor su demanda, el juez, de oficio y sin audiencia del demandado, deberá proceder a examinar el título, a fin de determinar si reúne las características de certeza, liquidez y exigibilidad que arriba estudiamos. El auto de exequiendo, aún si no es recurrido, no tiene fuerza de cosa juzgada respecto a la procedencia de la vía. Llegado el momento de dictar sentencia, el juzgador deberá ocuparse de nuevo de esta cuestión (art. 1409, C. Com.), de oficio y aún si el demandado no opuso excepciones, dado que la ejecutividad del título es la base sobre la que se sustenta el juicio.

Si del examen del título el juez concluye, provisionalmente, que tiene carácter ejecutivo, dictará el auto llamado de embargo, o de ejecución, o de exequiendo, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas (art. 1392, C. Com.).

El auto de embargo se publica en el Boletín Judicial como "Secreto", identificándolo únicamente con el número que le correspondió en el Libro de Gobierno del juzgado, sin mencionar el nombre de las partes, a fin de evitar que el deudor, enterado de las disposiciones dictadas en su contra, oculte sus bienes e imposibilite la ejecución. La Suprema Corte ha resuelto que los efectos del auto de exequiendo son reparables dentro del juicio, luego es

improcedente el amparo contra dicho auto, pero, como la sentencia que se dicta en la alzada del auto que conceda no niegue la ejecución causa ejecutoria y el fallo definitivo en el juicio no puede volver a ocuparse de la procedencia o improcedencia de dicho auto, la violación que en él se cometa ya no es reparable dentro del juicio. En consecuencia, es procedente el amparo contra la sentencia de segunda instancia.

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 el pago voluntario de su adeudo, se libre de las molestas consecuencias del embargo y del procedimiento judicial.

Si se ignora el domicilio del deudor, por aplicación supletoria del (artículo 535, C. p. c.), se hará el requerimiento por tres días consecutivos en el Boletín Judicial y fijando la cédula en los lugares públicos de costumbre. Pasados ocho días de la última publicación se tendrá por hecho el requerimiento y se procederá en seguida al embargo.

Si el domicilio del deudor es conocido, el actuario del juzgado procederá a buscarlo en él, haciéndose acompañar del actor o de su representante, cuya presencia es indispensable, pues a ellos corresponde señalar bienes para el embargo (si el deudor no lo hace) y nombrar depositario para los mismos.

No encontrándose al deudor a la primer busca se le dejará citatorio, fijándole día y hora para que aguarde (art. 1393, C. Com.). El código no señala el lapso que deberá transcurrir entre la primera y la segunda busca, y es discutible si procede la aplicación supletoria del (artículo 535 C. p. C), conforme al cual el citatorio deberá señalar "hora fija dentro de las veinticuatro siguientes". En todo caso, deberá concederse al demandado tiempo razonablemente suficiente para enterarse de que se le busca y para presentarse en su domicilio.

No es necesario el requerimiento de pago cuando el título ejecutivo en virtud del cual se proceda sea una sentencia y no fuere hallado el condenado (art. 534. C. p. c.).

Por el solo hecho de que el deudor no aguarde al emplazamiento, dice el artículo 1393, se procederá a practicar el embargo con cualquiera persona que se encuentre en la casa o con el vecino más inmediato. Como el requerimiento debe ser previo al embargo, debe entenderse que puede hacerse también por conducto de las personas con quienes se practicará el embargo.

Requerido de pago, el deudor tiene dos alternativas: pagar o verse sometido al embargo de sus bienes. Si opta por la primera bastará con que pague el adeudo principal, no pudiéndose exigir el pago de costas, pues éstas no se han generado en esa etapa procesal.

Si el requerimiento de pago fracasa, el actuario deberá proceder a embargar, es decir, a afectar bienes del deudor que deberán ser rematados para satisfacer el crédito. A partir de ese momento, la garantía genérica del acreedor sobre el patrimonio de su deudor se individualiza sobre los bienes embargados.

La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor que le reclamara sus derechos a salvo, para que los haga valer como le convenga durante el juicio o fuera de él (art. 1394, C. Com.). El actuario procede en representación del juez, por orden y delegación expresas de aquél, y como tal, tiene facultades para allanar cualquier dificultad suscitada en cuanto al orden que deba seguirse en el embargo de bienes (art. 1395, C. Com.), o en cuanto al carácter de inembargables que puedan tener ciertos bienes. Determina, a su criterio y con la información disponible en el momento de la diligencia, si pueden presumirse propios del deudor los bienes señalados para embargo. En igual forma, justiprecia los bienes, pues su valor no debe ser, ni excesivo en relación con el monto del

adeudo, ni insuficiente para cubrirlo. Además, el actuario levanta un acta en la que da fe de todo lo ocurrido en el transcurso de la diligencia. Si el demandado reconoce el adeudo, esa manifestación constará en el acta y probará en juicio en su contra. Si, por el contrario, afirma tener excepciones que oponer al actor, el actuario se limitará a dar cuenta al juez. Si encontrare oposición material a su intervención, el actuario pedirá el auxilio de la fuerza pública para poder llevarla a buen término.

El derecho de designar los bienes que han de embargarse corresponde al deudor; y sólo que éste se rehuse a hacerlo o que esté ausente, podrá ejercerlo el actor o su representante (art. 536, C. p. c.). La designación de bienes por el deudor no implica su conformidad con la práctica del embargo. También pasa al actor el derecho de designar bienes cuando los señalados por el demandado son insuficientes para garantizar el pago (art. 537, Fracc. II, C. p. c.).

En el embargo de bienes debe seguirse el orden señalado por el artículo 1395, C. Com., y que es el siguiente:

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

En el orden está establecido en favor del acreedor y se inspira en la mayor o menor facilidad y economía para realizar los bienes. Así lo entiende el propio artículo 1395, al autorizar al actuario para allanar cualquier dificultad suscitada en el orden que deba seguirse para el embargo "prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable".

La inversión en el orden del señalamiento no origina la nulidad del embargo. Si es el deudor quien no se sujeta al orden establecido, su conducta tiene como única consecuencia la de liberar al ejecutante de seguir dicho orden (art. 537, fracc. II, C. p. c.). Si, por el contrario, es el actor quien no lo sigue, y dado que el orden está establecido en su favor, el demandado no podrá reclamar su inobservancia. estamos ante una norma sin sanción.

Hecho el señalamiento de los bienes a embargar, el actuario deberá proceder a describirlos en el acta de la diligencia, a fin de que sean perfectamente identificables y no se confundan con otros, para protección de las partes y de terceros. Si son muebles, deberá indicar su forma, tamaño y color; señalar si procede, su modelo, número de serie y marca; dejar constancia del material del que están compuestos y de su estado de conservación. Si son inmuebles, anotará su superficie, linderos y colindancias, así como los datos de su inscripción en el Registro Público. Si se trata de un depósito bancario, hará constar el nombre y dirección del banco, el número de depósito y su saldo a la fecha del embargo. Y así, en general, y de acuerdo con la naturaleza del bien embargado, indicará aquellos datos que permitan su individualización.

Cuando sean varios los bienes embargados, su enumeración y descripción tomará la forma de un inventario. Dicho inventario es indispensable para saber si un bien determinado se encuentra o no incluido entre los embargados. La Corte ha resuelto que el inventario es indispensable incluso cuando se embarga a una empresa. "Cuando sólo se asienta que se le embarga "con todo lo que de hecho y por derecho le corresponde", quedan absolutamente indeterminados los bienes propiedad de la negociación, en virtud de que el señalamiento hecho en esos términos hace imposible precisar los alcances del secuestro". El Tribunal Superior de Justicia.

Hecho el señalamiento de los bienes, éstos quedan a disposición del órgano jurisdiccional para ser embargados. El actuario, una vez que los haya descrito e inventariado,

deberá declarar solemnemente que "hizo y trabó formal embargo sobre los bienes designados". Sin esta declaración formal los bienes no quedan sujetos a embargo.

Hecha la traba, resta aún practicar ciertas medidas que perfeccionen el embargo, garantizando que el bien embargado quede a disposición del juez para su posterior remate. Estas medidas tienen por efecto imposibilitar al deudor para ocultar el bien y enterar del embargo a terceros para que le sea oponible. Conforme a la naturaleza del bien, el perfeccionamiento del embargo se logra mediante los siguientes procedimientos.

1) Bienes muebles. Deberán entregarse en depósito a la persona nombrada por el acreedor (art. 1392, C. Com.). 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 (art. 383, fracc. I. Código Penal).

Para poder entregar el bien al depositario, es indispensable que el actuario lo tenga a la vista. Es nulo el embargo si el actuario no puede hacer constar la existencia del bien por tenerlo a la vista, y nulo también si no se perfecciona mediante su entrega al depositario.

En materia de títulos de crédito, la ley menciona expresamente la necesidad de que el actuario se apodere del título embargado, diciendo que el secuestro o cualesquiera otros vínculos sobre el derecho consignado en el título, o sobre las mercancías por él representadas no surtirán efectos si no comprenden el título mismo (art. 20, L.T.O.C.), y repite esa disposición al referirse a los certificados de depósito (art. 287, L.T.O.C.).

2) Bienes inmuebles. Se tomará razón del embargo en el Registro Público de la Propiedad, librándose al efecto, por duplicado, copia certificada de la diligencia de embargo; uno

de los ejemplares, después del registro, se unirá a los autos y el otro quedará en la expresada oficina (art. 546, C. p. c.).

3) 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 el Código Penal. Recordemos, no obstante, que si el adeudo consta en un título de crédito el embargo sólo surtirá efectos si comprende el título mismo.

4) Créditos Litigiosos. La providencia de secuestro se notificará al juez de los autos respectivos (art. 548. C. p. c.).

3.4.- AMPLIACION DE EMBARGO.

Los bienes embargados deben ser suficientes para cubrir la deuda (art. 1392, Cód. Com.), es decir, su valor no debe ser ni mayor ni menor que el adecuado para garantizar el pago del adeudo, de sus intereses, los gastos y las costas judiciales, tomando en cuenta el demérito que, sobre dicho valor, tendrá la venta pública almoneda.

El monto del embargo debe ser proporcional a la deuda pues, si el acreedor tiene derecho a garantizar suficientemente su crédito, no le es permitido causar perjuicios innecesarios a su deudor.

El defecto en el embargo da derecho al acreedor para solicitar su mejora; el exceso, en cambio, permite al deudor solicitar su reducción. Además, el ejecutado puede pedir el levantamiento del embargo cuando éste ha recaído sobre bienes inembargables.

La ampliación o mejora del embargo puede pedirse en cualquiera de los siguientes casos:

1) Cuando los nuevos vencimientos e intereses del crédito hagan insuficiente el valor de los bienes embargados (art. 538, C. p. c.).

2) En cualquier caso en que, a juicio del juez, no basten los bienes secuestrados para cubrir la deuda y las costas (art. 541, fracc. I, C. p. c.).

3) Si el bien secuestrado que se sacó a remate, dejare de cubrir el importe del crédito a consecuencia de las retasas que sufiere (art. 541, fracc. II, C. p. c.).

4) Cuando no se embarguen bienes suficientes por no tenerlos el deudor y después aparecen, o los adquiera (art. 541, fracc. III, C. p. c.).

5) En los casos de tercería excluyente (art. 1375, C. Com.).

6) Cuando el ejecutado haya solicitado con éxito el levantamiento del embargo, por recaer éste sobre bienes inembargables.

La reducción y el levantamiento del embargo pueden pedirse en cualquier momento del proceso, hasta antes de la adjudicación de los bienes en remate, pues el ejecutado debe tener, para proteger sus bienes, los mismos plazos de que gozaría un tercero que controvierte el dominio de los mismos. La mejora del embargo puede solicitarse incluso, después del remate, si éste dejare de cubrir el importe total del crédito.

Las solicitudes de reducción o levantamiento del embargo deben tramitarse en forma incidental, a solicitud del demandado y con vista al actor.

En cambio, la petición de mejora del embargo debe resolverse de plano, en secreto, con el solo escrito del ejecutante y sin dar vista al ejecutado, por las mismas razones que justifican que el auto de exequiendo original se dicte sin audiencia de la contraria. Las partes no podrán ofrecer pruebas, pues el incidente mercantil no se los permite (art. 1414, C. Com.), pero el juez podrá nombrar un perito que lo asista en el incidente de levantamiento de embargo en las hipótesis de las fracciones IV y VII del (artículo 544, C. p. c.)

La resolución del juez es apelable, si se trata de reducción o levantamiento de embargo, por tratarse de sentencia interlocutoria; y si de mejora, por ser auto que causa un gravamen no reparable en definitiva (art. 1341, C. Com.).

Substituir el embargo quiere decir levantar la traba que pesaba sobre ciertos bienes y hacerla recaer sobre otros, o bien aceptar que la garantía representada por el embargo sea cambiada por otra garantía. El Código acepta la substitución del embargo precautorio (art. 1180) y ordena que se levante en los siguientes casos: a) si el demandado consigna el valor u objeto reclamado. b) si da fianza bastante a juicio del juez o. c) si prueba tener bienes raíces suficientes para responder el éxito de la demanda. Los tribunales argentinos, que se han ocupado de la cuestión con mayor frecuencia que los nuestros, han resuelto que no procede la substitución del embargo sino con la conformidad del acreedor. No obstante, en algunos pronunciamientos han declarado procedente la substitución, si con ello no se causa perjuicio al acreedor, ya que éste no puede abusar de su derecho para ocasionar males innecesarios a su deudor. Dentro de esta corriente de ideas. Alsina piensa que cualquiera que sea el carácter del bien sobre el cual se ha trabado el embargo, procede a su substitución por dinero efectivo, puesto que el interés del acreedor se halla suficientemente garantizado y se facilita la satisfacción de su crédito.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, aplicando la afirmación de la Suprema Corte, de que el embargo no da al acreedor un derecho real sobre los bienes embargados, afirma que la garantía representada por el embargo ejecutivo puede ser substituida por una fianza, tal y como ocurre en el caso del embargo precautorio. Considero que el embargo otorga al ejecutante una garantía real sobre los bienes embargados. Estos pueden ser substituidos únicamente con el consentimiento del acreedor, gracias a la preferencia del procedimiento convencional en lo mercantil.

CAPITULO IV.- MEDIOS DE DEFENSA CONTRA LA EJECUCION.

4.1.- LAS TERCERIAS.

1. El proceso generalmente se constituye y desarrolla en perfecta bilateralidad: un actor frente a un demandado; a quienes afecta directamente la sentencia; pero a veces, sus efectos pueden extenderse en forma refleja a terceros, que pueden resultar afectados de dos maneras, según se trate de procesos de conocimiento o de ejecución.

En el primer caso, el tercero defenderá su derecho interviniendo en la relación procesal pendiente tomando participación- para evitar las consecuencias de una sentencia perjudicial; en el segundo (aunque a veces, también en los de conocimiento), interviene conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio de la cosa embargada, o una preferencia sobre el producido de la venta de la misma, para el pago de su crédito.

2. Mientras en el proceso de conocimiento, el tercero asume la calidad de parte (con diversa extensión según cual sea el tipo de intervención, art. 91, Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación), y por tanto, se encuentra afectado por la sentencia que decida la cuestión substancial, en el proceso de ejecución, al tercerista (sea dominio o de mejor derecho) no le interesa directamente la forma como se vaya a decidir o haya decidido la cuestión principal, sino que se le devuelva la cosa embargada, o se levante el embargo trabado, o que se le pague en el orden de preferencia que corresponda si ella es subastada.

3. Diferencia con la intervención de terceros. De lo dicho, surgen las dos formas de intervención del tercero: como parte en el proceso principal pendiente entre otras partes o como tercero en la ejecución o donde se proceda por embargo de bienes (tercerías), lo cual es motivo de este examen.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha empeñado en denominar a las tercerías de nuestro derecho: intervención.

Llamamos la atención, sobre el uso del vocablo en las legislaciones italiana y alemana, lo que da origen a que toda la doctrina en esos países se desenvuelva lógicamente basada en tal terminología.

Regatillo hace lo contrario de la Corte y define "interventus tertii in causa" como tercería diciendo *Interventus tertii (tercería) est participatio guam in causa sumit asnte sententiam alia persona a partibus distincta.*

Prefiero el vocablo de tercería por su ascendencia hispana, definida por Vicente y Caravantes como "la acción o pretensión que opone una persona en un juicio entablado por dos o más litigantes, diferente de las pretensiones de éstos; también se da aquel nombre -decía el mismo autor-, al procedimiento que se sigue con motivo de la nueva oposición."²⁵

En el derecho español las tercerías eran coadyuvantes (cuando el tercero apoyaba el derecho de alguno de los litigantes) y excluyentes (cuando del tercero reclamaba un derecho exclusivo y peculiar oponible a los del actor y del demandado). Estas eran de dominio que hacían valer los que alegaban "ser suyos los bienes en que se hace la ejecución para que se desembarguen y se les entreguen" y de mejor derecho, que aducen los que "pretenden ser su crédito preferente al del ejecutante y en su consecuencia que se les pague antes que éste".

Corresponden al *interventun ad excludendum* y *ad adjunvandum*, del derecho canónico. La idea de excluir aparece de la definición: *quando tertius intervenit ad tuendum directe*

²⁵ Becerra Bautista José., *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993, Pág. 436.

jus suum, excluyendo jus utriusque litigantis, es decir, cuando el tercero interviene para defender su propio derecho, excluyendo el derecho de ambos litigantes y de las coadyuvantes, ad tuendum indirecte jus suum, excluyendo jus unius partis et juvando alteram: para defender indirectamente su derecho, excluyendo el derecho de una de las partes y ayudando a la otra.

En el derecho canónico también puede haber: interventus voluntarius et necessarius seu coactus.

Las tercerías son consideradas en el derecho mexicano como juicios incidentales. no como meros incidentes.

De acuerdo con la tesis formulada por Chiovenda, puede afirmarse que las tercerías que tienen su origen en el derecho germánico, se fundan en el principio de universidad propia de aquel proceso, frente al principio de singularidad propio del proceso romano.

Para la interposición de una tercería se requiere la existencia del interés en quien haya de plantearla. Como la tercería es -escribió Demetrio Sodi- "un nuevo juicio o una nueva acción que ejercita el tercero, es indispensable que tenga un interés propio y distinto del actor o del reo en la materia del juicio pendiente, como lo estatuye con racional unidad de criterio el artículo 652 (del Código de Procedimientos). El interés en que se funda el tercero opositor para ir al juicio, debe ser positivo y cierto en su existencia y tal interés puede provenir de muy diversas causas. Los autores señalan el interés de aquellos terceros que tienen una misma acción in solidum o la propia defensa, que con anticipación han producido las partes que litigan. La segunda clase de interés es el de los que tienen una acción independiente y separada de la que han producido las partes que litigan. La segunda clase de interés es el de los que tienen una acción independiente y separada de la que han producido las partes en juicio pendiente, y como tercera clase de interés, precisa el conde la Cañada, estará la de los que tienen una acción o derecho de segundo orden y

posesión de los bienes al rematante o al actor en su caso por vía de adjudicación y que si son de preferencia no se haya hecho el pago al demandante (artículo 664); las tercerías coadyuvantes pueden oponerse en cualquier juicio, sea cual fuere la acción que en él se ejercite y cualquiera que sea el estado en que ésta se encuentre, con tal que aún no se haya pronunciado sentencia que cause ejecutoria (artículo 655).

De lo anterior se desprende que en nuestra legislación positiva tercería es la participación de un tercero con interés propio y distinto o concordante con el del actor o del reo, en un proceso que tiene lugar antes o después de pronunciada sentencia firme.

Nuestras tercerías abarcan, por tanto, la interventio propiamente dicha y la oppositio tertii, ya que en aquélla tiene lugar la participación del tercero antes de que haya sentencia y en ésta, después de la sentencia.

Las tercerías se clasifican por el interés que ese tercero alega en juicio: cuando reclama la propiedad del bien materia del secuestro, es excluyente de dominio; cuando se alega solamente preferencia en el pago, es de preferencia y cuando a través de ella se ayuda a una de las partes es coadyuvante.

Como el secuestro de bienes puede ser consecuencia de una sentencia, las excluyentes pueden hacerse valer después de dictada la resolución definitiva que se ejecuta precisamente con el embargo y remate consiguiente.

Las coadyuvantes, en cambio, sólo pueden ejercitarse en los procesos antes de dictarse sentencia, porque la ayuda del tercero es para dilucidar el problema que resolverá precisamente la sentencia.

Esto quiere decir que las excluyentes sólo puedan oponerse después de dictada la sentencia, sino desde antes: cuando por un embargo en juicio ejecutivo afectan bienes propiedad del tercerista.

Como la tercería es un juicio dentro de otro juicio, el artículo 654 ordena que se substanciará en la vía ordinaria.

El tercero se convierte en tercerista al intervenir en el proceso y adquiere, por tal hecho, todos los derechos, cargas y deberes de las partes en juicio.

En la doctrina las voluntarias son aquellas en que el tercero interviene en forma espontánea y las necesarias, cuando se ve obligado para hacerlo en virtud de la ley o a petición de parte.

La terminología italiana coincidiendo en esto con la canónica distingue también la intervención principal y la accesorio. Carnelutti dice que “cuando se trata de intervención voluntaria es fácil confundirla con la accesorio, en vista de que ésta presenta como característica el hecho de que el ingreso del tercero al proceso depende de su iniciativa; pero aclara: entre las dos hipótesis existe la diferencia de que mientras el tercerista en la intervención adhesiva no es sujeto de la controversia deducida en el proceso, es una parte secundaria y accesorio; en cambio, cuando el tercerista se convierte en el proceso en parte principal, la intervención se llama, para distinguirla de la adhesiva, intervención principal.”²⁶

²⁶ Ob. Cit. Becerra, Pág. 437.

En otras palabras, la intervención es principal cuando el tercerista hace valer un derecho propio y es accesoria cuando interviene para sostener las razones de un derecho ajeno y como para coadyuvar se adhiere, la intervención toma el nombre de adhesiva.

No obstante lo anterior el propio Carnelutti admite que es más clara la distinción siguientes; cuando el tercero apoya le ragioni de alcuna fra le parti, se tiene la intervención ad adjuvandum y cuando se opone a cualquiera, la intervención ad excludendum, dándose a la primera también el nombre de adhesiva.

Es curioso ver como coincide con estas doctrinas la enseñanza del Conde De La Cañada, quien en el siglo XVIII decía: "Añádese al nombre de tercero el de opositor: porque la pretensión del que viene al juicio se ha de oponer necesariamente a la del actor o a la del reo y a veces a los dos. En el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante y en el segundo excluyente...El que viene al juicio pendiente, y contestando entre otros, debe motivar y fundar su pretensión en interés propio; pues si no lo tuviese o le alegase a lo menos, aunque quisiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no será admitido al juicio y se repelerá inmediatamente su intento... El interés, en que se funda el tercero opositor para venir al juicio, debe ser positivo y cierto en su existencia...".

Los viejos autores españoles enseñaban: "el tercero coadyuvante se reputa como la misma persona que el principal, con su mismo espíritu y su misma intención y por ello el derecho de ambos debe considerarse el mismo", citado por De La Cañada.

En la actualidad Redenti completa la idea al afirmar que el ejercicio de la acción puede tener consecuencias indirectas o reflejas y secundarias para otros sujetos a los que la ley les otorga el proceso para sostener las razones de una o de otras partes principales (esto es de uno u otro de los contradictores legítimos y necesarios) en cuyo caso habla de intervención

accessoria (ad adjuvandum). A estos terceros o partes accesorias, secundarias o colaterales, los alemanes las denominan Nebenparteien, partes o lateres de una o de otra de las principales.

Pero -agrega el mismo autor-, la intervención ad adjuvandum de una parte secundaria no puede confundirse con la intervención de un legítimo y necesario contradictor (parte principal), que por accidente hubiese quedado fuera del proceso. Ni tampoco debe confundirse con las partes principales a quienes un tercero, cuyo interés esté protegido por la ley, lo llama ad adjuvandum, sin esperar, a que intervenga espontáneamente, mediante la in jus vocatio original o por una citación posterior (adcitatio).

Nuestra legislación reconoce que el tercero coadyuvante se considera asociado con la parte cuyo derecho coadyuva, siempre que deduzca "la misma acción u oponga la misma excepción que actor o reo" (artículo 656), pues como la dice la Suprema Corte, si el tercero coadyuvante viene a introducir al juicio acciones y excepciones enteramente distintas de las que en él se debaten y en cuya finalidad es únicamente el interés propio del que se ostenta como tercero, su acción no puede ser considerada como tercería coadyuvante (Semanao Judicial de la Federación, tomo XVIII, página 548).

La denuncia del pleito al obligado a la evicción, que es una tercería necesaria, la regula el código ordenando que la denuncia debe hacerse por el demandado antes de la contestación de la demanda; el juez debe ampliar el término del emplazamiento para que el tercero pueda disfrutar del plazo completo que fije la ley para contestar la demanda. El tercer obligado a la evicción, una vez salido al pleito, dice el artículo 657, se convierte en parte principal.

En la doctrina italiana Zanzucchi enseña que en la figura de la "llamada en garantía", la intervención obligada se funda en el vínculo de garantía que une al tercero llamado al que lo llama, pues ese vínculo importa la obligación del tercero garante de venir a prestar al

garantizado la defensa en juicio y eventualmente a resarcirle el daño. En el mismo sentido Jaeger dice que el llamado está obligado a defender al llamante en juicio y a revelarlo del daño que puede sufrir en caso de perder el juicio.

D'Onofrio dice que la esencia de la llamada en garantía consiste en que "una de las partes...afirma la existencia de una relación de derecho substancial entre ellas y un tercero, de tal manera que las consecuencias de la aceptación de la demanda (y eventualmente de la excepción) deben recaer sobre él".²⁷

Por su parte, Andrioli afirma "que la llamada en garantía se diferencia de la intervención obligada por cuanto que el garantizado no sólo llama a juicio al garante a fin de que éste último se extiendan los efectos de la sentencia, sino que ejercita frente a él también la acción de regreso."²⁸

En cambio, se define la llamada en garantía como "una intervención obligada a instancia de un tercero obligado a prestar una garantía en relación con el llamante. La obligación de garantía depende de la transmisión de un derecho o de un vínculo de coobligación que da lugar, entre aquellos que son sus sujetos, al reembolso parcial o total después de satisfacer al acreedor común".

Ante esas variantes opiniones Sergio La China concluye diciendo que sería un grave error hacer coincidir, sic et simpliciter, la pretensión de ser garantizado con la pretensión de ser defendido en juicio o con la pretensión de ser reembolsado. A demostrarlo dedica su magnífica monografía intitulada *La chiamata in garanzia*.

²⁷ Ob. Cit. Becerra, Pág. 439

²⁸ Ob. Cit. Becerra, Pág. 439.

Volviendo a nuestro derecho, diremos que el tercero coadyuvante bien sea voluntario, bien sea llamado a juicio, tiene el derecho de continuar la acción y las defensas aún cuando el principal desistiere del juicio y puede apelar e interponer los recursos procedentes (artículo 656).

Cuando se trata de coadyuvante voluntario, dice el artículo 658, al venir a juicio origina la obligación del juez de ordenar se corra traslado a los litigantes de su petición, sobre la base, naturalmente, de que acredite tener interés en coadyuvar con alguna de las partes.

TERCERIAS EXCLUYENTES DE DOMINIO.

El principio que rige estas tercerías es que el tercerista acredite tener derecho sobre los bienes o sobre la acción materia de la controversia.

No puede hacerla valer, sin embargo, el que consistió en la constitución del gravamen o del derecho real en garantía de la obligación del demandado.

Es requisito necesario para que se admita la tercería que se presente el título en que se funde, sin cuyo requisito "se desechará de plano".

La tercería excluyente de dominio no suspende el curso del juicio en que se interpone sino hasta antes del remate; entonces, establece el artículo 665, se suspenderán los procedimientos del juicio principal hasta que se decida la tercería. Sin embargo, cuando fueren varios los bienes embargados y sólo respecto de uno se hubiere promovido la tercería, el juicio principal continuará hasta vender y hacer el pago al acreedor con los bienes no comprendidos en la tercería.

Por lo que hace al trámite del proceso de tercería deben tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

- a) Puede admitirse hasta antes de que se dé posesión de los bienes al rematante o al actor en caso de adjudicación;
- b) Debe correrse traslado al actor y al demandado con la demanda del tercerista, que debe fundarse precisamente en título que acredite el derecho que se reclama;
- c) Si el demandado fue declarado en rebeldía en el juicio principal, seguirá con el mismo carácter en el de tercería; pero si fuere conocido su domicilio, agrega al artículo 668, se le notificará el traslado de la demanda. Esto significa, entendemos nosotros, que puede hacer uso del derecho que concede al rebelde el artículo 645, de poder comparecer al juicio, cualquiera que sea el estado del pleito;
- d) Si el actor y el demandado se allanan a la demanda de tercería, el juez, sin más trámites, mandará cancelar los embargos; lo mismo hará cuando ambos dejen de contestar la demanda de tercería (artículo 667);
- e) Si fueren varios los opositores reclamando el dominio, se procederá a decidir incidentalmente la controversia en unión del ejecutante y del ejecutado (artículo 670);
- f) Cuando el interés de la tercería excede de los límites de la competencia del juez que conoce el juicio principal, éste remitirá lo actuado en el negocio principal y la tercería "al que designe el tercer opositor y sea competente para conocer del negocio que representa mayor interés": El Juez designado correrá traslado de la demanda entablada y decidirá la tercería.

TERCERIAS EXCLUYENTES DE PREFERENCIA.

Las tercerías de mejor derecho, como se denominaban antes, deben fundarse precisamente en la preferencia que alegue el tercer opositor para ser pagado antes que el ejecutante.

La preferencia de los créditos frente al deudor común deriva de las disposiciones substantivas respecto a la prelación que los mismos tienen. Debe tomarse en cuenta, como regla general, la inscripción de los gravámenes en el Registro Público.

Siguiendo el sistema usado para explicar las de dominio, se dirá:

- a) Son admisibles mientras no se haga el pago al demandante en el juicio principal;
- b) No suspenden el curso del juicio principal, el que puede continuar hasta la realización de los bienes, para el solo efecto de suspenderse el pago;
- c) El pago debe hacerse al acreedor que tenga mejor derecho, en los términos que aparezca de la sentencia dictada en la tercería;
- d) Cuando se presenten tres o más acreedores, si estuvieren conformes, se seguirá un solo juicio, graduado en una sentencia; pero si no lo estuvieren, se seguirá el juicio necesario de acreedores;
- e) No puede promover tercerías excluyentes de preferencia el acreedor: que tenga hipoteca u otro derecho real en finca distinta de la embargada; que sin tener derecho real no

haya embargado el bien objeto de la ejecución y a quien el deudor señale bienes bastantes a solventar el crédito:

f) El tercer excluyente de crédito hipotecario tiene derecho de pedir que se fije cédula hipotecaria y que el depósito se haga por su cuenta, sin acumularse las actuaciones.

Respecto al juicio principal se siguen las mismas reglas que vimos ya en las tercerías excluyentes de dominio, con excepción de la suspensión, pues ésta no se realiza sino hasta el momento de hacerse el pago; entre tanto, el precio de la venta se deposita a disposición del juez, hasta que decida la tercería.

Para los autores Manresa y Navarro hace una observación muy importante al precepto concordante de la legislación que comenta: "Téngase presente, dice, que el artículo no autoriza al ejecutante para pedir, cuando no haya postura admisible, que se le adjudiquen los bienes en pago, ni que se le entreguen en administración para aplicar sus productos al pago de sus intereses y a la extinción del capital; lo uno y lo otro son opuestos al objeto y fin de la tercería. En el caso, pues, de que en las dos primeras almonedas no pueda realizarse la venta de los bienes, deberán éstos conservarse en depósito o administración hasta que recaiga sentencia firme en el juicio de tercería, y entonces el acreedor que sea declarado preferente podría instar lo que le convenga para la terminación de la vía de apremio por cualquiera de los medios que autoriza la ley".

Sodi plantea el viejo problema sobre si puede interponerse tercerías en ejecución de sentencias arbitrales y durante el juicio arbitral.

Indudablemente que después de la homologación en que interviene ya el órgano jurisdiccional en los actos de ejecución de sentencia sí procede tanto la tercería de dominio

como la de preferencia; en cambio, careciendo de jurisdicción los árbitros, la coadyuvante sería inoperante ya que los árbitros sólo pueden resolver lo previsto en forma convencional en el compromiso arbitral o en la cláusula compromisoria.

De lo expuesto, se infiere que la admisibilidad de la tercería, cualquiera sea su carácter, se encuentra condicionada a la existencia de un embargo trabado, cualquiera sea la circunstancia y oportunidad en que hubiese sido dispuesto, lo cual importa un principio de ejecución sobre la cosa.

Precisamente, la restricción al derecho que importa el embargo (u otra medida cautelar semejante) determina la existencia de un interés jurídico que debe ser tutelado. Caso contrario, no existiría tal interés, toda vez que aun en el caso de que en un proceso ajeno la litis versara sobre un bien de propiedad del tercerista, la sentencia que se dictara le sería imposible y carecería de toda virtualidad para despojarlo de ese bien.

Constituye requisito de forma, que el tercerista pruebe, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funde, o que preste fianza para responder de los perjuicios que pudiere producir la suspensión del proceso principal (art. 98, ap. 1o. Cód. procesal).

Se entiende que las tercerías proceden en todo tipo de procesos (de conocimiento o de ejecución, aunque generalmente en estos últimos). También, en los casos de embargos preventivos, aunque no haya demanda; y en los concursos (civiles o comerciales).

En los procesos de tercería, el ejecutante y el ejecutado (o demandante y demandado) asumen el carácter de demandados comunes frente al tercerista (art. 101, párr. 1o.). Se explica, porque al ejecutante se le niega el derecho de ejecutar los bienes embargados o de hacer

efectivo su crédito con preferencia al tercerista; al segundo, se le niega la propiedad de los bienes, o se le atribuye una deuda de pago preferente. Pasan a ser litisconsortes pasivos necesarios con relación al tercerista, aplicándose pues, las reglas del litisconsorcio. Pero, actúan por separado, siendo independientes los plazos para cada una de ellas.

Posición procesal del tercerista. a) En la tercería. El tercerista es parte en la demanda de tercería; y tiene todas las facultades y cargas procesales inherentes a tal calidad.

b) En el proceso principal.

Pero en el proceso principal no es parte; por ello, no puede intervenir en la sustanciación del mismo, salvo en lo que incida directamente sobre su interés.

La tercería constituye un proceso incidental del juicio donde se ordenó el embargo, cualquiera sea la naturaleza de éste (de conocimiento; ejecutivo, especial, o mero embargo).

Se substancia la tercería por el trámite del juicio ordinario o del sumario, según lo determine el juez atendiendo a las circunstancias.

Ampliación y mejora del embargo. Deducida la tercería, el embargante podrá pedir que se amplie o mejore el embargo, o que se adopten otras medidas precautorias necesarias.

Hemos visto que el interviniente principal no litisconsorcial-tercerista, como lo hemos denominado siguiendo a Guasp, puede concurrir al proceso con una pretensión propia contra el demandado, respecto al mismo objeto materia de la litis, oponible al mismo tiempo al demandante, pero sin intención de excluirlo y con diferente causa petendi (tercerista simple), o con

una pretensión propia incompatible con las de ambas partes y que busca excluirlas del derecho objeto de la litis, del que se reclama titular, total o parcialmente (tercerista excluyente). Ambas clases se comprenden en la tradicionalmente conocida como intervención ad escludendum, sustancialmente distinta de la principal litisconsorcial y de la coadyuvante o accesoria. El artículo 105 del nuevo Cód. de Procedimientos Civiles italiano regula esta intervención y habla de hacer valer un derecho relativo al objeto del mismo proceso "frente a todas la partes" y esto ocurre tanto en el primer caso como en el segundo, de manera que el ánimo de exclusión contra el demandante no es necesario, ya que basta con pretender el derecho frente a él.

La subdivisión propuesta es útil para precisar mejor esas dos diferentes posturas que el interviniente principal ad escludendum puede adoptar frente a las pretensiones del demandante, ya que frente al demandado su posición es en ambos casos igual y excluyente: la de concurrir con aquel a pesar de aducir frente a él un derecho con causa pretendi distinta y tener una pretensión que les es posible y que puede resultar parcialmente contraria a la suya. (en cuanto puede disminuir el derecho del demandante o su satisfacción en virtud de su concurrencia, tal como ocurre cuando los terceros acreedores personales intervienen para que con los mismos bienes del deudor ejecutado, concursado o quebrado, se les pague proporcionalmente, en caso de no ser suficientes para la completa cancelación a todos): o la de excluirlo de toda la cosa o derecho reclamado o de una parte de este, como sucede cuando pretende ser el dueño de todo o de una parte del inmueble que reivindica el demandante para sí o de una cuota indivisa en el mismo.

Esta doble situación del tercerista la admite también Rosenberg cuando dice: "No es necesario que se presente contra ambas partes la misma petición; puede, por ejemplo, hacerse por prestación contra la una y por declaración contra la otra", y Fairen Guillen afirma que es suficiente que solicite una declaración "frente a ambas".

Como se ve, el interventor principal ad excludendum concurre al juicio con pretensiones propias, para reclamar a su favor una declaración judicial, sin limitarse a una pasiva oposición a las pretensiones del demandante. En ambos casos dicho interventor introduce un nuevo litigio en el proceso, puesto que aduce una pretensión propia e independiente de la del demandado, cuyo título o causa es distinta, razón por la cual la suerte que corra en la sentencia puede ser diferente de la de este. No existe la comunidad de suertes que en el litisconsorcio se presenta.

Por este motivo, el Código de Procedimientos Civil italiano dice, en su artículo 105, que el interviniente litisconsorcial es aquel sujeto que "frente a algunas" de las partes concurre "para hacer valer...un derecho...dependiente del título alegado en juicio", por la parte consorcial, como observca el mismo autor. Creemos que es un error hablar de litisconsorcio sucesivo por conexión de objeto, como lo hace Carnelutti, porque debe existir siempre conexión en la causa.

El litisconsorte interviniente facultativo "propone una pretensión paralela la de una de las partes" y conexas con ella, como observa Carnelutti, de modo que existe entre ellos una comunidad de suertes; el tercerista simple está en oposición con ambas partes, aún cuando no excluye la pretensión del demandante, porque no pretende ser el titular del derecho que reclama este, sino de otro derecho contra el demandado que puede coexistir con el de aquel e inclusive satisfacerse en ese proceso y con los mismos bienes perseguidos por el demandante, en concurrencia con él, tal como sucede en los procesos de ejecución. Para mi, la simple conexión de objeto no crea el litisconsorcio sucesivo, sino que origina la intervención principal ad excludendum como tercerista simple, porque no existe la comunidad de intereses y de suertes necesaria en aquel. En este punto me separo del concepto de Carnelutti, como se acaba de exponer.

La legitimación en la causa del interviniente principal, sea tercerista simple o excluyente, es en todo caso completa, y por ello este interviniente está en condiciones de poder

iniciar un juicio, con todos los derechos y facultades propios de tal calidad, en condiciones iguales al demandante o el demandado, pero independiente o autónoma en sus actividades procesales. Cuando se trata de un tercerista incidental, será igualmente parte incidental y transitoria, con legitimación parcial, como en el caso de los opositores a la entrega o al secuestro de bienes.

En el examen de la figura procesal del interventor principal tercerista se presentan otros aspectos de sumo interés, que pueden estudiarse muy bien en el magnifico trabajo que nos ofrece Víctor Fairen Guillen, el mejor que hasta el momento hemos encontrado sobre el tema, aspectos que son los siguientes:

A) LA INTERVENCION PRINCIPAL INTRODUCE EN EL PROCESO NUEVOS LITIGIOS.

Históricamente, han existido dos concepciones de la intervención principal no litisconsorcial; la que se adoptó originalmente en la doctrina y en la práctica italianas, actualmente sustentada en Alemania, conforme a la cual ella provoca un nuevo proceso acumulado al inicial e inclusive dos al pretender excluir a las dos partes iniciales, y la que considera que con ella sobreviene una ampliación del proceso primitivo, originada en antiguas tendencias germánicas y acogida hoy en Italia, España y en América Latina.

Se adopta más la segunda doctrina, porque con ella se distingue mejor este instituto procesal de la acumulación de procesos iniciados separadamente.

Cuando el tercero tiene una pretensión excluyente de la de ambas partes iniciales -demandante y demandado-, existen en realidad dos nuevos litigios de aquel con cada uno de estos; en cambio, si esa pretensión está dirigida contra el demandado y a pesar de serle oponible

al demandante no busca excluirlo -como sucede en las tercerías del juicio ejecutivo, con derechos simplemente personales-, en realidad se introduce un solo nuevo litigio.

El Código de Procedimientos Civiles. italiano contempla expresamente esta intervención principal en el artículo 105, que dice: "Cualquiera puede intervenir en un proceso de otras personas para hacer valer, frente a todas las partes o alguna de ellas, un derecho relativo al objeto o dependiente del título deducido en el mismo proceso."

Carnelutti habla de diferentes litis, refiriéndose a la que existe entre demandante y demandado y a la que se presenta entre el interventor y estos, y en forma muy clara habla de que el interventor principal "lleva consigo su litigio, cuya decisión en el mismo proceso pide al juez" Redenti manifiesta que "el tercero interviene para injertar en el proceso ya pendiente una acción suya propia (que, por lo demás, sería también ejercitable por separado). Y entonces el resultado es determinar una reunión de varias causas (acciones) en un mismo proceso" (para mayor propiedad ha debido hablar de "pretensión" en vez de acción). Rocco opina en el mismo sentido y dice: "Con la intervención del tercero en el proceso pendiente se amplía un poco el tema de la controversia, en cuanto se presenta al juicio del juez la cuestión de saber cuál de los varios sujetos en la litis, que se afirman titulares de un derecho, debe considerarse como tal, con exclusión, por lo tanto, de los otros sujetos que reclaman la misma titularidad.

B) PRESUPUESTOS DE ESTA INTERVENCION PRINCIPAL:

El interviniente debe tener la calidad de tercero en relación a ese proceso, en el momento de concurrir, lo que significa que no puede existir intervención principal si ya es parte en el juicio o ha comparecido en la litis.

El proceso debe estar pendiente en el momento de la intervención lo que significa que esta debe ocurrir después de estar notificada la demanda al demandado y antes de ejecutoriarse la sentencia. Por otra parte, cuando la Ley no señale un término especial, esa intervención debe ocurrir durante las instancias de juicio, ya que no es admisible después de proferida la sentencia de segunda instancia, aun cuando haya sido recurrida en casación, o durante el trámite de este recurso extraordinario.

En nuestro concepto debe limitarse la oportunidad para la intervención principal ad excludendum a la primera instancia del proceso, en razón de que la nueva litis que se introduce debe disponer de las dos instancias reglamentarias, como garantía para todas las partes.

El procedimiento para el litigio que plantea el interviniente debe ser el mismo del proceso en curso, pues de lo contrario la acumulación sería imposible, como sucede siempre.

El juez o tribunal que conoce del juicio debe ser competente para la demanda del interviniente. Creo que en materia de competencia, es diferente la situación procesal que se origina con una demanda de reconvención o con las excepciones del demandado y que puede hacer variar la competencia por el valor de la materia, porque se trata del ejercicio de claros derechos procesales de una de las partes del juicio. En principio no nos parece admisible que por la intervención de un tercero debe cambiar la competencia para el proceso y creo que esta debe ser la regla general.

La intervención debe ocurrir en la primera instancia. El factor funcional opera en todo caso, en cuanto hace indispensable, que la intervención ocurra en la primera instancia, a efecto de que la conozca el juez competente para ello y no se permitan las instancias para su juzgamiento.

C) SITUACION DEL TERCERO QUE NO INTERVINO EN EL PROCESO, ANTE LA SENTENCIA EJECUTORIADA.

Como no se trata de litisconsorcio necesario ni de terceros que hayan sido citados al proceso de oficio o por llamamiento de una de las partes, la sentencia que se profiera no los puede perjudicar ni obligar en absoluto, pues a ella podrá oponerle la defensa de ser res inter alios judicata. Para que la parte vencedora en el proceso concluido pueda hacer valer contra ese tercero el derecho que la sentencia le reconoció, tiene que seguirle un nuevo juicio, y lo mismo sucede si este requiere imponerle sus pretensiones a aquella. En el caso de que para ejecutar la sentencia se tenga que privar al tercero de la posesión o la tenencia del bien o excluirlo del derecho, podrá este oponerse con éxito, alegando que contra él no fue pronunciada.

Pero la ausencia de este tercero no impide que el proceso se surta toalmente y concluya con sentencia de fondo que resuelva sobre la pretensiones y excepciones aducidas por el demandante y el demandado, a diferencia de lo que ocurre cuando deja de concurrir un litisconsorte necesario y cuando falta la citación de quienes por norma legal deben ser citados para la validez del proceso.

EFFECTOS PROCESALES DE LA INTERVENCION "AD EXCLUDENDUM".

El interviniente adquiere la calidad de parte principal, en la posición de demandante en el nuevo litigio que plantea (no en el proceso, porque en este sigue teniéndola el primitivo demandante), con independencia y autonomía respecto de las primitivas partes, como hemos explicado.

La relación jurídico-procesal adquiere, por tanto, nuevos sujetos (tantos como sean los intervinientes principales), pero sin que por ello pierda su unidad, puesto que el

proceso sigue siendo el mismo y único, lo que es más claro en América, de esta es una ampliación del proceso en curso.

El interviniente tiene todos los derechos y facultades de una parte principal, exactamente iguales a los demandantes y demandados, a partir del momento de su intervención, y puede ejercitarlos en forma autónoma e individual, sin que requiera el consentimiento o la coadyuvancia de estos.

Para efectos de este tema, la cosa juzgada conduce a la protección de los terceros contra los efectos de la sentencia. Estos terceros-considerados en sentido jurídico y no físico- no están obligados a sufrir sus declaraciones ni a perjudicarse con ellas. Si la parte favorecida con la sentencia pretende ejecutarla a costa de los derechos o intereses de un tercero, este puede formular oposición, para que se respete su situación y se le mantenga en el goce de la cosa o derecho, tal como ocurre en los casos de entrega de bienes, muebles o inmuebles, como resultado de prosperar una demanda reivindicatoria o restitutoria de la tenencia.

He incluido estos casos en los de intervención principal ad excludendum o de tercerista, con la peculiaridad de ser transitoria o incidental, ya que no se verifica en el curso del juicio y para todo su trámite.

Puede afirmarse que la ejecución de toda sentencia puede encontrar oposición siempre que para lograrla sea necesario el concurso de terceros o haga falta modificar la situación de hecho que uno de estos tenga en la cosa litigiosa.

Algunos códigos consagran otra clase de oposición: la del tercero que concurre después de dictada la sentencia; pero antes de su ejecutoria, para recurrir de ella en apelación. En realidad se trata en este caso de una intervención principal ordinaria, pero no para los

terceros coadyuvantes, porque carecen de autonomía para recurrir en desacuerdo con la parte coadyuvada.

Se ha visto las diferencias entre la intervención principal y la accesoria o secundaria o por coadyuvancia, y criticamos el error de algunos autores que incluyen en este grupo a los litisconsortes sucesivos, cuando sin la menor duda son intervinientes principales, porque hacen valer en el proceso un derecho propio.

“Carnelutti y Redenti, precisamente para una mejor distinción entre los litisconsortes o quienes adhieren a la causa una de las partes, aunque con una pretensión propia que hacen valer en el proceso, y los coadyuvantes, que se limitan a defender la pretensión de la parte coadyuvada, sin aducir un derecho propio sobre el cual deba pronunciarse el juez.”³⁰

El coadyuvante es siempre una parte accesoria o secundaria, porque actúa "para sostener las razones de un derecho ajeno" y en un plano distinto al de la parte principal, de subordinación a esta, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado.

Como escribe Hugo Alasina, estos terceros "tienen interés en apoyar la pretensión del demandante o las defensas del demandado", no en hacer valer una pretensión personal en el juicio.

“Couture nos da una definición muy apropiada: "Aquel que tiene un interés jurídico propio en un conflicto ajeno; pero en condiciones tales que la defensa de un interés propio le conduce.”³¹

³⁰ Gian Antonio Micheli., Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1980, Pág. 430.

³¹ Ob. Cit. Gian, Pág. 431.

Por otro lado opina que "los terceros, en principio, no tienen legitimación para apelar", porque, en general, la cosa juzgada no les afecta, aun cuando no hayan litigado, entonces la vía de la apelación queda abierta a su respecto". Más adelante dice que el tercero puede constituirse como parte en el juicio seguido entre otros, "a condición de tener interés legítimo en el litigio ajeno", intervención que puede ser coadyuvante o excluyente, y que, como puede hacerlo en cualquier estado de la causa, "es muy posible que el tercero se constituya como parte dentro del término para apelar e inmediatamente interponga el recurso contra la sentencia dictada". (Cita. Couture, ob. cit., núm. 223, p. 365).

Cuando la intervención de los terceros se origina en la citación que se le hace a petición de parte o de oficio y que por sí sola los vincula al proceso, dicha intervención tiene el carácter de forzosa u obligada. Existen otras citaciones y emplazamientos que dan derecho a intervenir, pero que no convierten por sí solas al citado o emplazado en sujeto de la relación jurídico-procesal, como la de acreedores en los juicios de quiebra y concurso o en los ejecutivos, cuando se presenta una tercería, y la de posibles interesados como herederos o acreedores en el juicio de sucesión o poseedores y dueños en el de vacantes; en estos casos la intervención es voluntaria, porque mientras no se formula no se entra a ser parte en el proceso, a pesar de la citación o el emplazamiento.

Con alguna frecuencia, ocurre que una de las partes -demandante o demandada- tiene el derecho contractual o legal de exigirle a un tercero la indemnización del perjuicio o restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía, es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del llamante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. En otras ocasiones, el derecho a citar al respecto proviene de una relación jurídica distinta, que existe entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación

denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede prevenir también la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa.

4.2.- LA EXCLUSION DE BIENES.

El Artículo 434 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece los bienes exceptuados de embargo. A continuación transcribiremos literalmente el citado numeral.

No son susceptibles de embargo:

I.- Los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad;

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

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 cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a efecto de lo cual oirá el tribunal, el informe de un perito nombrado por él, a no ser que se embarguen con la finca;

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

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

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

VIII. Las mieses, antes de ser cosechadas; pero sí los derechos sobre las siembras;

IX. El derecho de usufructo, pero sí los frutos de éste;

X. Los derechos de uso y habitación;

XI. Los sueldos y emolumentos de los funcionarios y empleados públicos;

XII. Las servidumbres, a no ser que se embargue el fondo a cuyo favor estén constituídas; excepto la de aguas, que es embargable independientemente;

XIII. La renta vitalicia, en los términos establecidos en el Código Civil;

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

XV. Los demás bienes exceptuados por la ley.

En los casos de las fracciones IV y VII, el nombramiento del perito será hecho cuando el tribunal lo estime conveniente, al practicar la revisión de que trata el Artículo 68.

4.3.- LA RECLAMACION.

Los recursos son los medios de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros para que obtengan, mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución judicial sea ésta auto o decreto. Excepcionalmente, el recurso tiene por efecto nulificar la resolución o la instancia misma.

Los recursos son, el medio de defensa previsto por la ley para impugnar los autos autoritarios surgidos en un procedimiento, judicial o administrativo, con los que no esté conforme, y que tienden a lograr la revocación o la modificación de dichos actos.

La palabra recurso tiene dos sentidos, uno amplio y otro restringido. En el sentido amplio, significa el medio que otorga la ley para que la persona agraviada por una resolución judicial obtenga su revocación, modificación o nulificación. En sentido más restringido el recurso presupone que la revocación, rescisión o nulidad de las resoluciones estén recomendadas a tribunales de una instancia superior. "Nuestra ley emplea la palabra recurso en el primer sentido".

Los recursos sólo se conceden cuando la parte que los hace valer sufre un agravio por la sentencia o la resolución impugnada; sin agravio no hay recurso.

Los recursos ordinarios dan lugar a una nueva instancia y los extraordinarios a un nuevo proceso. En algunos casos, los recursos no sólo pueden hacerse valer por las partes que figuran en el proceso. También pueden interponerlos los terceros que hayan sufrido una lesión jurídica por la resolución materia de la impugnación.

El recurso es procedente, cuando lo establece la ley, es el adecuado para impugnar lo que se pretende invalidar o modificar, y se promueve dentro del término que la propia ley señala al efecto; pero entonces la pretensión del recurrente será o no satisfecha según sean o no fundados los agravios que se hagan valer, pues cuando el recurso procede se examina la legalidad del acto recurrido a la luz de los argumentos expresados a guisa de agravios, y de la justificación o injustificación de éstos depende que el acto impugnado sea revocado o modificado, o confirmado, salvo en los casos de suplencia, en los que el análisis de la resolución recurrida se realizará directamente, sin sujeción a tales agravios.

Por lo que respecta al recurso de reclamación, este se otorga a los afectados para impugnar las resoluciones pronunciadas por los jueces o magistrados instructores o presidentes de sala o del tribunal respectivo, con motivo de sus facultades, admitir o rechazar demandas y recursos o poner los asuntos en estado de resolución y se interpone ante el órgano judicial correspondiente.

Estos recursos los encontramos en el Título Sexto, Recursos, Capítulo I, en los artículos 232 hasta el 272 de nuestro Código de Procedimientos Civiles del Estado y de los artículos 1331 al 1345 del Código de Comercio.

4.4.- EL JUICIO DE GARANTIAS.

En razón de que existe una gran diversidad de definiciones, respecto de lo que se entiende o debe entenderse por juicio de amparo, se vertiran algunas de las definiciones que diversos tratadistas han expuesto sobre lo que es o debe entenderse por juicio de amparo.

A) El primer autor clásico a citar es Don Ignacio L. Vallarta, “que definió al amparo de la siguiente manera: El amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal

intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la constitución y atacados por una autoridad de cualquier categoría que sea, o para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente.”³²

B) Humberto Briseño Sierra, “expresa: A priori el amparo es, un control constitucionalmente establecido para que, a instancia de parte agraviada, los tribunales federales apliquen, desapliquen o inapliquen la ley o el acto reclamado.”³³

C) Fix Zamudio, nos proporciona la siguiente definición: “El amparo mexicano, el cual se define como un proceso, puesto que constituye un procedimiento armónico, autónomo y ordenado a la composición de los conflictos entre las autoridades y las personas individuales o colectivas, por violación, desconocimiento o incertidumbre de las normas fundamentales, y que se caracterizan por conformar un remedio procesal de violación.”³⁴

D) Ignacio Burgoa, “sostiene: El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le cause agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.”³⁵

Una vez vertidas las anteriores definiciones, es conveniente señalar las siguientes características que constituyen la esencia jurídica del juicio de amparo.

³² Tena Ramírez. *Leyes Fundamentales de México*. Editorial Porrúa. México, D.F. Pág. 345.

³³ Briseño Sierra. Citado por el Lic. Martínez López Alfredo. *La Suplencia de la Queja en el Juicio de Amparo*. Méx. 1989. Pág. 387.

³⁴ Ob. Cit. Zamudio Fix. Pág. 388.

³⁵ Burgoa Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 13a. Edición. Editorial Porrúa. México 1992. Pág. 177.

En primer lugar es un medio jurídico que el gobernado puede hacer valer contra todo acto e autoridad que violen las garantías constitucionales ante los Tribunales Federales, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 Constitucional.

Respecto de la sentencia que se dicta en el juicio de amparo, ésta tiene como objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, si el acto es positivo y cuando sea de carácter negativo, el efecto será obligar a la autoridad responsable a obrar en el sentido de respetar la garantía y cumplirla, tal como lo establece el artículo 80 de la Ley de Amparo.

De acuerdo a lo expuesto, y desde mi particular punto de vista el amparo se puede definir: Como un proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado, ante los Tribunales Federales, contra toda Ley o Acto de autoridad que viole las garantías individuales o que proveniente de una autoridad federal vulnere o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal o bien que éstos invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, teniendo por objeto la sentencia que se dicte el de invalidar el acto reclamado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, si el acto es de carácter positivo y si es negativo, obligar a la autoridad responsable a respetar la garantía y cumplirla, en cada caso concreto que lo origine.

Su objetivo de preservación se ha ido ensanchando hasta convertirlo en un elemento jurídico de protección a todo el orden establecido por la Ley Fundamental.

El juicio de amparo tiene por objeto según el artículo 1º de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de nuestro país, resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulnere o restrinja la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III.- Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

En resumen, el juicio de amparo, tiene como finalidad esencial la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados y el Distrito Federal.

Pero dicha finalidad se amplía, a través de lo preceptuado en el artículo 14 constitucional en sus párrafos tercero y cuarto, el cual indirectamente ha ensanchado la teleología del amparo al consagrar la garantía de legalidad en asuntos penales y civiles (lato sensu), respecto de cuyas violaciones es procedente el juicio de amparo, de conformidad con la fracción I del artículo 103 constitucional. De esta manera el amparo no sólo tutela el régimen constitucional en los casos previstos por el artículo 103 constitucional, sino que su objeto preservador se extiende a los ordenamientos normativos secundarios.

Cabe indicar que no sólo en el artículo 14 constitucional opera la ampliación teleológica del juicio de amparo sino también se establece en el artículo 16 constitucional que:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; de esta manera el artículo 16 constitucional en su primera parte, en los términos ya apuntados, establece la garantía de legalidad, tutelando así, todos los ordenamientos Secundarios.

Por otra parte en la la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, establece expresamente en su artículo 5º, cuáles son las partes en el juicio de amparo, reconociendo como tales, al Agraviado o Quejoso, a la Autoridad Responsable, al Tercero Perjudicado y al Ministerio Público Federal.

Establece el artículo 5º, fracción I de la Ley de Amparo que es parte en el juicio de amparo el agraviado o agraviados.

El agraviado llamado también quejoso, es quien promueve el juicio de garantías, quien demanda la protección de la justicia federal, quien ejercita la acción constitucional.

“Quejoso o agraviado es el que ataca un acto de autoridad que considera lesivo a sus derechos, ya sea por que estime que viola en su detrimento garantías individuales; o por que, proveniente de la autoridad federal, considere que vulnera o restringen la soberanía de los Estados; o, por el contrario, por que haya sido emitido por las autoridades de éstos con invasión de la esfera que corresponde a las autoridades federales.”³⁶

La condición de quejoso la puede tener toda persona, física o moral, que se deriva de la titularidad que tiene de las garantías individuales consagradas en la Ley Fundamental y dada su condición de gobernado.

Las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes, tal como lo dispone el artículo 8º de la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual del Juicio de Amparo, Editorial Themis, México, D.F. Pág. 22.

“La persona moral privada (persona jurídica colectiva), son los entes creados por el derecho no tienen una realidad material o corporal. Sin embargo se les ha reconocido capacidad jurídica para tener derechos y obligaciones.”³⁷

Las personas jurídicas colectivas siempre tienen que actuar a través de sus representantes, personas físicas ya que su misma naturaleza así lo exige, puesto que por sí mismas no pueden actuar, pues necesitan a esas personas físicas para materializar los actos jurídicos en que participan. Razón por lo que, en el juicio de amparo, las personas morales privadas sólo pueden comparecer como quejas por medio de sus legítimos representantes o por mandatarios especiales cuyo carácter deriva de éstos.

Y las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas, de conformidad con lo establecido por el artículo 9º de la Ley de Amparo.

Autoridad Responsable. De acuerdo con lo establecido en la fracción I del artículo 103 Constitucional debemos entender “por autoridades: aquellos órganos estatales de facto o de jure, con facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño produce la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares, jurídicas o de hecho, o bien produce una alteración o afectación de ellas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva.”³⁸

El artículo 5º, fracción II de la Ley de Amparo, establece que son partes en el juicio de amparo la Autoridad o Autoridades Responsables.

³⁷ Santoyo Rivera Juan Manuel, Manual de Introducción al Estudio del Derecho, 1a. Edición. Editorial ULSAB. Pág. 45.

³⁸ Burgoa Orihuela Ignacio. El Juicio de Amparo. 13a. Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1992. Pág. 367

La autoridad responsable es la parte contra la cual se demanda la protección de la Justicia Federal. Para los efectos del juicio de amparo, en el artículo 11 de la Ley de la Materia se considera que:

“Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o acto reclamado.”

De tal artículo se desprende que hay dos tipos de autoridades:

Las primeras son: las que ordenan, las que mandan, las que resuelven, las que sientan las bases para la creación de derechos y obligaciones.

Las segundas son: las que obedecen, las que ejecutan o llevan a la práctica el mandato de aquéllas.

El tercero perjudicado es el sujeto que tiene un derecho opuesto al del quejoso y que por lo mismo tiene interés jurídico en la subsistencia del acto reclamado, interés que se revela en que no se conceda al quejoso la protección federal o en que se sobresea el juicio de amparo respectivo.

El tercero perjudicado es quien resulta beneficiado con el acto que el quejoso impugna en el juicio de amparo y como ya se dijo, tiene interés en que el acto subsista. Por ello debe ser llamado a dicho juicio y tener en éste la oportunidad de probar y alegar en su favor.

La posición del tercero perjudicado como parte en el juicio de amparo es similar al de la autoridad responsable, pues ambos persiguen las mismas finalidades, según se dijo, la negativa de la protección federal o el sobreseimiento del juicio.

Respecto al tercero perjudicado, existe como regla general en materia penal que no existe tercero perjudicado y por excepción sólo existe en dos supuestos: Cuando el acto reclamado emane del incidente de reparación o de responsabilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 5° fracción III inciso b) y 10° de la Ley de Amparo, en donde el tercero perjudicado podrá ser el ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito.

Respecto a las demás materias, civil, mercantil, laboral, agraria y administrativa puede o no existir tercero perjudicado, debiéndose puntualizar su inexistencia, en el texto de la demanda, para evitar que el juzgador de amparo acuerde que el promovente sea requerido, para que aclare su demanda al respecto y sea apercibido de que, sino satisface el requerimiento, se tendrá por no interpuesta la demanda, tal como lo consigna el artículo 146 de la ley de la materia.

La Ley de Amparo en su artículo 5°, fracción III, menciona quienes pueden intervenir como terceros perjudicados en el juicio constitucional:

“III. El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter:

a) La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia que no sean del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento.

b) El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad.

c) La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado.”

También en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 5, fracción IV, establece que es parte en el juicio de amparo el Ministerio Público Federal:

“IV.- El Ministerio Público Federal, quién podrá intervenir en todos los juicios e interponer los recursos que señala esta ley, inclusive para interponerlos en amparos penales cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia. Sin embargo tratándose de amparos indirectos en materias civil y mercantil, en que sólo afecten intereses particulares, excluyendo la materia familiar, el Ministerio Público Federal no podrá interponer los recursos que esta ley señala.”

El Ministerio Público Federal no es como la autoridad responsable y el tercero perjudicado, la contraparte del quejoso en el juicio de amparo sino una parte equilibradora de las pretensiones de las demás, desde el punto de vista constitucional y legal.

El Ministerio Público Federal, intervendrá cuando el caso de que se trate afecte a su juicio el interés público. Por lo que el mencionado representante siempre debe ser llamado al juicio constitucional como parte, ya que a él le atañe la facultad de decidir si interviene o no, según estime que el caso afecta o no el interés público.

4.5.- EL INCIDENTE DE REDUCCION DE EMBARGO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. PROPUESTA DE ADICION.

Uno de los defectos ocasionados a la teoría del proceso ejecutivo por una insuficiente profundización, y de modo particular, consiste en la falta de noción del incidente. De tal situación y para dejar más claro este aspecto comencare por su definición.

La palabra incidente deriva del latín *incido incidens* (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal.

La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen o alteran o suspenden su curso ordinario.

Son incidentes de un juicio el nombramiento de un nuevo procurador, la recusación de un juez u otro funcionario de la administración de justicia, la acumulación de autos, la oposición a la prueba perdida, la reclamación de nulidad de una o varias actuaciones, la reposición de una providencia o auto, la petición de término extraordinario de prueba, la declinatoria de jurisdicción, la alegación y prueba de tachas, etc., porque todas éstas derivan y traen su origen del negocio principal; pero no todas se encuentran comprendidas en este apartado.

Descrito así el incidente, es ineludible sostener que en el Código de Comercio, no se encuentra jurídicamente incidente alguno con respecto a la disminución de los bienes embargados al demandado, motivo por el cual es importante que se adicione éste en nuestra legislación civil sustantiva en razón de ser una necesidad que permita que lo fundamental del pleito

se desenvuelva en plano de igualdad jurídica y en un campo de verdad y buena fe, en el que no se llegue a causar graves daños al patrimonio del deudor.

A lo anteriormente dicho considero necesario que en la legislación civil de nuestro Estado se adicione dentro del Libro Segundo, Título Sexto, Capítulo VI Embargos, el artículo 484 bis., para quedar como sigue

“Para el caso en que la persona contra la que se haya dictado una providencia precautoria, el monto de los bienes consignados como garantía, excedieren el importe de la reclamación, podrá promoverse en cualquier tiempo, hasta antes de la sentencia ejecutoria, la reducción de bienes embargados.”

Estas reclamaciones se substanciarán en forma incidental.

Recordando que el Código de Procedimientos Civiles del Estado se aplica de manera supletoria, el incidente de reducción con respecto al Código de Comercio.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proceso esta constituido por una serie de actos, jurídicamente regulados, que son ejecutados por los sujetos procesales, para solucionar un litigio, mediante la aplicación de la Ley General.

SEGUNDA.- La Teoría General del Proceso, es sin duda, desde hace mas de un siglo, centro de investigaciones novedosas. Ya que la serie de actos regulados por la ley no son solo vínculos entre si, en el tiempo y en el espacio, sino también en los sujetos intervinientes en el proceso.

TERCERA.- El estado y la función procesal guarda una estrecha relación, ya que la organización política de estos descansa en una Constitución particular, que sigue fielmente los lineamientos de la Constitución general del país, en el cual se establecen las bases de funcionamiento de sus respectivos poderes judiciales.

Tales facultades, serán establecidas para posibilitar el juzgamiento, mando y dirección manteniendo con ello el orden y el respeto dentro de la relación jurídico-procesal.

CUARTA.- Jurisdicción, es el poder de administrar justicia, o mas correctamente, el poder de declarar el derecho y de aplicar la ley.

QUINTA.- El Juicio Ejecutivo se sustenta en el hecho de que gran parte del periodo de conocimiento se haya preestablecido, por un documento de fuerza y de probanza indubitable y que se encamina principalmente a ser efectiva por un procedimiento rápido, la prestación precisa de que en ese documento base de la acción ejecutiva se consigna.

El Juicio Ejecutivo será; ejecutivo civil ó ejecutivo mercantil, según el documento o título de que se trate.

SEXTA.- Ejecución; es la materialización de lo ordenado por un tribunal a efecto de que tenga cumplimiento lo establecido en la sentencia.

En los títulos ejecutivos, primero se da la fase de ejecución y después la fase de conocimiento, dicha ejecución dicha ejecución tendrá el carácter de provisional, pues dependerá de lo que diga la sentencia, en la que se calificara la procedencia y la fundamentación de la ejecución.

SÉPTIMA.- La ampliación de embargo, podrá decretarse en cualquier caso en que a juicio del Juez, 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.

Cuando no se embarguen bienes suficientes por no tenerlos el deudor, y después aparecen o los adquiere. Y en el caso de las tercerías.

OCTAVA.- Tercería; es la participación de un tercero con interés propio y distinto o concordante con el del actor, en un proceso que tiene lugar antes o después de pronunciada sentencia firme.

NOVENA.- El recurso de reclamación; se otorga a los afectados para impugnarlas resoluciones pronunciadas por los jueces o magistrados instructores o presidentes de sala o del tribunal

respectivo, con motivo de sus facultades, admitir o rechazar demandas y recursos o poner los asuntos en estado de resolución y se interpone ante el órgano judicial correspondiente.

DECIMA.- Es preciso establecer un incidente de reducción de bienes sujetos a embargo, que sirva como un medio de defensa contra la ejecución y equilibrio entre las partes, en virtud de que sería factible que en un momento determinado, el demandado goce de disposición para su solvencia.

Si la intención es que el deudor pueda oponerse al embargo y a su ampliación es necesario implementar un procedimiento que se lo permita, un incidente de reducción de embargo que se adicione al Código de Procedimientos Civiles de nuestro estado de Guanajuato aplicado de manera supletoria al Código de Comercio en el cual se observe esa igualdad jurídica y que finalmente el acreedor obtenga el pago justo del adeudo. Que dando de la siguiente manera:

Artículo 484 bis.- “En el caso en que la persona contra la que se haya dictado una providencia precautoria, el monto de los bienes consignados como garantía, excedieren el importe de la reclamación, podrá promoverse en cualquier tiempo, hasta antes de la sentencia ejecutoria, la reducción de bienes embargados”.

Esta reclamación se substanciará en forma incidental

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS:

- 1).- Alsina Hugo., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo V, Editores Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- 2).- Arellano García Carlos., Derecho Procesal Civil., Editorial Porrúa, 1a. Edición, México, 1981.
- 3).- Becerra Bautista José., El proceso Civil en México., Editorial Porrúa, México D.F. 1987.
- 4).- Burgoa Orihuela Ignacio, El Juicio de Amparo, 13va. Edición. Editorial Porrúa México, D.F., 1992.
- 5).- Cuenca Humberto., Derecho Procesal Civil., Tomo I, 2da. Edición, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la biblioteca, Caracas, 1969.
- 6).- De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José., Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 19va. Edición, México, 1990.
- 7).- Gian Antonio Micheli., Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- 8).- Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso., UNAM, México, 1987.
- 9).- Ovalle Fabela José., Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, 6ta. Edición, México D.F., 1995.
- 10).- Pallares Eduardo., Derecho Procesal Civil., Editorial Porrúa, Novena Edición, México D.F., 1981.
- 11).- Santoyo Rivera Juan Manuel, Manual de Introducción al Estudio del Derecho, 1a. Edición, Editorial ULSAB, Celaya, Gto.1997.

12).- Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Editorial Porrúa. México, D.F., 1990.

13).- Torres Díaz Luis Guillermo., *Teoría General del Proceso.*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987.

14).- Zamora Pierce Jesús., *Derecho Procesal Mercantil*, Editorial Cárdenas, 6ta. Edición, México, 1993.

LEYES Y CODIGOS.

1).- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1998.

2).- *Agenda Mercantil., Código de Comercio*, Ediciones Fiscales ISEF, México, 1996.

3).- *Código Federal de Procedimientos Civiles.*, Greca Editores, México, 1997.

4).- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.*, Editores Anaya, S.A., México, 1997.

OTRAS FUENTES.

1).- *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual del Juicio de Amparo*, Editorial Themis, México, D.F.1997.