

24/44



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN  
FACULTAD DE DERECHO**



La Competencia Cuantitativa de los Juicios Ejecutivos Mercantiles  
en el Procedimiento Especial de la Justicia de Paz del  
Distrito Federal. (Respecto a la Reforma Establecida en 1983).

**T E S I S**  
**QUE PARA SU EXAMEN**  
**PROFESIONAL DE:**  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**DAVID CASTRO HERNANDEZ**

**MEXICO D, F.,**

**1986**



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 está 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.

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES

a. Concepto . . . . .	1
b. Origen del derecho . . . . .	2
c. La ley y la sentencia . . . . .	4
d. Justicia primitiva . . . . .	7
e. Derecho contestable e incontestable.	10
f. Procedimientos del derecho romano .	11
g. Procedimientos antiguos de otros pue- blos . . . . .	22
h. Proceso de ejecución forzada . . .	31
i. Ejecución impropia . . . . .	33
j. Ejecución y derecho sustancial . .	34
k. Derecho y poder . . . . .	36
l. Prestación y ejecución . . . . .	39
m. Contenido de la acción ejecutiva sus- tancial . . . . .	40
n. El patrimonio como benda común de - los acreedores . . . . .	42

### CAPITULO II

#### EVOLUCION DEL DERECHO EJECUTIVO

a. El derecho francés . . . . .	54
b. El derecho español . . . . .	61
c. El derecho alemán . . . . .	66

d. El derecho italiano . . . . .	69
e. El derecho anglosajón . . . . .	70
f. El derecho suizo . . . . .	71

**CAPITULO III**

EL DERECHO EJECUTIVO EN MEXICO . . .	75
--------------------------------------	----

**CAPITULO IV**

LA COMPETENCIA CUANTITATIVA DE LOS JU- ICIOS EJECUTIVOS MERCANTILES EN EL PROCE- DIMIENTO ESPECIAL DE LA JUSTICIA DE PAZ DEL DISTRITO FEDERAL. (RESPECTO A LA RE- FORMA ESTABLECIDA EN 1983) . . . . .	100
--	-----

CONCLUSIONES . . . . .	119
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA . . . . .	I
------------------------	---

## INTRODUCCION

La verdadera intención que genera la inquietud de llevar a cabo una investigación que diciera las lagunas de ley que en la práctica de sus inicios al litigio encuentra el estudiante de leyes, se fundamenta en el deseo de que esta tesis sea tomada en consideración para subsanar el bloque que impide, que todo proceso que se conoce dentro de los juzgados desaparezca; ya que la dedicación que al tema hace el estudiante no solo debe tomarse en cuenta como una obligación de trámite para cumplir un requisito, sino como un estudio serio con una razón de ser, apoyada en el bien general de una ciudadanía, que en su mayoría tiene un desconocimiento de sus leyes, y por consecuencia no alcanza una visión clara de sus derechos y obligaciones.

De esta investigación se desprende que en los juzgados donde se conoce de negocios estimados menores por la cantidad, va inmerso en lo mismo que, es la clase mayoritaria la que concurre a ellos; por ende es indispensable que exista en este órgano juzgador leyes precisas que den soluciones exactas a casos concretos en beneficio de una impartición de justicia más equitativa.

Cabe señalar que la dirección que se pretende dar a esta tesis, tiene como medios para alcanzar sus objetivos, el análisis de diferentes sentidos que de una misma ver

tiene tiene dos leyes; y como fin la congruencia de dos - reglas que aunque distintas se refieren a lo mismo.

Considero importante subrayar que este trabajo queda para ser tomado en cuenta por la familia jurídica para estimular al legislador para establecer lo que en tiempo y espacio sea conducente.

**ANTECEDENTES**

#### a. Concepto.

El juicio ejecutivo, más que juicio es un procedi-  
miento "por el que se trata de llevar a efecto, mediante em-  
bargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan de  
algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por  
sí mismo plena probanza. No se dirige pues este juicio a de-  
clarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a --  
efecto los que se hallan reconocidos por actos o títulos de -  
tal fuerza, que constituyen vehemente presunción de que el de  
recho del actor es legítimo y está suficientemente probado, -  
per. que sea desde luego atendido", "Títulos que por sí mis-  
mo hacen plena prueba, y a los que la ley da tanta fuerza co  
mo a la decisión judicial".

En España se admitió el juicio ejecutivo en la ley-  
XVI del Ordenamiento dictado para Sevilla por el rey Pedro I-  
en 1360, recientemente descubierto por F. irén Guillén , si---  
guiéndose con la ley del año 1396 y posteriores.

En Francia, las ejecuciones eran confiadas a los --  
sergente o huissiers, sans ordonnances du juge, esto es, las-  
sentencias y las lettres obligatorias faites par devant notai  
re despassées sous Seal Royal, tenían exécution parée, que --  
era una actividad ejecutiva pura, como dice Liebman, que no ha  
bía ninguna forma de cognición, "salvo la hipótesis de una --  
oposición formal del deudor ante el juez competente". Cuando  
se producía esta oposición, el juicio se transformaba en ju-  
icio ordinario común.



Este sistema fué seguido por el prozessordnung aleman de 1877, arts. 704 y 794; austriaca de 1898, arts. 1 y 2 Executive Ordnung; italiana de 1940, arts. 474 y 615; Cantones suizos, Portugal, etc.

En todos ellos el procedimiento es más o menos el siguiente: se inicia la ejecución en base a sentencia o título ejecutivo cambiario o auténtico; se libra mandamiento de embargo; y si el deudor no formula oposición, se rematan los bienes. En caso de oposición ésta se considera como una demanda que puede entablarse ante el juez de la ejecución u otro competente, y se tramita como cualquier juicio ordinario produciendo los efectos de la cosa juzgada.

#### b. Origen del Derecho.

El hombre, tanto como ente natural, o como ser social, se halla dentro de un mundo de normas, esto es, de relaciones obligatorias de conducta. Las relaciones físicas, o leyes de la naturaleza, se rigen por el principio de la causalidad: a cada efecto corresponde determinada causa, de manera ineludible fatal. En cambio las normas sociales son preceptos hipotéticos de conducta, que se estiman justos o adecuados a la convivencia social, mediante los cuales a determinada conducta humana se imputa determinada consecuencia.

Una conquista de la filosofía del siglo XX (Rickert, Uexkuhl, Dilthey, etc.) ha sido la tajante separación

tre mundo de la naturaleza y mundo de la cultura. El hombre como ser social, zoon politikón, es ontológicamente diferente de como ser natural, zoon fisikón, Actúan en mundos distintos, -- aunque se interfieran constantemente.

Para su vivir físico, el hombre debe obedecer a un cúmulo de leyes naturales, so pena de enfermedad o muerte. Para su vivir social, debe actuar conforme a leyes culturales, so pena de no desarrollar su personalidad, leyes que pueden agruparse en dos grandes categorías: las normas técnicas, que nos indican un hacer material, y las normas éticas, que en sentido amplio son todas las reglas de conducta. Entre éstas, podemos hallar las costumbres, las modas, las reglas de juego y del deporte, las sociales, las religiosas, las del comercio, trabajo, industria; las morales, las políticas, jurídicas, etc.

Todas las leyes culturales poseen la característica común de que son hipotéticas, imputativas, y contienen una sanción, de manera que el hombre tiene en principio la libertad de realizar o no lo preceptuado por la ley, aceptando libremente la sanción. De ahí que el mundo de la cultura sea el mundo de la libertad, mientras que el mundo de la naturaleza sea el de la necesidad: ni el más absurdo tirano con sus leyes de opresión, podría suprimir la libertad, que no es un derecho si no un poder, una facultad real --no jurídica-- del hombre, que sólo la muerte puede aniquilar, expresa Soler<sup>(1)</sup>.

Las normas jurídicas son preceptos de conducta que llevan una sanción, que se impone por la fuerza coercitiva. -

La palabra jus de ju, ligar; Derecho de rich, fuerza, dan la --  
idea de coerción<sup>(2)</sup>.

Dichas normas se establecieron por la costumbre o --  
por el poder religioso o político del Estado, "cuando los hom--  
bres llegan a desconfiar mutuamente de su propia humanidad", di  
ce pesimisticamente Ortega y Gasset<sup>(3)</sup>.

Ahora bien: fijada la norma, debe cumplirse: quien-  
le transgrede debe ser sancionada. Esta sanción es la justicia  
En tiempos primitivos la justicia era aplicada por el particu--  
lar ofendido, pero esta forma privada dió lugar a extralimita-  
ciones, por lo cual el Estado bien pronto tomó a su cargo el --  
ejercicio de la misma.

En consecuencia, en toda norma jurídica pueden dis-  
tinguirse sus diversas etapas: 1o. Elaboración de la norma gene  
ral, compuesta por: a) la hipótesis de la conducta debida; b) su  
sanción. 2o. Su aplicación a un caso concreto mediante: a) su -  
declaración; b) su ejecución.

Para realizar estas distintas etapas intervienen --  
los diversos órganos del Estado: el legislativo, el judicial y  
el ejecutivo. En el Estado moderno la función normativa es --  
esencial, pues él se caracteriza por ser Estado de Derecho: --  
Rechtstaat, que crea, aplica y ejecuta el Derecho<sup>(4)</sup>.

#### c. La ley y la sentencia.

La ley jurídica es un imperativo hipotético del de-  
ber ser<sup>(5)</sup>; es general, abstracta, a priori indeterminada. En -  
cambio la sentencia es un imperativo necesario, particular, con

crato, a posteriori, determinado: "En la sentencia -dice Soler, op. cit. p. 130- el juicio ha perdido su carácter hipotético, - para transformarse en una simple afirmación de ser o verificación. La sentencia no es una norma en sí misma, porque al no ser hipotética su premisa, ha perdido el potencial normativo. - A mi modo de ver, la voluntad final de la norma, de interferir la realidad, se expresa justamente en ese momento de individualización, porque ese es el momento desencadenante de la coacción" (6).

Por su función las sentencias pueden distinguirse - en constitutivas, declarativas y de condena (7).

Sentencia: Declaración y ejecución. La sentencia -- tiene dos etapas fundamentales: la declaración del Derecho y su ejecución. El primer paso que debe dar el juzgador, es fijar - los hechos sobre los que tiene que actuar, es decir, establecer qué conducta se ha producido en el mundo físico; y enseguida -- aplicarles la norma jurídica que les corresponda, declarando el derecho (jus-dicere), esto es, subsumiendo la conducta en la hipótesis preestablecida por la norma.

Después se procederá a la ejecución de lo declarado por el juez, ejecución que puede ser voluntaria, por parte del obligado, o forzosa por orden del juez, con empleo de la fuerza estatal.

"El sector de la vida y de la realidad sobre que opera el proceso de ejecución, es completamente distinto del de declaración -dice Carreras (8) - El proceso de declaración tiene-

por objeto -mediato o inmediato- los hechos y las pruebas, ya - se delimitan éstos inicialmente por medio de una pretensión - como ocurre en el proceso civil-, ya dicha pretensión se produzca con base sobre los hechos aportados al proceso, como ocurre en el proceso penal".

En cambio, el proceso de ejecución opera sobre la - carne viva de los derechos subjetivos materiales de los individuos; su objeto lo constituyen los derechos patrimoniales de -- las partes, o -como por traslación se acostumbra afirmar- los - bienes que integran el patrimonio de los individuos.

"Todo proceso, en todo tiempo, en todo país, contiene necesariamente dos elementos: un elemento lógico, de naturaleza preparatoria, que consiste en serie de observaciones, razonamientos y verificaciones; y un acto de voluntad, de naturaleza final, que es la voluntad misma de la ley en el caso concreto, formulada por el juez en la parte dispositiva de su sentencia. Estos dos elementos pueden ser valorados diversamente, en sus relaciones recíprocas, por el legislador y los juristas", - dice Chiovenda<sup>(9)</sup>.

La norma jurídica impone un deber genérico de obediencia, basado en una hipótesis de conducta humana que se estima justa; la sentencia, uno específico, concreto, basado en una orden judicial que se declara justa, y que tiene su fundamento en la norma genérica. La ejecución forzosa viene a ser, pues, - actuación de la sanción genérica contenida en la norma, por medio de la específica, contenida en la sentencia.

Los individuos que se hallan en la hipótesis contemplada por la norma, deben realizar o abstenerse de los actos de finidos en la misma. Esta acción u omisión se produce en interés de alguien, que es el titular del Derecho, puesto que éste es interés jurídicamente protegido, en la clásica definición de Inhering.

Cuando el obligado no realiza el acto debido, o produce el acto que debía omitir, se verifica la transgresión de la norma, transgresión que, constatada mediante la sentencia, debe ser reparada por el obligado. Ahora bien: si éste no cumple la sentencia, viene la ejecución forzada de la misma.

#### d. Justicia primitiva.

En un estado primitivo de la organización jurídica, la ejecución era realizada por el propio titular del Derecho: - "Los primeros impulsos del sentimiento del Derecho lesionado, - consisten inevitablemente en una violenta reacción contra la injusticia causada, que origina la defensa privada y la venganza"

Todo Derecho, pues, tiene su origen en la defensa privada y en la venganza, especie de justicia salvaje, como la llama Bacon. Pero este origen, con arreglo a nuestros pensamientos actuales, es sólo el caos que precede a la fundación del Estado, periodo en que el Derecho y la fuerza no se han separado aún; momento impropio todavía para la manifestación del Derecho, que, según nuestras ideas, nace a medida que el Estado rechazando esas explosiones del sentimiento jurídico subjetivo, crea órganos encargados de realizar el Derecho, cuyo origen da-

ta, según nuestro actual modo de ver, de la época de la creación de las funciones judiciales. Así, pues, el orden jurídico y la administración de justicia por el Estado, son sinónimos.

La justicia privada, según Ihering, comprende tres aspectos: 1. la defensa privada (defensa contra lesiones inminentes); 2. la venganza (desquite de un mal que nos ha sido causado), y 3. la justicia privada en sentido estricto (aprobación de la cosa a la cual creemos tener derecho). "El espíritu de la época antigua es el de venganza y de satisfacción para toda especie de injusticia, sea intencional o culpable, y hasta cuando no es ni lo uno ni lo otro. El bárbaro sentimiento jurídico, en toda disputa o ataque contra el derecho, ve una lesión personal, un delito, y reclama por consiguiente, no solamente el simple reconocimiento o el restablecimiento del derecho, sino también la satisfacción personal, el castigo del adversario. La pena sigue a todas las lesiones del derecho"<sup>(10)</sup>.

"El sentimiento jurídico se confunde con el sentimiento del derecho propio, y la injusticia siéntese sólo en sus efectos, en lugar de ser apreciada en sus causas. Que el golpe haya sido dado con intención o por descuido, o sin falta alguna, qué le importa al que lo ha recibido?: siente el dolor, que le impulsa a la venganza"<sup>(11)</sup>.

El derecho primitivo responde pues, al sentimiento de venganza: la misma justicia privada en sentido estricto, se basa sobre dicho sentimiento, tan es así, que las palabras vindicatio, vindex, provienen de vindicta<sup>(12)</sup>. Pero esta venganza

estaba atemperada por otra institución: la del rescate. La importancia del rescate en el derecho antiguo, es notable.

Reemplaza a la venganza, hasta tal punto que la misma palabra latina poena, proveniente de la griega poínē, tiene originariamente el sentido de rescate.

La propiedad primitiva era consustancial con la persona; de ahí que un ataque a la propiedad era considerado ataque a la propia persona del propietario; pero también la devolución de esta propiedad o su equivalente (más daños y perjuicios) mediante el rescate satisfacía este sentimiento natural. Tan es así, que la pena de la época posterior, no es más que la fijación de este rescate. Son en realidad muchas "fijadas por la ley o la costumbre, mediante las cuales podían y debían los individuos rescatarse de la venganza privada usada originalmente.

Y no sólo en Roma, sino en todos los pueblos primitivos, existía la institución del rescate mediante la cual se hacía la composición de la litis<sup>(13)</sup>.

Pero además de este sentimiento de venganza, es justo señalar, como lo hace Aulo Gellio, que "la virtud que mejor practicó el romano antiguo fué la buena fe; siendo sagrada para él en las relaciones privadas lo mismo que en los asuntos públicos. Nuestros padres quisieron establecer esta buena fe, no solamente en la reciprocidad de deberes, sino también en las relaciones comerciales, y sobre todo en el préstamo, creyendo que la indigencia pasajera en que todos pueden encontrarse, queda--



ría privada de socorros si el deudor podría con poco riesgo bur-  
lar al acreedor".

#### e. Derechos contestables e incontestables

La justicia privada fué ejercida por los interesa-  
dos, coadyuvados por su clan, cuando el derecho era incontestable y claro. Pero "cuando la pretensión era de naturaleza dudosa, su persecución con ayuda de la justicia privada debió necesariamente ocasionar una lucha bárbara, y tuvo que suplirse con la creación de instituciones que tuviesen por fin la decisión de la disputa".

Se crea en consecuencia el órgano que dirime la disputa cuando los derechos son contradictorios; es el rex, el consul, el pretor, el judex, los decemviri, los centumviri, las --  
asambleas populares, etc., quienes pronuncian la sentencia; pero sólo hay proceso cuando la pretensión es discutible; cuando ella es evidente, la ejecución tiene lugar enseguida, sin necesidad de intervención judicial quien cita las palabras de Ulpiano: Neque enim qui potest in furem stare, necesse habet adversus furem litigare<sup>(14)</sup>. "El que tiene un derecho evidentiísimo, no tiene necesidad de la autoridad para hacerlo reconocer ni para realizarlo. El conseguirlo concierne solo al interesado, y no conozco ninguna disposición del Derecho antiguo que le imponga la cooperación de la autoridad, o que se le haya hecho siquiera entrever".

Ahora bien: cuando el derecho contestado ha sido reconocido a favor del actor, éste lo ejecuta privadamente, sin -

intervención del Estado; el pretor no ejecuta la sentencia, sino que autoriza al vencedor del litigio, a apropiarse de la persona del deudor, de su bienes, o de la cosa disputada.

#### f. Procedimientos del derecho romano

Según Gayo, las legis acciones eran cinco; sacramentum, judicis postulatio, condictio, manus injectio y pignoris capio. Estas dos últimas eran propiamente procedimientos de ejecución forzada.

Inhering sostiene que la denominación manus injectio comprendía dos clases de actos: uno solemne, de justicia privada; y otro también solemne, pero de justicia pública. Además, también se denominaba manus injectio el acto por el cual el demandante citaba personalmente a juicio al demandado (in jus vocatio), el cual estaba obligado a acompañarlo: en caso contrario el actor, según la ley de las XII Tablas, podía llevarlo a la fuerza, y si se rebelaba, era condenado por ello; tenía así lugar una manus injectio introductora en juicio.

1) Manus injectio privada: el nexum. La primera forma de justicia privada la encontramos en Roma en el cumplimiento del nexum. Nexum era el acto solemne por el cual una persona se obligaba a otra<sup>(15)</sup>.

Su etimología, como la de obligatus<sup>(16)</sup> no era solamente unametáfora, no era tan sólo un lazo o vínculo jurídico, como después lo definió clásicamente la Instituta<sup>(17)</sup> sino que fué el resultado real de la situación del deudor que no pagaba su deuda, al ser materialmente cargado de cadenas (vinctus) y -

estado (ligatus).

El deudor que no paga, debe entregarse al acreedor para ser encadenado: nexum se dare<sup>(18)</sup>. Su cuerpo le servirá a éste para indemnizarlo del perjuicio que le ocasiona la falta de pago<sup>(19)</sup>. Y no sólo su cuerpo, sino también sus bienes y -- sus hijos<sup>(20)</sup>.

El acreedor, creditor, es realmente el dueño, el dominus, del deudor. No tiene poder sobre la voluntad de éste, -- sino un verdadero derecho de propiedad sobre su persona, sus hijos y sus bienes. La palabra creditor viene de credere, que -- signifique dar su corazón, su confianza a alguno<sup>(21)</sup>. El acreedor tiene fe, fides, en su deudor<sup>(22)</sup>.

Si el nexum no cumplía con esta fe, pagando su deuda, entraba a funcionar el poder del acreedor, que como dueño, -- se apoderaba de la persona del deudor, por medio de un acto solemne, en que pronunciaba en alta voz la causa por la que lo hacía, y le ponía las manos encima: manus iniectio. Podía en seguida llevarlo a su casa, encadenarlo o hacerlo trabajar como -- esclavo, venderlo, y si había muchos acreedores, matarlo y dividirlo en partes: In partes secanto<sup>(23)</sup>.

2) Manus iniectio publica. La manus iniectio era un procedimiento privado, sin intervención del magistrado ni del -- Judex cuando no se negaba la existencia de la deuda o su monto. En caso contrario (infinitatio), se realizaba un proceso: legisactione per manus iniectionem, en que el demandado debía ser -- asistido por su vindex, ya que era considerado como objeto del

litigio<sup>(24)</sup>.

La manus iniectio podía ejercerla, según la ley de las XII Tablas, al acreedor que había obtenido sentencia favorable, contra el condenado (judicatus), en la siguiente forma: El actor decía así: Como has sido juzgado o condenado a darme diez mil sextercios, y por dolo malo no me los pagaste, por la misma cosa de los diez mil sextercios juzgados, te pongo la mano<sup>(25)</sup>; y al mismo tiempo así alguna parte de su cuerpo, no siéndole permitido al que había sido juzgado, repeler de sí la mano y defenderse por sí mismo, debiendo presentar un defensor (vindex) para actuar por él en juicio; quien no lo presentaba, era conducido por el actor a su casa, y aprisionado<sup>(26)</sup>.

La manus iniectio, se daba no sólo como sanción del nexum, sino también para ejecutar toda sentencia -que era pecuniaria-, contra el judicatus, damnatus o confessus in jure, y en otros casos: pro judicatus, manus iniectio pura<sup>(27)</sup>.

La manus iniectio llenó las casas de los patricios de prisioneros por deudas<sup>(28)</sup>.

En la época de la ley Licinia Sextia, propuesta por los tribunos Licinius y Sextius en 377 d.c. Roma, y votada sólo diez años después, los jueces adjudicaban diariamente listas de deudores: Diversas leyes ensayaron el distribuir tierras a los pobres, fundar colonias, ocupar hombres libres, rebajar los intereses, suprimirlos, hasta que la ley Poetelia Papiria, de 428 a 441 de Roma, llamada por Tito Livio, como la aurora de una nueva libertad<sup>(29)</sup>, prohibió el encadenamiento por deudas,

declarando que los deudores no podía obligar su cuerpo, sino - sus bienes: Tito Livio, pecunias creditas bone debitoris non - corpus, obnoxium esse: "el crédito pecuniario tiene como garan- tía los bienes y no el cuerpo del deudor".

Por fin, la ley Vallia, de principios del 500 supri- mió la necesidad del vindex y la prisión por deudas, permitien- do al deudor defenderse por sí mismo (pro se agere) y rechazar- la manus iniectio, (sibi manum depellere).

Debemos hacer notar que la manus iniectio podía --- ejercerse también sobre una cosa del deudor, en virtud de una - iudicatio pronunciada en una acción real per sacramentum. Sin embargo, este es un punto oscuro, no resuelto por los romanis- tas, debido a la carencia de fuentes<sup>(30)</sup>.

3. Ejecución forzada. Según la ley de las XII Ta- blaas, el deudor tenía treinta días para pagar la deuda confesa da o juzgada<sup>(31)</sup>; estos treinta días se llamaban iusti, "porque eran una especie de iustitium, un llamamiento a la justicia, un intersticio, durante el cual no podía reclamarse legalmente na- da<sup>(32)</sup>.

Transcurrido dicho término, el acreedor podía condu- cir al deudor ante el Pretor. Si no pagaba ni nadie lo hacía - por él, el acreedor lo llevaba a su casa y lo tenía encadenado- o atado durante sesenta días, en los cuales podía celebrarse un pacto, y si no, lo conducía durante tres nundianae (días de- mercado) en presencia del Pretor, al comicio (in comitium), y - proclamaba allí su deuda por si alguien lo rescataba, Si nadie

lo hacía, transcurridos los sesenta días, el deudor era adjudicado al acreedor, quien podía venderlo o hacerlo su esclavo (pero en sueldo estrusco, y aún meterlo, o dividirlo en partes, si los acreedores eran varios<sup>(33)</sup>).

Comentado estas leyes, dice Scialoja: "Hoy estamos habituados a distinguir tan claramente los efectos del Derecho civil, del elemento penal en el procedimiento ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir que en el procedimiento ejecutivo antiguo no se diera esta rigurosa distinción. El procedimiento ejecutivo antiguo tiene sobre todo carácter penal, y va dirigido contra el deudor en concepto de pena, o también en concepto de policía, para evitar que se sustraiga fraudulentamente a las ejecuciones de sus propias deudas. Dado este carácter penal, no debe extrañarnos que se llegara hasta la última pena - contra el deudor que no satisfaciese a sus acreedores; pero en verdad que esto pertenece a un período muy antiguo de nuestra historia".

4. Esencia del sistema primitivo. Vemos pues, que según los sistemas jurídicos primitivos, toda prestación debe satisfacerse en la especie y forma convenida; si el deudor no quería o no podía, el romano antiguo no concebía fuera posible hacerlo con su equivalente, pues había sido atacado en su persona (ya hemos visto que la propiedad era consustancial con la persona), y en su concepto religioso de la bona fides.

Este ataque daba lugar a la venganza, que era una pena privada, regulada más tarde por las XII Tablas mediante la

manus in iectio, medio penal de venganza a fin de que hubiera la posibilidad de un rescate <sup>(34)</sup> y civil de coacción, para que el deudor pagara su obligación en especie <sup>(35)</sup>.

En este sistema jurídico, la obligación es puramente personal, y el deudor no responde con sus bienes, sino con su persona. Una prueba de ello, es que el deudor encarcelado puede procurarse alimentos de su patrimonio, lo que demuestra que no se le quitaban sus bienes.

"La ejecución en este periodo se dirigía exclusivamente a constreñir la voluntad del deudor; y esta coacción era realizada por medios tan enérgicos que fue superfluo procurarse la prestación por equivalente sobre el patrimonio del deudor, ya que no puede concebirse deudor tan obstinado que pudiendo pagar, prefiera ser condenado a muerte o vendido como esclavo, -- con el mismo resultado final de perder su patrimonio".

5. Procedimiento de transición. La ley Poetelia -- Papiria inicia el lento proceso de transformación de la responsabilidad personal del deudor, en responsabilidad patrimonial. Esta ley abroga las atrocidades del Derecho antiguo, el encadenamiento y la pena capital contra el deudor: *Ne quis nisi qui noxam meruisset, donem poena licuerit, in compedibus aut in nexu teneretur. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*, expresa Tito Livio en su recordada referencia a esta ley, relatándonos las dramáticas circunstancias en que se impuso. Dictada la ley, "se pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas, y se tomaron disposiciones para que en --

adelante ningún deudor pudiese ser reducido a prisión", no quedaban libres todos, sino aquellos que juraban tener con qué pagar; en consecuencia, los insolventes estaban sujetos como antes<sup>(36)</sup>. Ellos seguían respondiendo personalmente, pues el acreedor se presentaba ante el Pretor y le pedía la *addictio* del deudor, quien si no juraba que tenía bienes suficientes para satisfacer la deuda, era conducido por el acreedor a su casa y detenido allí hasta que fuera satisfecho<sup>(37)</sup>. Podía también dar fianza de pagar lo juzgado, según la ley Vallia.

6. Ejecución romana en especie: *Coacción patrimonial*. Un estudio posterior, admitió la *coacción patrimonial* mediante la *pignoris capio*, que no tenía por objeto satisfacer el crédito por la aprehensión de una cosa, sino sencillamente tomar cualquier objeto del deudor como prenda, *pignus*<sup>(38)</sup> a fin de constreñirlo a cumplir su obligación<sup>(39)</sup>. El acreedor podía apoderarse y destruir la cosa, pero no venderla<sup>(40)</sup>.

Gayo nos da el origen histórico de este período. Las *legis actiones per pignoris capionem* nacieron de las costumbres y de la ley. Se introdujeron por las costumbres, en ciertos asuntos militares: cuando se debía al soldado su sueldo, *stipendium*, o el dinero que tenía que recibir para adquirir un caballo, *aes equestre*, o la cebada para los mismos, *aes hordearium*. En estos casos le era permitido apoderarse de una prenda perteneciente al encargado de administrar dichos fondos.

La ley de las XII Tabas, introdujo esta *legis actio* para los que no pagaban el precio o alquiler (*merces*) de un



animal destinado al sacrificio. Una ley censoria también concedió *lepignoria capio* a los publicanos (encargados de recaudar los impuestos -*vectigalia*-) contra los deudores de éstos.

Este origen histórico, confirma la concepción de Ihering, de que el Derecho proviene a la vez de la fuerza y de la religión.

Después, el Pretor introdujo el sistema de la *missio in possessionem* <sup>(41)</sup>, contra el demandado que no comparecía al juicio, y que consistía en la aprehensión de todo el patrimonio del deudor, a fin de obligarlo a cumplir sus compromisos. En este estadio "la personalidad física del deudor, fué sustituida por su personalidad económica".

La *missio in possessionem* contra el demandado rebelde, se extendió al *confessus* y al *judicatus*; y para vencer su obstinación, después de desposeerlo del patrimonio, se vendía éste ficto e íntegramente a un *bonorum emptor*, que considerándose se como sucesor universal del mismo, enajenaba después realmente los bienes, y pagaba las deudas.

Como vemos, aun perdura el concepto de que el mismo deudor, por medio del sucesor universal ficto, satisfacía sus obligaciones. La *bonorum venditio* puede tener lugar aun por una deuda pequeña, y no presupone la insolvencia del deudor, sino obstinación en no pagar. Era siempre un medio de coerción de la voluntad, y no ejecución directa sobre los bienes para satisfacer las deudas. Se consideraba al deudor como difunto, y entrañaba *capitis diminutio e infamia*.

## 7. Período de Transición-voluntad libre del deudor.

La complicación de este procedimiento, así como la infamia que importaba, unidos a la transformación de la propiedad romana y del sistema privado de justicia, indujeron poco a poco a encontrar nuevos expedientes para satisfacer a los acreedores.

Por la Lex Julia (probablemente capítulo de la Lex Judiciaria de Augusto, de 737 de Roma, según Rocco, el deudor podía evitar la persecución personal y la infamia de la bonorum venditio, poniendo sus bienes a disposición de sus acreedores: bonorum cessio.

Ello importaba confesión del deudor, de no poder satisfacer sus obligaciones, y era un acto voluntario de ésta<sup>(42)</sup> Impedía la coacción personal, que ya no tenía objeto, puesto -- que el deudor no pagaba no porque no quería, sino porque no podía; y no implicaba la infamia.

Pero por la cessio, el deudor no perdía la propiedad de sus bienes, sino que los daba en prenda a los acreedores que adquirirían por ende un derecho para promover la venta de los mismos. Era más o menos la antigua missio in possessionem o pignus pretorio, y constituía un procedimiento de liquidación colectiva del patrimonio del deudor, reposando siempre sobre la voluntad (libre ahora) de ésta.

Gayo, nos relata el procedimiento de venta de la -- universalidad de los bienes. Dice que los bienes de las personas pueden venderse durante su vida o después de su fallecimiento. Se venden en vida: 1. cuando alguien se oculta con ánimo -

de defraudar a otro, y no se defiende; 2. cuando hace cesión de bienes en virtud de la ley Julia; y 3. cuando expira el término concedido por la ley de las XII Tablas o por el Pretor, para pagar lo resuelto en juicio.

El Pretor manda embargar los bienes, y anunciar durante treinta días. Después reúne a los acreedores, quienes nombran un magister, encargado de venderlos.

Pasado el término de los anuncios, se transfería todo el patrimonio del deudor a un comprador de los bienes bonorum emptor, quien era considerado su sucesor universal pretoriano, y satisfacía a prorrata las deudas del causante.

8. Ejecución romana por equivalente. El "Pignus in causa iudicati captum". Del pignus general al especial sobre un bien, no había ya más que un paso. Y de la missio in possessionem de todo el patrimonio, a la aprehensión por orden del Pretor, de un bien determinado, no hubo más que otro. Y lo que primero fué un medio para constreñir la voluntad del deudor, se convirtió en una prenda en favor del acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado<sup>(43)</sup>.

La bonorum cessio dió el ejemplo. Por una ficción se consideró que el deudor cedía en prenda al acreedor, una cosa determinada para que la vendiera, y con su precio se cobrara su acreencia. El paso decisivo estaba dado: la satisfacción de la obligación en especie, se hacía en su equivalente, en dinero

Quitado el andamiaje de la ficción, quedó la realidad: la prenda voluntaria del deudor mediante la bonorum cessio

se convirtió en prenda constreñida, obligatoria. A la voluntad del deudor se substituyó el imperio del juez. De ahí que Ciraca lle pudo decir: *nam in vicem justae obligationis succedit ex -- causa contractus auctoritas jubentis.*

Y Justiniano asimiló esta prenda in causa judicati a la antigua prenda pretoria<sup>(44)</sup>.

El engorrosos procedimiento de la *missio in bona*, - de la *bonorum venditio* y de la *bonorum cessio*, quedó tan sólo - para el deudor en falencia. Para la satisfacción de un crédito singular, se terminó con el sistema de constreñir la voluntad, - transformando la primitiva obligación en su equivalente en dinero.

El *pignus in cause judicati captum* (prenda adquirida en virtud de sentencia), fué la institución necesaria para poder convertir en dinero la cosa del deudor, ya que el acreedor no podía exigir la entrega de ésta en propiedad, puesto que no era el objeto de la obligación; y tan sólo podía pedir la transformación de dicha cosa en dinero, para cobrar el equivalente de su crédito en moneda, rasero común de todos los valores económicos. Para realizar esta transformación y adquirir el dinero producido hasta la concurrencia de su crédito, necesitaba - vender la cosa; y este Derecho para instar la venta y apropiarse de su producido, no se explica sino concibiendo la existen--cia de un Derecho real de prenda (*pignus*) sobre el precio de la cosa, que el juez reconoce y declara<sup>(45)</sup>. Debemos recordar que el origen romano del Derecho de prenda *ex contractu* reside en -

la prenda judicial.

9. Ejecución por equivalente. El patrimonio "Pignus communis". La ejecución personal se transformó en real; a la persona sucede la cosa. Ahora bien: es indudable que el acreedor puede ejercer sus Derechos sobre cualquier bien del deudor. De ahí que éstos constituyan una garantía latente para los acreedores, y el conjunto de ellos, que se llama patrimonio, forma la garantía prenderla común para todos los acreedores.

Esta garantía no es un Derecho de prenda actual, sino potencial, latente, indeterminado, que se ejerce sobre todas las cosas del patrimonio, de un modo invisible, hasta el instante en que por medio del embargo y orden de venta de cosas singulares de dicho patrimonio, se transforma en derecho real definitivo, incondicionado y absoluto.

De ahí que todos los bienes que pertenecen al patrimonio del deudor, sean cosas fungibles en relación al acreedor.

g. Procedimientos antiguos de otros pueblos.

El procedimiento romano que he relatado lo encontramos con caracteres más o menos semejantes, en todos los pueblos de la antigüedad. José Lo Valvo, en su opúsculo El constreñimiento personal. la prenda común y las causas legítimas de preferencia, trae una interesante síntesis de la ejecución en el Derecho hebreo, indio, egipcio y griego, en todos los cuales el deudor y aún sus hijos, respondían por las deudas con sus cuerpos, pudiendo ser esclavizados y vendidos.

Dareste, nos da también una excelente relación de todos estos -

## Derechos antiguos,

"Las costumbres germánicas permitían de una manera amplia, que quien se considerase lesionado en su derecho, pudiera hacerse justicia por sí mismo, a iniciativa propia y con el empleo de la propia fuerza" dice Liebman<sup>(46)</sup>, y agrega que "después del año 1000, a medida que las costumbres fueron haciéndose más benignas, las autoridades trataron de poner coto a estas prácticas bárbaras. El Derecho romano al adquirir de nuevo autoridad y prestigio, ofreció una ayuda poderosa a esta tendencia civilizadora, con la rigurosa prohibición de toda especie de justicia por propia mano, aplicando el principio de que un litis había de ser primeramente juzgada, pudiendo la ejecución tener lugar sólo en base a la sentencia. Pero el Derecho romano establecía, para dar comienzo a la ejecución, las formas complicadas y largas de una acción: la actio iudicati. Por ser -- contraria a las exigencias prácticas, la doctrina limitó la necesidad de servirse de la actio iudicati a alguna hipótesis -- excepcional, y enseñó que, tomando por base la sentencia, se pudiera proceder a la ejecución directamente, sin necesidad de una nueva actio, recurriendo más simplemente al officium iudicis. Pero esta simplificación no fué, sin embargo, suficiente" Y al no ser suficiente, se empezó a usar en el procedimiento estatutario italiano la ejecución de sentencia sin necesidad de citación del proceso de conocimiento, y no como nueva acción.

En Francia, la ejecución se confiaba directamente a los sergents o huissiers, "sans ordonnance du juge". Ello daba

lugar a lo que Liebman denomina "actividad ejecutiva pura", que excluía toda forma de cognición, salvo la hipótesis de una oposición formal del deudor ante el juez competente.

Sentencia y ejecución. Dice Satta<sup>(47)</sup> que "la relación entre sentencia y ejecución constituye indudablemente, desde un punto de vista sistemático, el primero entre los grandes problemas del proceso de ejecución", problema que se relaciona con el más formidable del Derecho procesal, y quizás de todo el Derecho, según dicho autor, o sea la relación entre Derecho y proceso.

La actividad central del juez, en toda sentencia, sea declarativa, constitutiva o de condena, es la declaración del Derecho, el accertamento, como dicen los autores italianos, declaración que para Satta es precisamente la tutela jurídica<sup>(48)</sup>. Y los distintos tipos de sentencia se diferencian por la función que desempeña esta declaración<sup>(49)</sup>. En las meramente declarativas, la declaración del Derecho viene a ser fin en sí mismo, acción de jactancia, de mensura, de inconstitucionalidad de rechazo de una demanda, etc. En las constitutivas, la declaración perfecciona, estructura, la situación fáctica creando un nuevo estado de Derecho<sup>(50)</sup>; por ejemplo, la declaración de insania, de herederos, de filiación, de divorcio, de indemnización genérica por daños, de rescisión de contrato, etc. En las de condena, se obliga concretamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa

Sin embargo, así como toda sentencia es declarativa desde un punto de vista amplio, pues declara el derecho de las

partes para el caso específico, también es constitutiva, puesto que concreta, consolida, define, convierte en incontrovertible, y otorga la fuerza estatal de cosa juzgada, a una situación jurídica incierta, discutida, o que carecía de dicha fuerza estatal<sup>(51)</sup>.

Mediante la sentencia, el Estado se obliga a presentar su fuerza pública para que el vencedor se coloque en la situación jurídica declarada justa. Es la tutela del Derecho privado, tutela que comienza con la iniciación del proceso, y que termina con la realización definitiva del Derecho, ya que el -- proceso es un continuo dinámico, que se desarrolla por etapas, -- no existiendo diferencias ontológica alguna entre las fases de declaración, constitución y ejecución<sup>(52)</sup>.

El Derecho subjetivo hecho valer en juicio, mediante la acción de petición ante el juez<sup>(53)</sup>, al adquirir fuerza de cosa juzgada por medio de la sentencia, debe ser respetado, acatado o cumplido si hay un obligado; y en caso de que éste no -- cumpla, o sea desconocido, debe ser ejecutado por medio del Estado.

Es siempre el mismo Derecho subjetivo que se desarrolla y se realiza<sup>(54)</sup>; es la ejecución de aquél Derecho, reconocido por la sentencia. La actio iudicati del procedimiento romano, era el mismo Derecho transformado (novado) por la sentencia, que de incierto o discutido, lo convertía en cierto e indiscutido<sup>(55)</sup>. Y esta certidumbre hace que en nuestro Derecho, al dictarse la sentencia contra una o más personas determi



nadas, produzca una sujeción personal.

**Obligación y sujeción.** Antes de dictarse sentencia hay uno o más obligados, sujetos a un deber jurídico para ante el titular del Derecho, que tiene una exigencia, una pretensión para que se le cumpla la obligación. Después de la sentencia, el obligado se ha transformado en responsable con su persona o determinados bienes, al poder del vencedor. Estas dos etapas del Derecho, son las que se distinguen en la terminología germana con los vocablos Schuld y Haftung, o sea débito y responsabilidad.

Toda obligación (entendida en sentido amplio, no sólo como obligación creditica), tiene los dos momentos de débito y responsabilidad, puesto que la esencia de la norma jurídica - consiste en una obligación con responsabilidad, pues de lo contrario sería una norma moral, no coercitiva<sup>(56)</sup>.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, no es lo mismo obligación que sujeción, pues como lo hace notar muy bien Carreras "la obligación y su cumplimiento requieren un acto de voluntad del obligado, de modo que éste debe querer llevar a cabo la conducta debida; mientras que en la sujeción no se precisa la cooperación voluntaria del sometido a la conducta ajena; - la voluntad de éste es por completo irrelevante, de modo que la conducta ajena se llevará a cabo en contra de su voluntad, o prescindiendo de ella".

**Ejecución y sanción.** Carreras define a la sanción - como "la lesión producida por una conducta actuada contra o so--

bre un sujeto responsable del cumplimiento de un deber". ---  
Ella implica una privación, sea patrimonial, sea de otro dere-  
cho para restablecer el orden jurídico perturbado; y la sensa-  
ción se actuó mediante el proceso de ejecución de sentencia<sup>(57)</sup>  
"ya que la función de éste no es otra que la de actuar las -  
sanciones a que se han hecho acreedores quienes han incumplido  
un deber impuesto por la norma" dice Carreras<sup>(58)</sup>. "Estar  
sujeto a la sanción significa no poder escapar a ella" -expres-  
sa Cornelutti- y agrega: "Bajo este aspecto, el concepto de -  
responsabilidad está caracterizado no tanto por un "estado de -  
peligro", como por la inevitabilidad del daño si se verifica el -  
peligro. El elemento del peligro es propio de la sanción, --  
que es una amenaza; la responsabilidad está en no poder sus-  
traerse a ella cuando se actuó la amenaza. Por eso la respon-  
sabilidad es un estado extraño a la voluntad de obligado, y -  
la obligación una condición de su voluntad; la responsabili-  
dad se sufre, la obligación se cumple; la responsabilidad ex-  
cluye la libertad, la obligación la supone".

Cabe hacer notar que la responsabilidad, como ele-  
mento de la obligación, está latente en ella desde su crea-  
ción, pero se materializa después del evento del incumplimien-  
to<sup>(59)</sup>.

La finalidad de la sanción espuesta de restablecer-  
el orden jurídico, delimitando la esfera de Derecho de cada -  
uno, y hacer desaparecer la perturbación ocasionada por el -  
incumplimiento de un deber. Ella puede lograrse por dos vías,

según Carreras: la genérica, que consiste en la traslación de elementos patrimoniales de uno a otro patrimonio particular, comportando lesión al patrimonio del responsable, llamada sanción civil; y la específica cuando la perturbación es de tal orden que escapa a la mera alteración o desequilibrio patrimonial, produciendo alteración de la paz social, de modo que es necesario para restablecerla, emplear al lado de la civil, otro tipo de sanción, la penal, que consiste en infligir un castigo con propósito represivos, de seguridad, preventivos o redentores (según las épocas y las escuelas) al culpable del incumplimiento, en su misma persona o en su patrimonio "pero no en beneficio de quién resultó perjudicado directamente por el incumplimiento, ni para hacer desaparecer algún desequilibrio patrimonial, sino para alcanzar aquel restablecimiento del orden o la paz social por medio de la consecución de fines no patrimoniales", expresa Carreras para quien -siguiendo a Fenech-, "la sanción civil es anterior a la penal", y (al revés de como se formula en regla en el Código penal) de todo delito, además de la acción civil para pedir su resarcimiento, nace acción para pedir la actualización de una sanción penal<sup>(40)</sup>.

El sujeto de la sanción es la persona, que puede ser afectada en su cuerpo o en sus bienes, que son objetos de la sanción o responsabilidad. "Cuando se habla de la responsabilidad de la cosa -dice Carnelutti, al lado de la responsabilidad de la persona, se quiere distinguir la responsabili-

dad según el objeto, y no considerar a la cosa como un sujeto de ella". No debe confundirse pues al cuerpo como objeto, -- con la persona como sujeto, o sea a la responsabilidad corporal con la responsabilidad personal. La responsabilidad objetiva, implica que el sujeto del deudor es indiferente y fungible, de manera que cualquiera sea el propietario de la cosa, responde con ella a la obligación. Pero siempre el sujeto de la obligación y de la responsabilidad, es la persona; el objeto es su propio cuerpo o sus bienes.

Esta responsabilidad no se resuelve con la imposición de una nueva obligación, sino con el sometimiento a un poder; al estado de obligado sucede el estado de sujeto, "con la ejecución forzada no se cumple, sino que a ella se esté sujeto, como se está sujeto a la pena, independientemente de la voluntad".

Ahora bien; el titular de este poder no es el acreedor, sino el Estado, como bien lo hace notar Carnelutti, que sostiene que "la responsabilidad es una sujeción al Estado y no al acreedor". Sin embargo, no debe olvidarse que el Estado en la ejecución civil, actúa como instrumento del acreedor ejecutante, y su actividad es sustitutiva de la de éste, su poder es un instrumento de la ejecución; de ahí que, el verdadero titular de la sujeción sea el acreedor, quien la ejerce por medio del Estado. Por eso puede el titular renunciar a su crédito y a la ejecución, sin que el Estado pueda impedirlo (salvo, claro-está, las renunciaciones expresamente prohibidas por

razones de orden público.

Es importante señalar que esta sujeción no es genérica o abstracta sino específica, determinada por una sentencia de condena. El sujeto lo está a la sentencia, mientras que el obligado lo está a la ley o al contrato.

El proceso de ejecución forzada es pues el conjunto de actos cuya finalidad consiste en tutelar el derecho de cada uno y de la sociedad, mediante la actuación de la sanción que toda norma jurídica objetiva lleva insita, para poder imponerse como derecho, que por definición es coactivo, coercitivo. Este proceso no es automático, administrativo, empleo simple de la fuerza o actividad ejecutiva pura, como la denominada Liebman, sino que dentro del proceso se producen actividades jurídicas fundamentales y complementarias de naturaleza declarativa, sin las que la actividad ejecutiva no podría realizarse, por cuanto se atentaría contra el principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos.

Actividad jurisdiccional y administrativa. Chioven-  
da distingue la actividad jurisdiccional de la administrativa en que la primera es una actividad sustitutiva: el juez actúa en lugar de otro (no en representación de otro); sustituye su actividad, y a veces (proceso inquisitivo) su voluntad. En cambio la actividad administrativa no es sustitutiva, sino actividad propia, primaria.

En la ejecución, el Estado actúa en sustitución de la actividad privada; es pues actuación jurisdiccional y no administrativa. La jurisdicción no termina con la sentencia, pues el fin del proceso no es la resolución de controversias o la composición de la litis, sino la actuación completa de la ley. El proceso no concluye con la declaración lógico-jurídica, con el jus dicere, sino con la transferencia material de bienes de un patrimonio a otro, o con el cumplimiento de la pena.

Aún la actividad material de los ejecutores es actividad jurisdiccional por delegación del juez: no es actividad administrativa. Así dice Chiovenda, que "hay procedimientos ejecutivos que se realizan con la sola intervención del oficial judicial, sin participación ninguna del juez; en este caso, la actividad del oficial es evidentemente idéntica a la del juez; una y otra son actuaciones imperativas de la ley; y si alguna diferencia existe entre ambas, es cuantitativa y no cualitativa, debido a que al juez le incumben funciones más difíciles e importantes; al oficial, más simples y mecánicas"

"La ejecución forzada forma parte de la jurisdicción, constituyendo el complemento necesario de la actuación de la voluntad de la ley, finalidad de la jurisdicción y del proceso civil" (61).

#### h. Proceso de ejecución forzada.

Esta parte de una demanda fundada en un título ejecutivo y prosigue con una serie de actos, distintos según la

naturaleza del bien al cual la instancia aspira (pago de una suma, consignación de una cosa, prestación de hacer o de no hacer, etc.), empleándose los correspondientes medios ejecutivos (expropiación de bienes, devolución o entrega de dinero y otros efectos, destrucción de construcciones, establecimiento del monto de los daños y perjuicios y su cobro, realización del acto por el juez o por otro, etc.), hasta agotar la instancia.

La ejecución forzada se nos presenta, por regla general, como un segundo estadio del proceso, en cuanto que, fundándose en una sentencia de condena como título ejecutivo, viene a continuación del estadio de conocimiento en el que la sentencia se ha obtenido. Pero de igual manera que el período de conocimiento puede darse sólo (como ocurre cuando se cierra con sentencia de mera declaración, con sentencia que absuelve al demandado, o con sentencia constitutiva), así también puede presentarse por sí solo el estadio de ejecución lo que sucede cuando se procede en base a un título ejecutivo obtenido fuera del proceso de conocimiento (título administrativo, contractual, letra de cambio, etc.).

"La relación procesal de ejecución se constituye con la demanda de una medida ejecutiva que en muchos casos se hace al órgano ejecutivo oralmente, y no se notifica al adversario; éste tiene noticia de ella con la notificación de los actos que ya pertenecen al desenvolvimiento de la relación ejecutiva, y al procedimiento ejecutivo. La relación ejecuti

va tiene pues carácter propio, que deriva del hecho de que, - procediendo en base a una declaración (título ejecutivo), la convicción de los órganos ejecutivos sobre si debe actuarse - una determinada voluntad de la ley, está ya formada. Sin embargo, hasta que la medida no se lleva a cabo, nos encontramos también aquí en un estado de pendencia, teniendo el deudor de recno de oposición, ya por falta de título ejecutivo en el -- acreedor, y por inadmisibilidad de la medida demandada; a veces, también, el deudor es citado como en la relación de conocimiento".

"La relación ejecutiva tiene, por lo demás, sus pre supuestos, que son en parte comunes a la relación de conoci- miento, en parte especiales; tiene su desenvolvimiento por me dio de la actividad de los órganos públicos y de las partes; - sus vicisitudes y su término de manera afín a la relación de conocimiento".

#### 1. Ejecución impropia.

La ejecución de las sentencias mera declarativas y constitutivas no tiene por objetivo el actuar sanciones, como la ejecución de las sentencias de condena; de allí que su eje cución sea llamada unánimemente por la doctrina, ejecución im propia<sup>(62)</sup>, ya que en las mera declarativas los efectos de la sentencia se agotan en la declaración ideal; en las segundas, la sentencia misma produce sus efectos, sin otra actividad ju risdiccional. Aún en la sentencia constitutiva de disolu--- ción de un condominio, por la que se venda forzosemente el --



bien, no se pueda hablar de ejecución forzada, pues no existe ejecutante ni ejecutado, sino copartícipes.

j. Ejecución y derecho sustancial.

La moderna teoría procesalista ve en la ejecución - un Derecho público, propio, independiente del Derecho privado. Así dice Carreras que en el proceso de ejecución, el Estado, - el extraer o realizar elementos del patrimonio del deudor, actúa una sanción -concepto procesal- con independencia del Derecho material del acreedor. Si bien la teoría privatista - podría aceptarse para las obligaciones de dar sumas de dinero no lo es para las obligaciones de no hacer, o para la ejecución penal, en las cuales ningún Derecho material es ejecutado. Y aún para las obligaciones de dinero, el ejecutor no es un mero instrumento del acreedor, sino que ha de velar por -- los intereses legítimos de todas las partes e incluso de terceros, limitando su actividad a lo estrictamente indispensable para que cese el desequilibrio patrimonial, pero prosiguiendo la actividad ejecutiva en tanto subsista dicho desequilibrio.

A mi modo de ver, en este planteamiento se confunden varios conceptos. En primer lugar, el Derecho procesal - no obstante su carácter publicístico por ser función del Estado, es el instrumento que sustituyéndose a la justicia privada, trata de dar a cada uno lo suyo, delimitando así la esfera de intereses y derechos de cada uno. Esta esfera, esto suyo, es un bien de la vida, un bien material, que atañe al De-

recho privado, y que el Derecho público no hace más que proteger.

Lo que el Derecho procesal actúa, no son sanciones procesales: son sanciones normativas, de las leyes que garantizan bienes de de la vida. El Derecho procesal es un Derecho adjetivo, instrumental, de formas, vías o modos de proceder para que se realicen los derechos sustanciales, de fondo, vitales.

Se confunde la acción como Derecho constitucional de petición<sup>(63)</sup>, que evidentemente es un Derecho público para promover la actividad jurisdiccional del Estado, con la acción que posee toda norma jurídica para hacerse valer, para actuar, que es estrictamente un Derecho privado, salvo naturalmente la acción penal, que es pública porque precisamente vela por los derechos e intereses públicos.

Se confunde también la situación de las partes en los diversos momentos de la creación y actuación del Derecho: La norma jurídica objetiva define una conducta hipotética y futura, que estima justa, y establece su sanción en caso de violarse. En este primer estudio del Derecho los particulares son simplemente destinatarios de la norma, obligados abstractos a observarla. Si se colocan en las hipótesis prevista, ya devienen obligados concretos. Si no cumplen con su obligación concreta son pasibles de la sanción civil o penal que preceptúa la norma y que se imputa mediante un proceso. Desde que se inicia el proceso hasta que se termina, el obligado-

do se transforma en responsable; esta responsabilidad, antes de dictarse sentencia definitiva, está pendiente de la condición resolutoria de que se absuelva al imputado o demandado; si no se cumple la condición, es decir no se absuelve, la responsabilidad deviene perfecta<sup>(64)</sup>; el obligado ya es un condenado, un judicatus en la terminología romana.

Pero esta diversa situación de los particulares, no constituye derechos diversos. Es siempre la misma norma jurídica que nace, se desenvuelve, se concreta, se aplica. El Derecho procesal son los medios, los instrumentos con que se ejerce el Derecho material, así como la anestesia y el bisturí son los medios que el cirujano emplea para solucionar una situación vital, pero no son fines en sí mismos, sino siempre medios.

En este orden de ideas, Brinz<sup>(65)</sup> afirma que "los medios de coacción pueden pertenecer al Derecho procesal, pero el Derecho a la coacción pertenece al Derecho material<sup>(66)</sup>".

Ahora bien: estos medios, que disciplinan la actuación del Derecho material bajo la forma de declaración de certeza (sentencia) y de ejecución forzosa, "constituyen no ya obligaciones y derechos de una parte respecto de la otra, sino poderes del órgano a quien está encomendada la actuación de las normas materiales, y por tanto del juez y del oficial de ejecución".

#### k. Derecho y poder.

En este aspecto se puede distinguir al Derecho del-

poder, aunque para evitar un equívoco adelantemos que no me refiero al poder puro, al poder desnudo como lo califica un autor<sup>(67)</sup>, sino al fundado en un Derecho constitucional. El Derecho es el Derecho material, subjetivo, que tiene una persona sobre otra con la cual le liga un vinculum juris o que se ha colocado en la situación prevista por la norma objetiva para que se produzca este vinculum<sup>(68)</sup>.

Pero por más Derecho que se tenga, él sólo no basta para que se realice: es necesario un acto obligado. Y cuando el obligado se niega a ejecutarlo, o lo ejecuta mal o lo omite, o ejecuta lo contrario, se necesita ya un poder para realizar el Derecho. Este poder es el que pertenece al órgano de ejecución, no ya al titular del Derecho, aun cuando en el procedimiento primitivo (justicia por sí mismo), el titular del Derecho devenga órgano de la ejecución.

El proceso de ejecución es pues el ejercicio por medio del órgano ejecutivo, de los poderes sobre los bienes o personas del responsable, proceso que como ya he mencionado, comienza con la faz declarativa que llega a la sentencia de certeza, y termina con la faz ejecutiva hasta la materialización del Derecho.

Carnelutti nos da un ejemplo palpable de la diferencia de situación de las partes: el mutuante tiene derecho contra el mutuario a la restitución de la cosa; éste a su vez tiene la obligación de restituirla, o sea un vínculo impuesto a su voluntad por el sacrificio de su interés. Pero

si no la realiza y la ley confiere al acreedor el derecho de tomar por la fuerza la cosa mutuada o su equivalente, a ese derecho (derecho, fuerza o poder) no corresponde ninguna obligación del deudor, sino una sujeción, que consiste en no tener ya el derecho que antes poseía, de rechazar la agresión del acreedor, que por ende ahora debe soportar. Es lo que sucedía al *judicatus* en el procedimiento de la *legis actio per manus iniectionem*, cuando el acreedor tomaba al deudor, y éste no tenía derecho a quitar la mano que lo aprisionaba (*manum sibi depellere*): con *lamonus injectio* no surge una obligación del deudor, sino que pierde él el derecho a la *manum sibi depellere*, esto es, a la posibilidad de su autodefensa, como expresa Wenger<sup>(69)</sup>.

El carácter más íntimo del Derecho procesal, lo constituye para Carnelutti, el hecho de que al poder del órgano del proceso no corresponde una obligación de las partes, sino una sujeción. Y si la ley le atribuye al acreedor el carácter de órgano del proceso, no hay ahora frente a él un obligado sino un sujeto, y su poder se ejerce no porque exista una obligación del deudor, sino porque ya no tiene derecho éste sobre sus propios bienes o su propio cuerpo: a raíz de la sentencia de mérito y de su ejecución, perdió el derecho de la *manum sibi depellere*<sup>(70)</sup>.

Ahora bien: este poder de sujeción, si bien se funda inmediatamente en el Derecho procesal, su fundamento medio es el Derecho sustancial, y de ambos lo es el Derecho cons

titucional, ya que el postulado del primero es la inviolabilidad de la defensa; y el del segundo, la inviolabilidad de la propiedad o de la persona.

La autonomía del poder procesal, así como la autonomía de todo el Derecho procesal, es la autonomía del instrumento con relación a la materia a la cual sirve. Por más que yo tenga el derecho constitucional de locomoción, o el de propiedad sobre mi automóvil, no tengo el poder de trasladarme - si no lo sé manejar, o si no adquiero la nafta para hacer marchar el motor.

La autonomía lo es como instrumento, no lo es como finalidad. Su finalidad es la actuación del derecho sustancial, derecho que a su vez es un instrumento de la vida, puesto que la finalidad del derecho sustancial es delimitar actividades vitales o reconocer u otorgar bienes de la vida a los individuos<sup>(71)</sup>.

#### 1. Prestación y ejecución.

Conviene aquí hacer la distinción que estudia Carnelutti entre prestación del deudor, como contenido de la obligación, que es un medio para conseguir el objeto de ella; y ejecución contra el deudor, como sustitutivo de su actividad, que también es un medio para obtener el objeto de la obligación primitiva: cuando no se puede obtener el objeto mismo, - debe otorgarse su equivalente.

Si una persona se ha obligado a venderme un cuadro del Tiziano, y no me lo entrega voluntariamente, lo hará el

oficial de justicia: a la prestación del obligado sucede la - ejecución por la fuerza pública, pero yo he obtenido el mismo objeto materia de la obligación; en cambio si el cuadro fué - destruido por culpa o negligencia del deudor, tendrá que en- - tregarme su equivalente, si fuera posible en especie, si no, - en dinero.

El medio con que consigo el objeto de la obligación en general me es indiferente, salvo que éste sea personalísi- mo al obligado, como un pintor célebre que se hubiera compro- matido a hacerme un retrato <sup>(72)</sup>.

Acción procesal y acción sustancial. Hasta la pu- blicación de Windscheid, la acción en el Derecho romano desde el punto de vista del Derecho moderno la acción se concebía - como el ejercicio del Derecho subjetivo. Después de ella, co- mo Derecho contra el Estado para obtener la tutela jurídica <sup>(73)</sup>.

Sin embargo, ante la enorme polémica suscitada y -- el cúmulo de definiciones, tratarse de aclarar este institu- to, ya que el vocablo acción representa múltiples conceptos; - no es un vocablo unívoco en sentido aristotélico <sup>(74)</sup>.

#### m. Contenido de la acción ejecutiva sustancial.

La acción declarativa desde el punto de vista del - Derecho procesal, que es el derecho a hacerse oír por los ór- ganos del Estado, a hacer conocer y ponderar sus razones, a provocar la actividad jurisdiccional y obtener una decisión; es un derecho a la sentencia, y por ende un derecho público - contra el Estado y sus órganos, fundando en el Derecho consti

tucional de petición.

Es lo que los alemanes llaman Klage, y los italianos azione, y corresponde a una correlativa obligación del Estado de realizar determinados actos, pero no de determinado resultado: obligación de decidir, no de decidir en cierto sentido; obligación de dictar sentencia, no de dar la victoria<sup>(75)</sup>.

En cambio, la acción declarativa desde el punto de vista del derecho sustancial, es el derecho a tener razón, a que se le dé la razón y se le otorgue la tutela jurídica de su derecho subjetivo, mediante una sentencia favorable. (No es ya un derecho abstracto a la sentencia, sino a la sentencia favorable.) Es la llamada por los alemanes Anspruch, por los italianos pretesa, pretensión. Es pues un derecho subjetivo contra una persona, que se ejerce por medio del Estado, mediante la acción procesal que he descrito. Estas son las acciones con sus diferentes nombres: real, personal, posesoria, petitoria, pauliana, etc., se denomina por el contenido del derecho subjetivo que hacen valer, por su objeto.

Pero ambos aspectos público y privado, procesal y sustancial de la acción se hallan conectados por el sujeto activo: el titular del derecho. Si éste coincide con el que ejerce la acción procesal, habrá una sentencia favorable; si el que ejerce la acción carece o se ha extinguido o no prueba la existencia de su derecho sustancial, su demanda será rechazada.

El contenido u objeto de la acción ejecutiva sus--



tancial es pues el hacer, el no hacer o el dar, a que ha sido condenado el deudor, devenido sujeto a la sentencia.

Si éste no la ejecuta voluntariamente, el Estado - por medio de su poder coercitivo lo hará. Impedirá el no hacer, o hará deshacer lo hecho; hará hacer por otro, o -- transformará la obligación de daños e intereses; tomará la cosa en especie del patrimonio del deudor, o hará vender alguna o algunas, o en su caso todos los bienes de dicho patrimonio, para pagar en efectivo al acreedor.

Este derecho de venta y este pago en equivalente - (dinero) no fué admitido, como hemos visto, en el primitivo Derecho romano en que se consideraba a la propiedad consuetudinaria y aún superior a la persona, de tal manera que el derecho de propiedad era un derecho inatacable tanto por el acreedor como por el Estado. Se constreñía la voluntad del judicatus, se encadenaba y aún cercenaba su persona, pero no se le privaba de su propiedad in vivo dominus.

Sin embargo, ello no fué solución ni para el acreedor ni para el deudor, y de allí hemos visto la larga evolución del Derecho romano, hasta espiritualizar el concepto de obligación, transformándola de personal en real.

n. El patrimonio como prenda común de los acreedores.

En el Derecho actual es indiscutible la proposición de que el patrimonio responde por las deudas del titular, vale decir que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Es un derecho real de prenda, latente, sin pri

vilegio, general, abstracto sobre todas las cosas del patrimonio del deudor, que nace contemporaneamente con la obligación (faz de responsabilidad) de que no se pague la obligación. Si se cumple la condición, es decir no se paga, el derecho real deviene puro y simple.

El Derecho real de prenda es un derecho al valor de la cosa de otro. Cuando se contrae unaprenda o hipoteca en realidad se enajena el valor de cambio de la cosa hasta el importe de la deuda. Esta enajenación se hace bajo la condición suspensiva de que la deuda no se pague; cumpliéndose la condición, la enajenación deviene incondicionada.

Pero como el valor de cambio de la cosa no es separable de ella, para poder percibirlo el acreedor, debe venderse la cosa. He ahí la razón de la venta forzosa. Una vez vendida, se entregará el producido al acreedor, hasta la concurrencia de su crédito.

Esta enajenación del valor, explica claramente el por qué el acreedor, aún no vencida la obligación puede pedir providencias cautelares, ejercer las acciones de simulación y pauliana, las acciones oblicuas, perseguir la cosa de un tercer poseedor, hacerla vender, percibir su precio con prelación a los demás acreedores, no poder apropiarse la cosa, etc. Es que el acreedor prendario o hipotecario, es propietario del precio, esto es, del valor de cambio de la cosa, hasta la concurrencia de su crédito.

Obra pues como dominus de este valor, y no como simple acreedor. Ejerce un derecho real, jus in re, y no un derecho personal, jus ad rem.

Esto en cuanto el acreedor con hipoteca o prenda convencional. Si bien en nuestro sistema jurídico positivo no hay otra hipoteca o prenda que las convencionales, este principio tiene una gran excepción: es el derecho de prenda común que todo acreedor quirográfico tiene sobre el patrimonio del deudor. Si negamos la existencia de este derecho negamos toda posibilidad de ejecución forzada sobre los bienes del patrimonio deudor.

En efecto esta prenda, se constituye contemporáneamente al nacimiento de la obligación, de manera tácita. Cuando no se paga, el acreedor inicia su ejecución forzada mediante el embargo, que aparte de su función cautelar, es el primer paso de individualización de la cosa sobre la que va a recaer su derecho de prenda. Trabado el embargo y ordenada la venta de la cosa, el derecho de prenda genérico, latente, sin privilegio que tenía el acreedor sobre el precio o valor de cambio de todas las cosas del acreedor, se convierte en derecho de prenda específico, individualizado, actuante, con privilegio sobre el precio de la cosa embargada y sujeta a la ejecución. Vendida ella y obtenido el precio, el órgano público se la entrega a su propietario, o sea al acreedor, que de quirográfico se ha transformado en

prendario<sup>(76)</sup>.

La sentencia de trance y remate en el juicio ejecutivo, y la orden de venta de bienes en la ejecución de sentencia, es el momento que marca la transformación definitiva del acreedor quirografario en acreedor prendario. De ahí que hemos considerado en nuestro aludido trabajo, que la quiebra o concurso civil no tiene fuero de atracción sobre los juicios en los cuales hay sentencia ejecutiva firme u orden ejecutoria, dictada antes del auto de quiebra o concurso, puesto que como acreedor prendario no entra en colisión con los acreedores comunes del concursario.

Esta era la antigua doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fué mudada por la que sostiene que mientras el acreedor no ha percibido el importe de su crédito, el concurso ejerce fuero de atracción.

Carnelutti, a pesar de decir que "la obligación del deudor, no es otra cosa que una limitación, respecto del acreedor, de un derecho real o absoluto suyo", explica estos efectos como puramente procesales, olvidándose que el proceso no puede crear ningún derecho fundamental, puesto que es un simple instrumento para actuar estos derechos de fondo, o sea los derechos sustanciales, subjetivos, privados ningún privilegio puede otorgar el procedimiento, si este privilegio no está ya constituido por el Derecho civil; lo que el proceso realiza es hacerlo surgir a la luz, reconocerlo, darle certeza y seguridad, y transferirlo al patrimo-

nio que corresponda; tal es la función del Derecho procesal

1. Soler S., Ley. Historia y Libertad, pag. 92, Ed. Losada. ---  
Bs. Aires, 1943
2. Ihering, El espíritu del Derecho romano, trad. española de -  
Principe y Satorres, Ed. Bailly-Bailliere e Hijos. Madrid --  
1907. Para Ihering, Derecho viene de la raíz sanscrita dic-  
-señalar, mostrar.
3. Del Imperio romano, en Obras completa t. 6, pág. 178, Ed. Re-  
vista de Occidente. Madrid, 1847.
4. En cuanto a la aplicación del Derecho, debe ser cierta y se-  
-gura, pues la incertidumbre y la falta de seguridad producen-  
-las llamadas crisis del Derecho (López Oñate, La certeza del  
-Derecho, trad. de Sentis Melendo y Ayerra R. Ed. Ejea, Bs. -  
-Aires, 1953).
5. Cf. Keisen, Compendio de teoría general del Estado, trad. es-  
-pañola de Recaséns Siches y Azcárate, 2a ed. Barcelona 1934,  
-págs. 107.
6. Voz Economía Procesal. nota 1
7. Sobre el concepto de las diversas clases de sentencias, V. -  
-Alsina, Tratado de Derecho procesal, Cód. Arg. de Ed. 1a ed.  
-Bs. Aires t.1 pág. 196.
8. Carreras, J., "El embargo de bienes, Ed. Bosch Barcelona, --  
-1957, pág. 6.
9. Chiovenda, G., "L'idea romana nel processo civile moderno", -  
-conferencia leída en el anfiteatro de la Facultad de Dere-  
-cho de Bucarest, el 26 de mayo de 1932, y reproducida en la  
-Revista de Procesal Civil, Padua, 1932, t. 9 1a parte pág. 37
10. Ihering. El valor que un individuo ha adquirido a costa de  
-su cuerpo y de su vida, o con el sudor de su frente, parece-  
-convertirse en una parte íntima del que lo ha alcanzado. --  
-Quienquiera que detente esta propiedad, debe pagar el perjui-  
-cio; y si no puede restituir la suma, su propio cuerpo rea--

ponde de lo que ha arrebatado".

11. Cf. Duguit, Las transformaciones del Derecho privado, trad., de Carlos G. Posada. Ed. Beltrán, Madrid, s/f., págs. 111.
12. Ihering. pág. 156 nota 42
13. El origen de la palabra latina poena y de la griega pine, -- es la de rescate (Ihering, op. cit., pág. 161, nota 53)
14. Ulpiano, en D., 47, 2, 17: "Quien puede tomar determinación-- contra el ladrón, no tiene necesidad de litigar contra él".
15. "El préstamo en Roma", en jurisprudencia Argentina, 1945, -- pág. 37
16. Nexum, según Varron, VII, pág. 105, atarlo.
17. Instituta, III. 13: "La obligación es un vínculo jurídico, -- que nos constriñe a la necesidad de pagar una cosa a alguno, según nuestro Derecho civil".
18. Tito Livio, VI, 3, 19 trad. española de Navarro Calvo y Gorb-- bes. Ed. Joaquín Gil, Bs. Aires, 1933, Décadas de la histo-- ria Romana.
19. Tito Livio, VIII, 2 28; Valerio Máximo, trad. española de -- Velasco y García, Ed. Prometeo Valencia,
20. Halicarnaso, D. de VI, 29; Tito Livio, II, 24; pág. 376 nota 3.
21. Cred-cord: Bréal et Bailly, Diccionario de Etimologías, --- pág. 388 y nota 3.
22. "La palabra fides expresa el acto de hacer lo que uno dice:-- fit quod dictum est, es decir, cumplir su promesa", Dicciona-- rio de etimologías, pág. 388 texto y nota 4.
23. Cuq. pág. 422 "obre la división en partes, su realidad y su-- historia, V. Cuq. pág. 125 nota2; Scialoja, op. cit., nota 6 Aulo Gellio.
24. Según "uq. págs. 377 y 378, nota 1 , vindex es el que vim di-- cit in aliquo: el que declara hafa fuerza por alguno.

25. Quod tu mini iudicatus sive damnatus es sestertium X milia--  
quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X  
miliam iudicati manus inicio.
26. Posteriormente otras leyes permitieron hacer uso de la manus  
infectio en numerosos casos, algunos sin tener como base una  
sentencia, como la lex furia testamentaria, la lex Marcia, -  
pero en estos últimos supuestos la lex Vallia permitió rechazar  
la manus y defenderse por sí mismo, sin necesidad de un  
vendex.
27. "En esta forma se explica cómo, en épocas en que reinaba cierto  
salvajismo en las costumbres, en que el derecho de los -  
deudores era tan riguroso, se prestaba a la palabra de otro-  
una confianza que es raro hallarla en nuestros días".
28. Tito Livio, VI: Cuq. págs. 375 y 385. En esta situación, el  
plebeyo tuvo que recurrir al préstamo parapoder trabajar su -  
heredium y pagar los impuestos.
29. Cf. Cicerón, De República, II; Halicarnaso, D. de XVI 9; nota  
1.
30. Cuq. págs. 425 y 426 notas 1 y 2 Petit, núm. 121; Karlowa.
31. "Al confeso se lo tiene por juzgado, pues en cierto modo se-  
condena por su propia sentencia". Principio Paulo, en D. 42.
32. "Confesada la deuda y juzgadas in jure las cosas, sean jus-  
tos 30 días; después póngasele la mano encima y lléveselo al  
juicio".
33. V. supra.
34. V. supra.
35. "Que nadie que merezca castigo, hasta tanto se establezca --  
la pena sea atado o encadenado. El crédito pecuniario tiene-  
como garantía los bienes y no el cuerpo del deudor".
36. Cf. Scialoja, op. cit., pág. 288, nota 7, quien expresa que-  
la coacción no fué abolida por completo por la ley Poetelia



Papiria.

37. Scialoja, pág. 238
38. Pignus de pago o pango, clavar, afirmar, contratar; en griego pagnymi, asegurar, reforzar, fijar, inmovilizar: Alexender, Diccionario grecfrancese, op. cit., pág. 439.
39. Gayo, IV, 32, in fine. V. Maynz, I, texto y nota 40.
40. Scialoja, op. cit. pág. 154; Ihering. op. cit., I, pág. 191.
41. Esta fué unaprenda pretoria, pignus pretorio: Ulpiano, D. 13 y. Frag. 3 y 26; id. D. 27, 9, equivalente por ende al pignoris capio de la ley.
42. In Omni cessione sufficit voluntatis sola professio: Teodosio, l. 7, 71, 6.
43. Quizás en ello influyó el Derecho griego de aquella época. - En Atenas, el acreedor hipotecario hacia vender el bien hipotecado, y se pagaba con su precio.
44. V. supra nota 45.
45. En esencial la transformación de la cosa en dinero, porque el derecho de prenda no es un derecho sobre la cosa en sí, sino sobre su valor de cambio, sobre el dinero que produce la venta de esta cosa.
46. Tulio Liebman, E., "Sobre el juicio ejecutivo", en Estudios en honor de Alsina, pág. 389, Ediar, Bs. Aires, 1946.
47. Satta, S., "Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata", en Rivista di Diritto Processuale Civile, Cedam, Padova 1932 t. 9 1a. parte.
48. Op. cit. , pág. 339. En contra, Liebman, Esta tutela debe entenderse en sentido amplio y no sólo tutela de derechos lesionados.
49. Cp. Rocco, Sentencia civil, trad española de Ovejero, Madrid s/f págs. 165.

50. Es combatida la existencia de este tipo de sentencias: Satta, págs. 348 y sigs. V. Aina, tratado I, pág. 201; Couture, op. cit.
51. "Todas las sentencias, por cuanto contienen la realización de un medio de tutela jurídica, son indudablemente constitutivas", dice Satta, pág. 531 no en sentido material, sino -- procesal.
52. Cf. Satta, pág 338, núms 3 y 4; pág 374, núm. 15.
53. Couture conceptúa a la acción como derecho cívico de petición: V. Estudios, op. cit., págs. 19.
54. Mediante el cumplimiento voluntario, o mediante la ejecución coactiva, se obtiene el mismo resultado: la extinción de la obligación.
55. Wenger, Institutionen der Romisches Prozesscivilrecht.
56. "Excluír de la actividad jurisdiccional o procesal la aplicación de la sanción, es hacer girar en el vacío la máquina -- del proceso" expresa Satta, pág. 340.
57. Liebman, Opposizioni, pág. 108.
58. La llamada jurisdicción voluntaria es esencialmente función-administrativa pues no se ejerce contra otro, no hay dos partes contendientes, esencia de la jurisdicción contenciosa -- Chiovenda, 141.
59. V. Vetti, Schreber y Gangi, citados por Carnelutti, pág. 481.
60. La subsidiariedad o accesoriedad de la sanción penal en nuestra época respecto de la civil, se consigue en la historia -- cuando el espíritu jurídico logra un desenvolvimiento y alcanza un grado de civilización que permite reducir la aplicación de la pena a sus justos límites; por el contrario, en los tiempos primitivos la sanción penal, el castigo para -- quien incumple, excede de los límites que hoy se señala, Carreras, pág. 12.

61. Cf. Rosenberg: "La ejecución forzosa forma parte del procedimiento judicial de tutela jurídica, que comprende no sólo la resolución del litigio en el proceso de conocimiento iniciado por la demanda, sino también la consecución y aseguramiento de las pretensiones declaradas en él o en otro modo".
62. Carreras, pág. 25.
63. V. supra notas 60 y 61 y texto, núm. 37.
64. Se menciona condición resolutoria y no suspensiva, por cuanto desde la iniciación de la acción el demandado o imputado-velis nolis está sujeto al proceso.
65. "Schuld und Haftung", en Archiv für die Zivil praxis, pág. 38
66. Pugliatti dice que es tan estrecho el nexo entre el aspecto-sustancial y el formal (procesal) del Derecho, que puede decirse que es indisoluble, de tal modo que no puede concebirse un Derecho sustancial sin el Derecho procesal y viceversa
67. Jouvenal, B. de , Ed. Bourquin, Ginebra 1947, passim.
68. El vinculum furis es una relación de intereses y voluntades- y no de actividades como bien lo expresa Carnelutti, Ensayos I, pág. 430, nota 81.
69. Wenger, Institutionem der Romisches.
70. Carnelutti, saca sin embargo una consecuencia impropia de esta diferencia de situaciones, partiendo de que el derecho del acreedor a hacerse pagar es diferente del poder de tomar lo que se le entrega en pago, para sostener que el primero es un derecho material, y el segundo un derecho procesal.
71. Ihering Zweck im Recht, "El fin en el Derecho", trad. española de Gerardo Rodríguez, Ed. Rodríguez, Madrid.
72. Se ha discutido en nuestros tribunales si ante los términos del art. 1187 del Cód. civil, la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa de un inmueble da

be transformarse en obligación resarcitoria de daños e intereses para el caso de que el obligado se niegue a otorgar la escritura. Con muy buen criterio, los tribunales en su mayoría han resuelto que si el obligado se rehusa a suscribir el instrumento público, lo hará el juez.

73. Enciclopedia Voz Acción t. 1 pág. 206.

74. Ortega y Gasset, la idea de principio en Leibnitz, Emecé Eds Bs. Aires, 1958, págs. 19.

75. Carnelutti, Ensayos, I, págs. 432.

76. El art. 804 alemán establece que por el embargo adquiere el acreedor un derecho de prenda sobre las cosas embargadas. Este derecho le confiere, frente a los demás acreedores, los mismos derechos que la prenda contractual.

**EVOLUCION DEL DERECHO EJECUTIVO**

## a. El derecho francés

Después de que las Repúblicas Italianas, ya quebrantadas por la caída de Constantinopla, acabadas de declinar rápidamente, y los Estados occidentales pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden, merced a los felices atrevimientos de sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento para encauzarle y protegerle por medio de sus leyes; así le atestiguan sus numerosas ordenanzas.

Tienen dos de ellas importancias tan trascendental en la historia del derecho mercantil, que bien merecen una mención especial. Estas son las dos célebres ordenanzas de Colbert, la primera de las cuales, que es de marzo de 1673, trata del comercio terrestre, y la segunda, de agosto de 1681, versa sobre el comercio marítimo, siendo una y otra verdaderos códigos de derecho mercantil, - que "aseguran a Francia, hay que decirlo con los señores Lyon-Caen y Renault, el honor de haber producido la primera edificación en esta rama del derecho"<sup>(1)</sup>. Ellas fueron las que prepararon con más de un siglo de anticipación al actual código de Francia, padre, a su vez, de todos los códigos modernos; en ellas se inspiraron principalmente los redactores del mismo, y muchas de sus disposiciones - pasaron a él íntegramente. No parece sino que Luis XIV; al emprender la construcción de esos monumentos legislativos, olvidó sus principios de riguroso absolutismo, ya que hizo precederla de una encuesta, por la que se oyeron y pasaron las opiniones de los más expertos comerciantes y marinos, de donde proviene sin duda el gran

mérito de dichas ordenanzas. La segunda, principalmente, que "es-  
sía contradicción, al decir de Valin, la más hermosa de todas las  
de Luis XIV", fue acogida con admiración en Francia y en toda Euro-  
pa; la mayor parte de sus disposiciones viven todavía o han pasado  
con ligeras modificaciones a las leyes posteriores de aquel pueblo,  
y hasta en las legislaciones de los demás países ejerce aún, más  
que la de 1673, una influencia considerable. (2)

Pero como la bondad de las leyes, cualquiera que sea -  
su mérito y la época en que se dicten, es una bondad puramente re-  
lativa; como el derecho es naturalmente progresiva, al igual de la  
civilización humana, las ordenanzas de Colbert, admirables para su  
tiempo, no pudieron satisfacer al cabo las aspiraciones y necesi-  
dades que Francia llegó a sentir en el último cuarto del siguiente  
siglo. Disposiciones caídas ya en desuso, vacíos que era fe-zoso  
llenar, cambios y modificaciones introducidas por numerosas orde-  
nanzas posteriores, todo ello determinó que se aspirara a una revi-  
sión general de las leyes mercantiles y que se nombrara, al fin, pa-  
ra que la preparara, una comisión en 1787. Pero los gravísimos a-  
contecimientos políticos que dos años después sobrevinieron, deja-  
ren en proyecto la obra de revisión, que sólo veinte años más tar-  
de pudo consumarse.

Ante la asamblea constituyente no llegó a presentarse  
proyecto alguno de código de comercio, por más que decretó su for-  
mación, así como la del código civil. Sin embargo, esa misma Asam-  
blea dictó una gran medida preparatoria, aboliendo de un golpe el  
deplorable régimen de las corporaciones, en que hasta allí vivie-

ron la industria y el comercio, y proclamando, como un derecho del hombre, la libertad de trabajo en todas sus manifestaciones lícitas

A virtud del decreto consular de 3 de abril de 1801, - quedó nombrada una comisión, compuesta de siete miembros, con el - encargo de redactar el proyecto del nuevo código. Resultado de - sus activas labores fue el proyecto que, en 4 de diciembre del mis- mo año, presentó al Gobierno el Ministro de Justicia Chaptal, jun- tamente con una exposición en que indicaba el espíritu general de - aquel trabajo. El Gobierno ordenó luego que se imprimiese y envia- se a los tribunales y consejos de comercio, invitándoles para que - presentaran sus observaciones dentro de un plazo de dos meses. Con- sultóse asimismo al tribunal de casación y a los de apelación se- bre la iniciativa del ministro, y la comisión de redacción confi- rió a tres de sus miembros el encargo de analizar las diversas ob- servaciones y de redactar el proyecto en el sentido de las que le- pareciesen más fundadas. Reformado así el proyecto, permaneció - sin discutirse en el Consejo de Estado, hasta que una crisis econó- mica, que estalló en 1806 y que determinó muchas quiebras escanda- losas, hizo que Napoleón, indignado, ordenara que se emprendiera - de nuevo el ya olvidado estudio. Tras las discusiones habidas del 4 de noviembre de 1806 al 24 de agosto de 1807 (cuatro fueron pre- sididas por el Emperador), el proyecto se transformó en ley, comen- zando a regir el 1.º de enero de 1808.

Pocas innovaciones introdujeron en él sus redactores, - Chaptal, al presentar el proyecto de la comisión, le caracterizaba con estas palabras: "En su conjunto la mayor parte de las disposi-



ciones que contiene, han sido tomadas del edicto de 1673, de la Ordenanza de 1681 y de diversos reglamentos posteriores; hasta se ha conservado la expresión literal de estas leyes, cuando se ha reconocido que no era vaga ni anticuada. En cuanto a las nuevas disposiciones, son el producto de la experiencia o la expresión de anhelos emitidos por las grandes plazas de comercio.

Sobre este código han pasado más de cien años, sin que su estructura fundamental haya cambiado, no obstante las distintas leyes que para modificar o completar algunas de sus partes, han venido dictándose hasta nuestros días. Puede, pues, tenerse como seguro, aun juzgando a priori, que la ciencia jurídico-mercantil, eminentemente progresista de suyo, ha dejado muy atrás la vieja legislación, cuyos moldes caducos ya no responden a las nuevas formas de la vida jurídica y económica de las sociedades contemporáneas. Tal juzgan los señores Lyon-Caen y Renault, respetables comentaristas de ese cuerpo legal: "Merced a los descubrimientos científicos -nos dicen-, a la facilidad y rapidez de comunicaciones, el comercio se ha transformado en este siglo más que durante los dos siglos precedentes; se ha desarrollado de una manera extraordinaria, así en el interior, como en el exterior; se ha conocido más cumplidamente el papel que al Gobierno corresponde en sus relaciones con los intereses privados; la ciencia económica ha establecido las leyes de los cambios. Los principios de esta misma ciencia desempeñan un papel mucho más importante en la legislación comercial, que en la legislación civil; la primera no reglamenta más que intereses, en tanto que la segunda toca con frecuencia cuestiones de un orden superior,

como la organización de la familia, en que las consideraciones económicas no podrían tener preponderancia. Bajo la influencia de estas causas no se ha tardado en reconocer que muchas disposiciones del código de 1807 no respondían ya a la realidad de los hechos comerciales, y una serie de leyes ha tenido por fin modificarlas e -- complementarlas. Como quiera que sea, estos cambios no han sido -- bastante numerosos, ni, a las veces, suficientemente importantes, y en muchas de sus partes el código francés, el más antiguo del mundo no está ya al nivel de las necesidades del comercio."<sup>(3)</sup>

Pero nada dicen los distinguidos escritores acerca de -- un cambio fundamental que el código de 1807, como hijo de la revolución, consumó en las leyes mercantiles no sólo de Francia, sino de todo el mundo, ya que sobre aquél se modelaron la inmensa mayoría -- de los códigos que hoy rigen en las naciones más cultas de la tierra.

En efecto, al revolución francesa apresura el término de una etapa evolutiva en la historia de la legislación mercantil. La anarquía que se apoderó de Europa en la Edad Media y, en especial, los frecuentes abusos de los señores feudales, inspiraron a los que en las ciudades vivían dedicados a un mismo oficio, la -- idea de asociarse para hacer posible su defensa. Así nacieron las corporaciones industriales: los comerciantes y, en general, los -- que ejercían la propia industria, se agruparon entre sí, y con la fuerza que les daba la unión y con la ayuda que les prestaba la -- realista, lograron arrancar al señor feudal, tras la lucha que -- tardó en comprometerse con el mismo, privilegio que aseguraban su

libertad e independencia. Las corporaciones entonces se consagraron de lleno a organizarse; redactaron sus propios estatutos; establecieron una jurisdicción interior que tuvo por objeto mantener el orden entre los asociados y resolver, por el ministerio de sus cónsules, cuantas controversias se suscitaban entre aquellos con motivo de la práctica de su oficio, y aún protegieron a sus miembros — contra exteriores desmanes y violencias. Al amparo benéfico de las corporaciones pudo desarrollarse el comercio, así como las demás industrias ya que el industrial y el comerciante encontraron en ellas una garantía para su libertad y una defensa para sus intereses.

Pero desgraciadamente, a partir del siglo XV, el régimen de las operaciones degeneró por completo, a grado tal que de tutelares de la libertad de trabajo que fueron hasta entonces, se convirtieron en opresoras de esa libertad misma. El más estrecho espíritu de exclusivismo e intolerancia llegó a dominar en ellas; sólo les agraviadas pedían ejercer el arte u oficio de la corporación y para pertenecer a ese número de privilegiados, más que el requisito de la aptitud, había que llenar una multitud de condiciones tan onerosas como complicadas.

Régimen tan opresivo no podía resistir al empuje de — las nuevas ideas tan vivamente agitadas en Europa en la segunda mitad del siglo XVIII, y que, inspiradas en las principales leyes de Economía Política que acababan de descubrirse, clamaron contra el sistema de reglamentos y en pro de la libertad de trabajo. La proclamación de ésta fue una de los actos de la Revolución, y el régimen de los gremios desapareció en definitiva.

Desde entonces la legislación comercial hubo de seguir nuevos derroteros, dejando de ser una legislación de clase, en la que el elemento personal le era todo, para convertirse en una legislación aplicable a todas las manifestaciones de la actividad comercial, derivadas o no de un comerciante. El derecho subjetivo se trocó en objetivo. Antes se legislaba para los gremios privilegiados de comerciantes, únicos que pedían ejecutar actos de comercio; hoy se legisla principalmente para reglamentar los actos que el legislador reputa mercantiles, aunque accidentalmente los realice — quien no ha hecho de ellos su ocupación habitual. Tal es, efectivamente, el carácter que ofrece hoy la mayor parte de las legislaciones modernas<sup>(4)</sup>.

En Francia misma, donde el influjo de las ideas proclamadas por la revolución, se abandonó, como se ha dicho, el antiguo sistema subjetivo con la promulgación del código de 1808, hay autores que están por la reversión a aquel sistema. Thaller es uno de ellos, pues al estudiar la cuestión de si los actos de comercio — enumerados por el código francés obedecen a una idea general que a todos ellos presida, afirma que la obra del legislador adolece en este punto de graves imperfecciones, y estima que debiera adoptarse el sistema alemán, "desembarazándole de elementos accesorios — que no hacen más que oscurecerle. Pero el primer progreso que habría que realizar, sería el de renunciar al pensamiento de un derecho mercantil que abarcara los actos aislados de comercio; preciso sería restringir resueltamente este derecho a la profesión"<sup>(5)</sup>.

Debe marcar que el hecho de que el código de Francia,

siguiéndole en eso casi todas las demás, consagró, el primero, como materia propia y esencial contenido suyo, la regulación de actos mercantiles objetivos, cuyo carácter les viene de ellos mismos, -- sin que nada influya, para determinarlo, la calidad personal de -- sus autores.

Señalar la historia de la legislación mercantil de este pueblo hasta llegar a la aparición de su código vigente, se debe al hecho de haber sido la cuna de la codificación en esta materia y de haber dado la pauta que siguieron después casi todas las legislaciones del mundo.

#### b. El derecho español

Importantes ordenanzas expidieron los consulados de comercio<sup>(6)</sup> a principios de la edad moderna. El de Burgos, antigua institución que se remonta hasta el siglo XV, decretó las ordenanzas de ese nombre, confirmadas por don Carlos y doña Juana en 18 de septiembre de 1538. Entre otras materias de derecho mercantil, así terrestre como marítimo que Alvarez del Manzano califica de interesantísimas, tratan extensamente dichas ordenanzas de los seguros y averías.

Vienen luego las formadas por el Consulado de Sevilla -- establecida en 1539, y las cuales aprobó Carlos I en 1554. Como más interesantes y completas, figuran entre ellas las relativas al seguro.

Pero las que descuellan sobre todas por su mayor importancia son las Ordenanzas de la Universidad y Casa de Contratación

de Bilbao. Distínguendose tres etapas en la evolución de tales ordenanzas, asienta Alvarez del Manzano; la primitiva, la antigua y la nueva: Las ordenanzas primitivas fueron redactadas en 1459 — por el fiel de los mercaderes, con intervención y consentimiento — del corregidor. Las antiguas, firmadas ya por el consulado (jurisdicción obtenida por los bilbaínos en 1511), fueron confirmadas — por Felipe II en 15 de diciembre de 1560 y adicionadas a fines del siglo XVII. Las nuevas, firmadas por una junta nombrada por el — prior y cónsules y revisadas por una comisión que se designó al — efecto, recibieron la confirmación de Felipe V en 2 de diciembre — de 1737<sup>o</sup>.

Dividiendose estas ordenanzas en 29 capítulos. Además de las disposiciones relativas a la jurisdicción del consulado, al régimen interior de la corporación y a la policía del puerto y de las naves, las ordenanzas de Bilbao regulan todas las instituciones del comercio en general, del terrestre y del marítimo, llenando cuantos vacíos se notaban en materia de letras de cambio, comisión, sociedades, contabilidad y quiebras, y pudiendo considerarse las leyes que se refieren a los libros que han de tener los mercados y las formalidades con que los deben llevar, y las que hacen relación a las compañías de comercio, sus clases y circunstancias con que deben celebrarse, como las primeras de su índole en el derecho comercial de España. El plan seguido en la compilación, si en nuestros días no podría calificarse de rigurosamente científico, respondía entonces al estado de la ciencia jurídico-mercantil, — siendo tanto más disculpables sus defectos, cuanto que, redactada—

la obra por comerciantes y para comerciantes, al carácter casuístico de las reglas tenía que subordinarse el inexorable rigor de los principios. Completas, pues, en el fondo y aceptadas en la forma las Ordenanzas de Bilbao, nada hay que racionalmente se oponga a considerarlas como un verdadero código; y si se atiende además a la sabiduría de sus leyes, se comprenderá que desde su publicación, como dice Pardessus, hayan obtenido "una especie de prioridad y casi de universalidad", como que, aunque dictadas para la Villa de Bilbao, la jurisprudencia las hizo generales en España; traspasaron sus fronteras, se observaron en nuestras colonias de América y en las repúblicas hispanoamericanas más tarde, y son en la actualidad la base de algunas legislaciones mercantiles y hasta derecho vigente, según se verá en el estudio de la edad contemporánea" (7).

Aunque las Ordenanzas de Bilbao constituyan sin duda un verdadero código, como afirma Alvarez del Manzano, y obtuvieron esa especie de prioridad y de universalidad de que habla Pardessus, su carácter local impide que esa colección pueda llamarse propiamente un código español de comercio, el que no apareció sino hasta el año de 1829.

Y, en efecto, las Cortes de Cádiz, en 1810, acordaron nombrar una comisión que redactara el proyecto del código porque había de gobernarse España, ya que no bastaba aquella legislación heterogénea, deficiente y confusa, integrada por el Consulado del Mar, las Ordenanzas de Bilbao y las disposiciones esparcidas en la Novísima Recopilación, para satisfacer las necesidades del comercio a principios del siglo XIX. Lo que no hizo aquella comisión,-

ni otra que se nombró después, hizo el plausible empeño de don - Pedro Sáinz de Andino, quien en 29 de diciembre de 1827 expuso al - Rey la necesidad de que se procediera a la codificación, ofreciéndole elaborar él mismo el proyecto relativo. Nombróse, pues, una comisión, sin perjuicio de aceptar la oferta de Sáinz de Andino, y al cabo de dieciséis meses una y otra presentaron su proyecto a la consideración de Fernando VII, quien desechó el de la comisión y - aceptó la de Sáinz de Andino, sancionándolo y promulgándolo por - real cédula de 30 de mayo de 1829.

Su autor se inspiró en el código francés y en las antiguas compilaciones españolas, y de su obra ha dicho la grave autoridad de Pardessus que "es mucho más perfecta que todas las publicadas hasta entonces".

Así y todo, no dejan de observarse defectos en la obra de Sáinz de Andino, escribe Alvarez del Manzano. Hay un exceso de preceptos de carácter procesal y falta de criterio científico al - determinar la naturaleza de muchas instituciones. Algunas materias de gran importancia quedaron fuera de la previsión de ese código, - abundan las faltas de plan, y contiene disposiciones oscuras y contradictorias.

Muy poco después de su promulgación, ya se pensaba en su reforma. La primera comisión que se nombró al efecto, lo fue - por real cédula del 13 de junio de 1834; sucesivamente se designaron otras varias sin resultado alguno, hasta que una sexta elevó - al Ministerio de Fomento su proyecto en 6 de febrero de 1875. Como la comisión general de codificación no pudo ocuparse en revi



sarlo, todavía hubo de nombrarse una especial que, "después de cir-  
representaciones de todas las clases mercantiles, y de tener en --  
cuenta informes de Audiencias, Universidades, Colegios de Abogados,  
Juntas provinciales de Agricultura, Círculos y Academias comercia-  
les, etc., dio por terminados sus trabajos, elevando al Gobierno -  
el proyecto definitivo". Tras haberse discutido en el Congreso, -  
fue sancionado y promulgado el 22 de agosto de 1885, comenzando a  
regir el 1.º de enero del siguiente año.

Era natural que el código de 1885 presentase algunas -  
ventajas sobre el que le precedió. La principal de ellas, la úni-  
ca quizás, consiste en haber reglamentado algunas instituciones --  
en que éste no se ocupara, ora por descuido de su autor, otra por-  
que esas instituciones eran todavía desconocidas cuando la promul-  
gación del mismo ordenamiento. Sin embargo, a juicio de no pocos-  
mercantilistas españoles, a las excelencias del código de 85 supe-  
ran sus defectos. Estriban éstos principalmente, al decir de Bau-  
te, "en el apocamiento del legislador", que le ha impedido sancio-  
nar con valor y franqueza las derivaciones lógicas de sus mismos -  
principios. El Gobierno, comprendiendo estas deficiencias, acordó  
ya una nueva reforma y en ella se ocupa desde hace tiempo la comi-  
sión gene-al de codificación.

Entre todos los pueblos de Europa y América que, esti-  
mulados por el ejemplo que les dio Francia, codificaron su dere-  
cho mercantil durante el último siglo, dos son los que merecen ci-  
tarse en primer término, por la mayor cima de perfección a que lle-  
garon en su tarea codificadora, y esos pueblos son: Alemania e Ita-

lia. En otros (Inglaterra, Estados Unidos y Suiza) ese derecho no vive con vida autónoma, sino confundido con el derecho común y formando con él un solo todo.

### c. El derecho alemán

Contra la corriente general que han seguido desde los comienzos del pasado siglo las legislaciones de los pueblos más civilizados, despojando a los actos de comercio de su antiguo carácter subjetivo, Alemania, pueblo avanzadísimo en todas las manifestaciones de su vida científica, ha vuelto al sistema de la subjetividad del derecho mercantil, reformando su legislación en ese sentido. Tal aparece en su actual código de comercio, puesto en vigor al comenzar el presente siglo. "Dicho código —dice Paul Carpentier, traductor y anotador del mismo—, se ha propuesto, mucho más — que el que le precedió, crear una legislación especial para uso — del comercio, por más que tales o cuales artículos se apliquen, como era inevitable, a personas que no ejercen esa industria. Puede afirmarse, sin embargo, que, en principio, dicho código se ha hecho para reglamentar las profesiones mercantiles, mucho más que — los actos de comercio".(8) "La culta Alemania —escribe el profesor Bolaffio— completando su propia unidad política con la unificación de todo su derecho privado, dióse un nuevo código de comercio, el cual se propuso, fundamentalmente, substituir el sistema — objetivo, que prevalecía en el código derogado con el sistema subjetivo, por el que la legislación mercantil no regula ya el acto de comercio, sino la profesión del comerciante, puesto que son actos—

del comerciante, pertinentes al ejercicio de la actividad mercantil<sup>(9)</sup>. "El derecho comercial es, en principio, un derecho propio de los comerciantes", dice el profesor alemán Cosack, comentando de el código de su patria. Y como observación complementaria agrega: "En el antiguo código de comercio el número de las materias mercantiles para las que no se necesitaba que alguna de las partes fuera comerciante, era mucho mayor que en el nuevo. Así, por ejemplo, según aquél, toda compra encaminada a una enajenación ulterior con ánimo de lucro, era un acto principal de comercio, aun cuando ni el vendedor ni el comprador fuesen comerciantes".<sup>(10)</sup>

Las conferencias celebradas en Leipzig en 1847 por representantes de los gobiernos de los Estados de la Confederación Alemana, y a que invitó el rey de Prusia con el propósito de unificar las leyes sobre cambio, dieron el resultado apetecido, pues allí se discutió y aprobó el proyecto que, aceptado luego como ley especial en cada Estado, constituyó la "Ordenanza general sobre el cambio". Acordada también en esas conferencias la idea de formar un sólo código general de comercio, resolvió la Dieta germánica, en 18 de diciembre de 1856, que la comisión nombrada al efecto se reuniera en Nuremberg el 15 de enero del siguiente año. Iniciaron allí las conferencias, que, trasladadas después a Hamburgo, dieron cima a su proyecto en mayo de 1861, habiéndose aceptado por los distintos Estados de la Confederación, juntamente con algunas modificaciones introducidas en la Ordenanza General sobre el cambio, las cuales recibieron el nombre de Novelas de Nuremberg. Constituida más tarde la Confederación de la Alemania del Norte y ade-

tada la Constitución de 1867, las referidas leyes fueron declaradas federales y proclamadas después como leyes del imperio, a virtud de la Constitución de 16 de abril de 1871.

Aunque el código alemán de 1861, según decir de respetables autores, no responde en algunas partes a ese criterio científico que tan general suele ser en los pensadores de Alemania, y aunque dejó sin reglamentar materias tan importantes, como la de quiebras<sup>(11)</sup> y seguros, "representa, con todo, lo mismo que la ley cambiaría, por razón de los principios que las informan, un progreso tan grande, con respecto a los códigos vigentes entonces, que la ciencia y la legislación mercantil dieron un avance extraordinario con la publicación de ambas, hasta el punto de que todas las reformas que las naciones han introducido en sus códigos de comercio en estos últimos tiempos, se han inspirado en estas leyes alemanas"<sup>(12)</sup>.

El pensamiento de elaborar un código civil, que no existía en Alemania, hizo concebir la necesidad de revisar el de comercio, para ponerlo en armonía con el primero. Discutido, pues, en el Reichstag en 1897, promulgóse el nuevo código el 10 de mayo del mismo año, siendo obligatorio, lo mismo que el civil, desde el 1.º de enero de 1900.

No es superior este código al que le había precedido. Sin contener ya, como éste, una teoría general de las obligaciones que lógicamente pasó a formar parte del nuevo código civil; sin haberse incorporado las muchas leyes especiales, que separadas continuaron (ley general sobre el cambio, sobre sociedades cooperati-

vas, sobre seguros, etc.), y con haber vuelto, como código de comerciantes, a la concepción corporativa medieval, ha perdido, dice — Vivante, la autonomía, la riqueza, la perfección del antiguo, para convertirse en una ley de segundo orden<sup>(13)</sup>.

#### d. El derecho italiano

Por lo que a Italia respecta, hay que considerar la historia de su evolución jurídica contemporánea dividida en dos distintos periodos: el anterior y el posterior al gran hecho de su unidad política, proclamada por el Congreso de Turín en 1861.

Se inició el primero con la introducción del Código — francés, cuya vigencia se extendió por casi toda la península, a — par de las conquistas napoleónicas. Hubo, pues, de romperse esa — unidad legislativa a la caída del conquistador; sin embargo, la influencia del código francés siguió pre-va-le-ci-en-do, en mayor medida, — en los que después promulgaron los diversos Estados italianes, de — tal suerte, dice el señor Benito, que si no disfrutó Italia, en es- — te primer periodo, de una verdadera unidad legislativa, sí existió — en ella una gran uniformidad.

La unidad italiana trajo naturalmente consigo la unidad de legislación. Autorizado el Gobierno por ley de 2 de abril de — 1865 para publicar como código general el código sardo, o Albertino que promulgó Carlos Alberto el 30 de diciembre de 1842, quedó éste — aprobado, con algunas modificaciones, por ley de 25 de junio de — 1865, comenzando a regir el 1.º de enero del siguiente año. Pero — la insuficiencia de ese código provocó muy luego su reforma. Insti- — tuida una comisión por decreto de 9 de septiembre de 1869, se consi-

gró, en 162 sesiones y durante tres años, a discutir el proyecto - que, publicado como preliminar en 1872, se remitió para su estudio a las Cámaras de Comercio, a las cortes de casación y de apelación, a los más célebres jurisconsultos, a los colegios de abogados y a las Facultades de derecho. En vista de las observaciones recogidas, una nueva comisión nombrada en 1876 y 1877 propuso el proyecto definitivo, que poco después el ministro Mancini presentaba a las Cámaras con el informe correspondiente. Aprobado por éstas con ligeras modificaciones, fue promulgado como ley del reino el 2 de abril de 1882. Nombrose todavía en esta misma fecha una tercera comisión para que propusiera las modificaciones que requería el nuevo texto, a fin de armonizar ciertos preceptos suyos entre sí y con los de los otros códigos; y tras esas numerosas emiendas y correcciones, publicóse al fin el código hoy vigente, por real decreto de 31 de octubre de 1882, para empezar a regir el 1.º de enero del siguiente año.

Elaborado con presencia de las leyes francesas, belgas, inglesas y alemanas; habiendo tomado de las últimas principios -- excelentes en materia cambiaria, habiendo tratado con mayor extensión las más interesantes materias, en que los otros se ocupan, y muchas otras desconocidas para éstos, ese código es notablemente superior al de 1865.

#### e. El derecho anglosajón

En Inglaterra (y lo mismo cabe decir de Estados Unidos, sus antiguas colonias) el derecho comercial, como ya lo mencione, forma parte del derecho común, constituido por la costumbre y per-

las leyes. "En la actualidad, escribe Smith, las costumbres se han incorporado en el derecho común y obligan a todos los ciudadanos, sean o no comerciantes". Existen, a la verdad, leyes especiales, y de gran importancia algunas, que regulan exclusivamente materias mercantiles; pero sin tener en cuenta la profesión, puesto que allí, a diferencia de lo que sucede entre nosotros, conforme a la racción XXI del artículo 75 de nuestro código, el acto se rige por la ley propia del mismo, emane o no de un comerciante. "El derecho inglés, afirma Vivante, no conoce teorías generales propias de las obligaciones mercantiles, las cuales se rigen por las del derecho común. Por eso sucede que los autores, o bien hablan de los contratos comerciales (letras de cambio, seguros, etc.) al mismo tiempo que de los contratos de la vida civil, después de haber expuesto las reglas que atañen a la forma, substancia, efectos, interpretaciones de todas las obligaciones, como Stephen y sus continuadores; o bien, si se ocupan en los contratos especiales del comercio omiten toda exposición de reglas generales, como Smith y los que le siguen<sup>(14)</sup>.

## f. El derecho suizo

Suiza, al codificar su derecho privado, fundió en una sola la materia comercial y la civil, produciendo su célebre Código Federal de las obligaciones. Antes de él, cada cantón tenía sus leyes especiales, en virtud de su autonomía legislativa; y para remediar los graves inconvenientes que por fuerza habían de producir la diversidad de tantas legislaciones en un país de tan reducido territorio, encomendóse al profesor de la Universidad de Ber-

na, Muzinger, por iniciativa del ministro de Justicia del Gobierno Federal, la redacción de un código mercantil para toda la Confederación. Revisado dicho proyecto por una comisión especial, y publicado en 1864, dejólo en tal estado el pensamiento que se concibió por entonces de reformar la Constitución en sentido unitario. Cuatro años después, se acordó en la conferencia de Berna solicitar del gobierno de la federación la expedición de una ley general sobre las obligaciones y de otras sobre quiebras y persecuciones por deudas. La redacción de la primera encomendóse a Muzinger, y la de la segunda a Heusler, profesor de la Universidad de Basilea, labor que vino a favorecer la nueva Constitución de 1874, cuyo artículo 64 declara que "la facultad de legislar sobre la capacidad civil, sobre todas las materias, de derecho que se refieren al comercio y a las transacciones mobiliarias (derecho de las obligaciones, incluso el comercial y el de cambio), sobre propiedad literaria y artística, sobre persecución por deudas y sobre quiebra, será de la competencia de la federación".

El proyecto del profesor Muzinger fue sin dificultad elevado a la categoría de ley con el título de Código Federal de las obligaciones, una vez que se revisó e imprimió en 1877, que se presentó a las Cámaras en 1879 y que se adoptó por ellas en 1881, habiéndose promulgado por ley de 14 de junio del mismo año, para empezar a ser obligatoria desde el 1.º de enero de 1883. En cuanto al proyecto del profesor Heusler, no logró adquirir carácter legal sino hasta el 11 de abril de 1889, habiendo comenzado su vigencia el 1.º de enero de 1892.



Publicado 31 años después el código civil, cuyo proyecto se encomendara al eminente profesor Eugenio Huber, se hizo necesario someter a una revisión el Código Federal de las obligaciones, a fin de ponerlo en armonía con el ordenamiento mencionado. Discutido y votado por las Cámaras, se convirtió en ley con el nombre de Código de las obligaciones, que empezó a regir el 1.º de enero de 1912. A pesar de haber conservado sus especial enumeración, dicho código constituye el libro V del código civil, al que sirve de complemento, quedando así totalmente realizada la unidad de legislación del derecho privado en la Confederación Helvética.

1. Afirma, sin embargo, el señor Benito que Dinamarca y Noruega efectúan la particularidad de tener ya en el siglo XVI codificado su derecho marítimo, que promulgó Federico II en 1561. "Por la generalidad de sus disposiciones, añade, por los trabajos preparatorios que practicaron al efecto y por la solemnidad de su publicación, puede asegurarse que no es una compilación, sino un código". Siendo así, a Francia le correspondería únicamente el honor de haber sido la primera nación codificadora del derecho mercantil terrestre.
2. Conviene recordar que si Francia se adelantó a los demás Estados en la codificación del derecho comercial, no fue la primera en el conocimiento y formación del derecho mismo. Ya hemos visto que la primacía, en este respecto, le corresponde a Italia sobre las demás naciones.
3. *Traité de Droit Commercial*, t. lo, n. 43.
4. *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 5a ed., n. 60. Es de aclarar que el actual sistema es mixto, objetivo y subjetivo a la vez, si bien predominando el carácter objetivo.
5. *Op. cit.*, n. 14.
6. Rembrandt es así los tribunales especiales de comercio, que se componían de un prior y dos cónsules.
7. *Op. cit.*, t. I, Introd., p. LXVII.
8. *Código de Comercio del imperio alemán*, p. 155.
9. *Il cod. di comm.*, t. I, part. la, n. 1.
10. *Traité de Droit Commercial*, t. lo. p. 38, trad. de León Mis.
11. Omisión inevitable por la falta de una organización judicial uniforme en los Estados de la Confederación. Hasta que dicha uniformidad se consiguió, pudo promulgarse el código sobre quiebras, que comenzó a regir el 1.º de octubre de 1879.
12. Benito, *Ensayo*, n. 144.
13. *Op. cit.*, t. lo, p. 47.
14. *Op. cit.*, t. lo. p. 13, nota 12.

**EL DERECHO EJECUTIVO EN MEXICO**

## El Derecho Ejecutivo en México.

En su acepción económica, consiste en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro. La conveniente división del trabajo impone la necesidad de que esa acción mediadora sea realizada por personas especializadas.

Desde el punto de vista económico, es comerciante la persona que profesionalmente practica aquella actividad de interposición, de mediación, entre productores y consumidores.

El derecho mercantil nace precisamente para regular los actos y relaciones de los comerciantes.

En su origen el derecho mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio y mediante ésta se explica y determina el concepto de aquél. El derecho mercantil es entonces el derecho del comercio.

Es imposible definir al derecho mercantil por medio de la simple referencia al concepto económico de comercio. El campo de aplicación de las normas mercantiles, la materia mercantil, se ha ampliado más allá de los límites de esta noción.

Gran parte de los negocios y actos regulados en la actualidad por el derecho positivo mercantil no tiene relación con aquel concepto económico de comercio. Son mercantiles simplemente porque la ley los califica como tales, independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico.

Es preciso abandonar el concepto económico del comer-

cio, porque sobre él no puede basarse una determinación exacta del actual contenido del derecho mercantil. Escribe Garrigues<sup>(1)</sup> que el comercio es el punto de partida histórico del derecho mercantil. Originariamente este derecho es un derecho para el comercio o, lo que es lo mismo, para los comerciantes en el ejercicio de su profesión. Pero a lo largo de la historia muchas instituciones jurídicas nacidas en el seno del comercio y para el comercio han enriquecido el campo de la contratación general y en él se aplican los preceptos de las leyes mercantiles que regulan esas instituciones, las cuales, por consiguiente, han dejado de ser peculiares y exclusivas del comercio en sentido económico. Por eso no todo el derecho mercantil es derecho para el comercio, ya que hay sectores enteros del derecho mercantil que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación.

El ámbito actual del derecho mercantil es mucho más amplio del que puede desprenderse de la terminología usada, y no abarca solamente las relaciones que pertenecen al comercio en su sentido económico. La denominación de nuestra materia derecho mercantil, derecho comercial es un significado convencional, que encuentra su razón de ser en la tradición y el reconocimiento de la ley<sup>(2)</sup>.

En forma general puede afirmarse que nuestro Código de Comercio delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como actos de comercio. La mercantilidad de una relación o acto encuentra su fundamento en una noción objetiva: el acto de comercio. El derecho mercantil no es ya, como lo fue en su origen, un derecho de los comerciantes y para los comerciantes en el ejercicio de su profesión. El derecho mercantil mexicano vigente es un de-

recho de los actos de comercio, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.

Además de regular los actos de comercio, el Código de Comercio contiene numerosas normas sobre el comerciante y la actividad que éste desarrolla en el ejercicio de su actividad.

La existencia en nuestro sistema jurídico de dos regulaciones, una civil y otra mercantil, o de comercio, hace inexcusable el estudio, aunque en forma somera, de las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil.

Dentro del derecho privado, el derecho mercantil es, frente al civil, un derecho especial, ya que el conjunto de las relaciones privadas del hombre rige singularmente aquellas que constituyen la materia mercantil.

Esto es, el derecho mercantil -derecho especial-, constituye un sistema de normas que se contraponen al derecho civil -derecho general o común-. El derecho civil regula las relaciones jurídicas privadas en general, mientras que el derecho mercantil reglamenta una categoría particular de relaciones, personas y cosas: aquellas a las que la ley otorga la calidad de mercantiles.

La separación entre derecho mercantil y derecho civil tiene una justificación de carácter histórico. Se originó por la insuficiencia e inadaptabilidad del segundo para regular las relaciones nacidas del tráfico comercial. La mayor flexibilidad exigida por la rapidez propia de las relaciones mercantiles, una protección más enérgica de la buena fe en la circulación de los derechos, y la creación de

nuevas instituciones, entre otras causas, el nacimiento de nuevas normas jurídicas, de un derecho mercantil como un derecho especial frente al civil.

Actualmente se dice desaparecido las circunstancias que hicieron necesario el nacimiento de un derecho especial, y se propone, por tanto, la unificación legislativa de los ordenamientos mercantil y civil.

La controversia sobre la fusión de las legislaciones civil y mercantil ha dado lugar a brillantes polémicas doctrinales.

El tema de la justificación de la separación legislativa de las dos ramas del derecho privado debe de tenerse ante una razón de orden constitucional. Mientras que la facultad para legislar en materia de comercio es propia del Congreso de la Unión, tiene carácter federal para legislar en materia civil corresponde a las legislaturas de los distintos Estados de la Federación. Es imposible, — constitucionalmente, la unificación de los ordenamientos civiles y del mercantil.

La codificación parte con el consulado de la ciudad de México (1592) que tuvo una gran importancia en la formación del derecho mercantil en esta etapa. Al principio fue regido por las ordenanzas de Burgos y de Sevilla, pero en 1604 fueron aprobadas por Felipe III las ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España. En la práctica, las ordenanzas de Bilbao tuvieron aplicación constante.

En 1795, se crearon los consulados de Veracruz y de Guadalajara.

Una vez consumada la Independencia continuaron aplicándose, sin embargo, las ordenanzas de Bilbao, aunque ya en 1824 fueron suprimidos los consulados.

Por ley de 15 de noviembre de 1841 se crearon los tribunales mercantiles, determinándose en cierta forma los negocios mercantiles sometidos a su jurisdicción.

En 1854 se promulgó el primer Código de Comercio mexicano, conocido con el nombre de Código Lares. Este código dejó de aplicarse en 1855, aunque posteriormente en tiempos del imperio (1863) fue restaurada su vigencia. En esos intervalos continuaron aplicándose las viejas ordenanzas de Bilbao.

En 1883 el derecho mercantil adquirió en México carácter federal, al ser reformada la fracción X del artículo 72 de la Constitución Política de 1857, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia comercial. Con base en esta reforma constitucional se promulgó el Código de Comercio de 1884, aplicable en toda la República.

Debe citarse también la Ley de Sociedades Anónimas de 1888.

El 1.º de enero de 1890 entró en vigor el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889.

Las fuentes del derecho mercantil -ha dicho Garigüés<sup>(2)</sup> contiene una expresión equívoca, impuesta por la doctrina tradicional. Deben considerarse como fuentes indiscutibles del derecho mercantil - la ley y los usos o costumbres mercantiles. También puede hablarse en cierta forma de la jurisprudencia como fuente del derecho mercan-



til.

Por ley mercantil debe entenderse como la norma emanada de los órganos del Estado, destinada a regular la materia mercantil<sup>(4)</sup>.

Pero al hablar de ley mercantil quiero referirme solamente a la norma jurídica emanada del Poder Legislativo -en uso de la facultad que le es propia-, sino a todas las establecidas por el Estado, entre las que se incluyen también las dictadas por el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su facultad reglamentaria.

Al afirmar que la ley es fuente del derecho mercantil, no me refiero solamente a nuestro Código de Comercio vigente, sino también a todas las demás leyes mercantiles especiales que le complementan, y que regulan la materia mercantil en su conjunto.

Así, pues, es fuente del derecho mercantil mexicano el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, en vigor desde el día 1.º de enero de 1890. De él se ha dicho que es un código muerto,<sup>(5)</sup> "convertido en algo así como un esqueleto del que penden sólo unas jirónes, pues le han arrancado las materias más importantes"<sup>(6)</sup>. Y así es, en efecto. Las materias relativas a sociedades mercantiles, títulos y operaciones de crédito y bancarias, seguro, comercio marítimo, quiebras y suspensión de pagos, se encuentran reguladas actualmente por diversas leyes especiales, que han derogado en lo conducente las disposiciones del Código de Comercio, y que constituyen también fuentes del derecho mercantil mexicano.

Las normas mercantiles principales, además de las contenidas en el Código de Comercio, son:

A. Reglamento del Registro Público de Comercio, de 14 de enero de --- 1979; Reglamento de corredores para la plaza de México, de 10. de noviembre del 1891.

B. Ley General de Sociedades Mercantiles, de 28 de julio de 1934; Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público, de 28 de agosto de 1934; Ley General de Sociedades Cooperativas, de 11 de enero de 1938, y su reglamento, de 16 de julio de 1938; Reglamento del Registro Cooperativo Nacional, de 2 de agosto de 1938; Ley de Sociedades de Solidaridad Social, de 26 de mayo de 1976.

C. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 26 de agosto --- de 1932; Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de julio de 1931; Ley General de Crédito Rural, de 27 de diciembre de 1975; Ley de Fomento Agropecuario, de 27 de diciembre de 1980; Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de 28 de diciembre de 1984; - Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de 21 de diciembre de 1984; Reglamento del Servicio de Compensación por - Zona y Nacional del Banco de México, de 11 de diciembre de 1958; Ins--- tructivo a las Instituciones de Crédito para Hacer Uso del Servicio de Compensación Local del Banco de México, de 4 de abril de 1962; Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 29 de diciembre de 1983; Reglamento de Inspección, Vigilancia y Contabilidad - de las Instituciones de Crédito, de 23 de junio de 1959; Reglamento pa - ra el Funcionamiento y Operación de las Tarjetas de Crédito Bancarias, de 19 de agosto de 1981; Reglas para el Establecimiento y Operación de

las Sucursales de Bancos Exteriores, de 6 de noviembre de 1981; Ley — Orgánica del Banco de México, de 21 de diciembre de 1984; Reglamento Interior del Banco de México, de 4 de agosto de 1983; Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.A., de 30 de diciembre de 1974; Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., de 27 de diciembre de 1980; Ley Orgánica del Banco Pasajero y Portuario, S. A., — de 30 de diciembre de 1979, Ley del Banco del Pequeño Comercio del Distrito Federal, S.A., de 29 de diciembre de 1948; Ley del Ahorro Nacional, de 29 de diciembre de 1950; Ley de Sociedades de Inversión, de 21 de diciembre de 1984; Ley del Mercado de Valores, de 30 de diciembre — de 1974.

D. Ley Sobre el Contrato de Seguro, de 26 de agosto de 1935; Ley General de Instituciones de Seguros, de 26 de agosto de 1935; Reglamento — del Seguro de Grupo, de 4 de julio de 1962; Ley del Seguro Agropecuario y de Vida Campesino de 11 de diciembre de 1980, y su reglamento, — de 23 de agosto de 1963; Reglamento de Agentes de Seguros, de 8 de septiembre de 1981.

E. Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de 26 de diciembre de 1950.

F. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, de 31 de diciembre de 1942.

G. Ley de Navegación y Comercio Marítimos, de 10 de enero de 1963; Ley para el Desarrollo de la Marina Mercante Mexicana, de 22 de diciembre — de 1980; Reglamento de los Capítulos Tercero, Cuarto y Quinto de la — Ley para el Desarrollo de la Marina Mercante Mexicana, de 15 de septiembre de 1981.

H. Ley de Invenciones y Marcas, de 30 de diciembre de 1975; Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas, de 4 de febrero de 1981; Reglamento

de la Ley de Invenciones y Marcas en Materia de Transferencia de Tecnología y Vinculación de Marcas, de 8 de octubre de 1976; Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, de 5 de enero de 1982.

I. Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de 26 de febrero de 1973; Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, de 11 de diciembre de 1973.

J. Ley Federal de Protección al Consumidor, de 19 de diciembre de 1975.

La costumbre es el modo originario de manifestación de la voluntad social.

Por lo que se refiere al derecho mercantil, cabe decir que es un derecho de formación eminentemente consuetudinaria, ya que gran parte de sus normas encuentran su origen en los usos comerciales.

Hasta la época de las grandes codificaciones, la costumbre tuvo un papel preponderante en la reglamentación de las relaciones humanas, y esto es especialmente cierto por cuanto se refiere al comercio, preponderancia perdida posteriormente por la supremacía de la ley escrita establecida por el Estado.

La costumbre es la norma creada e impuesta, por el uso social. En cuanto fuente del derecho comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por los jueces de formación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo uso.<sup>(7)</sup> Con relación al derecho mercantil se ha dicho que la costumbre es un producto espontáneo de -

las necesidades del comercio<sup>(8)</sup>.

Las normas consuetudinarias se manifiestan por la repetición constante de ciertos actos, acompañada de un sentido de obligatoriedad (convicción jurídica). La repetición constante y suficiente de un determinado proceder es el elemento objetivo de la costumbre. Pero la sola existencia de este elemento no basta. En efecto, hay actos que se repiten continua, regularmente, sin constituir, por eso solo, una costumbre jurídica, una norma consuetudinaria. Para que ésta nazca se requiere la existencia del elemento subjetivo (psicológico), consistente en la convicción jurídica. Es decir, requiérese que la repetición se efectúe con el convencimiento de que tal conducta es obligatoria, de tal modo que otro sujeto pueda exigiría, y no depende, por tanto del mero arbitrio subjetivo.

La costumbre es fuente del derecho mercantil mexicano, nuestra legislación mercantil hace referencia frecuente a la aplicación de normas consuetudinarias. Así, el Código de Comercio vigente establece esa aplicación en sus artículos 280 y 1132, fracción IV, que se refiere a la costumbre, y 304 y 33, que se refiere a los usos.

Por su parte, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en su artículo 60. establece la aplicación de los usos marítimos internacionales. Además, en sus artículos 77, 85, 162, 163 y 210 se refiere a los usos y costumbres.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que los actos y operaciones que regula se rigen, a falta de disposición expresa de ley especial o general mercantil, por los usos ban

carlos y mercantiles (art. 2o, fracc. III). También se refiere a los usos en sus artículos 1 y 308.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (art. 5o.) establece que a falta de disposición de la legislación mercantil, las operaciones y servicios bancarios se regirán por los usos y prácticas bancarios y mercantiles.

La Ley del Mercado de Valores (art. 7o.) dispone que serán supletorias de las disposiciones de la misma los usos bursátiles y mercantiles.

Por último, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en sus artículos 147 y 196, habla de usos de comercio y de usos mercantiles.

Nuestra legislación, como vemos, emplea indistintamente los términos costumbre y usos mercantiles. Conviene, pues, determinar si esas expresiones significan lo mismo. La doctrina distingue entre usos normativos y usos contractuales o interpretativos. Los primeros tienen una validez general, independiente de la voluntad de las partes contratantes. Los usos contractuales o interpretativos, simplemente concretan o aclaran una declaración de voluntad determinada.<sup>(9)</sup> Así, pues, el término "costumbre" tiene el mismo significado que la expresión "usos normativos". En general, puede decirse que nuestra legislación mercantil, al referirse indistintamente a usos y costumbres, considera a estos términos como equivalentes.

En general, debe considerarse a la costumbre como --

fuerza del derecho mercantil en México, cuando alguna norma legal establezca expresamente su aplicación a determinada materia o cuando se refiera a alguna materia no regulada por la ley mercantil.

En los demás casos en que la ley mercantil no establezca expresamente la aplicación de la costumbre, y a falta de disposición expresa será aplicable el derecho común, tal como lo previene con toda claridad el artículo 2o. del Código de Comercio.

Constituye excepción a ese sistema general de muestra la legislación mercantil en materia de aplicación de los usos comerciales, la regla contenida en el artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En efecto, el artículo 2o. de la LTOC, dispone que los actos y operaciones que regula se rigen, a falta de disposición expresa de la legislación mercantil, por los usos bancarios y mercantiles, antes que por el derecho común, que sólo será aplicable cuando no existan precepto legal mercantil o usos. Igual sistema previene la Ley del Mercado de Valores (art. 7o.).

En todo caso, no debe admitirse la aplicación de costumbres contrarias a disposiciones expresas de la ley, ni las que se funden en actos ilícitos o contrarias a los principios de orden público.

Desde el punto de vista de su ámbito espacial de vigencia los usos mercantiles pueden clasificarse en generales, es decir, nacionales y regionales, esto es, los comunes a todo un país o región y locales aquellos propios de una plaza determinada.

Por el ámbito material de su vigencia podemos clasifi-

car a los usos en generales, propios de toda la actividad mercantil, y especiales, que se refieren a una clase particular de actividad mercantil.

El uso especial debe prevalecer siempre sobre el uso general. Así lo reconoce expresamente la fracción III del artículo 2o. de la LTOC, al establecer la primacía de los usos bancarios (usos especiales) sobre los mercantiles (usos generales). En igual forma la Ley del Mercado de Valores (art. 7o.) se refiere a usos bursátiles (especiales) y mercantiles (generales), y el artículo 5o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito a usos bancarios (especiales y mercantiles generales).

También es posible hablar de usos internacionales, esto es, de aquellas prácticas obligatorias nacidas del comercio entre las naciones.

La jurisprudencia se define como el criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un tribunal supremo o de varios tribunales superiores, y se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces<sup>(10)</sup>.

Puede discutirse la calificación de fuente del derecho que pretende otorgarse a la jurisprudencia, en virtud de que la norma jurídica contenida en una resolución judicial solamente es aplicable al caso concreto, especial, planteado en una controversia.

El artículo 192 de la Ley de Amparo declara que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando



en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de las que decreta el Pleno, y además para los tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las ejecutorias constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencias de las Salas.

También constituyen jurisprudencia las tesis que diluciden las contradicciones de sentencias de Salas (art. 192 de la ley citada)

Por su parte, el artículo 193 de la Ley de Amparo establece que la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los Juzgados de Distrito, para los tribunales judiciales del fuero común y para los tribunales administrativos y del trabajo que funcionan dentro de su jurisdicción territorial.

Las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias, no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran (art. 193 de la ley citada).

La jurisprudencia establecida se interrumpe (dejando -

de tener carácter obligatorio) e se modifica, en los términos del artículo 194 de la Ley de Amparo.

El derecho mercantil es, frente al civil, un derecho especial, porque del conjunto de las relaciones privadas regula particularmente aquellas que constituyen la materia mercantil.

Esto nos conduce al problema de la delimitación de la materia comercial y, más concretamente, a la determinación del contenido del derecho mercantil mexicano.

El Código de Comercio, en su artículo 1o., establece — que sus disposiciones son aplicables sólo a los actos comerciales. De aquí pudiera desprenderse que en forma absoluta el contenido de nuestro derecho mercantil lo constituyen los actos de comercio. Sin embargo, disposiciones posteriores del propio Código de Comercio desmienten esa afirmación literal tan categórica. En efecto, el Código de Comercio contiene normas no solamente aplicables a los actos de comercio sino, además, a los comerciantes en el ejercicio de su peculiar actividad.

Por tanto, el contenido de nuestro derecho mercantil — esta constituido por el conjunto de normas reguladoras de los actos de comercio y de los comerciantes y su actividad profesional, y de esta consideración deriva el concepto del derecho mercantil.

Ahora bien, aunque no es exacta, la afirmación legal — de que el ordenamiento mercantil sea exclusivamente regulador de los actos de comercio, sí puede sostenerse que la noción de acto de comercio es fundamental.

La materia mercantil, de acuerdo con el sistema de nuestro Código de Comercio, está delimitada en razón de los actos de comercio, aunque éstos no constituyen su único contenido. "Esto no quiere significar -ha escrito a este respecto Garrigues<sup>(11)</sup>, que el acto de comercio absorba por completo el derecho mercantil. Significa sencillamente que el acotamiento del derecho mercantil se realiza por medio de los actos de comercio, porque son ellos los que reclaman un tratamiento distinto al de los actos sometidos al derecho civil".

Con la reserva señalada puede afirmarse que el derecho mercantil en México es principalmente el derecho de los actos de comercio.

La doctrina ha sido fecunda en definiciones del acto de comercio. Ninguna definición de acto de comercio es aceptada unánimemente. La noción de acto de comercio, por sus múltiples facetas, parece haber escapado hasta ahora, a pesar de los arduos esfuerzos de destacados mercantilistas, a los límites precisos de una definición.

Nuestro Código de Comercio no define al acto de comercio; se limita a enumerar -casuísticamente- una serie de actos a los que otorga ese carácter.

Para la determinación de los actos de comercio, existen dos sistemas: el subjetivo y el objetivo. El primero, un acto será mercantil, esto es, acto de comercio, cuando lo ejecute un comerciante. La calidad mercantil del sujeto que los realiza otorga a los actos su carácter comercial. De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres in-

trínsecos, cualquiera que sea el sujeto que los realice.

En su origen el derecho mercantil fue subjetivo y profesional, en cuanto regulaba al comerciante en el ejercicio de su actividad. Posteriormente, a partir del Código de Comercio francés de 1807, el derecho mercantil adoptó un criterio predominantemente objetivo, para regular los actos de comercio sin consideración de la persona que los realiza. Actualmente es notoria la tendencia de la doctrina y de la legislación para configurar nuevamente al derecho mercantil como un derecho profesional y subjetivo, regulador de la profesión de los comerciantes (o empresarios).

Ahora bien, conviene señalar como acertadamente sostiene Carrigues<sup>(12)</sup>, que "las expresiones "sistema subjetivo" y "sistema-objetivo" tienen sólo un valor relativo y sirven para designar el enfoque predominantemente personal o predominantemente real que sucesivamente ha tendido el derecho mercantil en la historia".

Nuestro Código de Comercio adopta en esta materia un sistema mixto, aunque predominantemente objetivo. En efecto, algunos de los actos de comercio que regula derivan su mercantilidad de sus propias características, le son en sí por sí, sin importar la calidad de la persona que los lleva a cabo; otro acto, en cambio, tiene el carácter de mercantiles precisamente por la circunstancia de ser realizados por un comerciante, esto es, por la consideración de la calidad de la persona que los ejecuta.

"El catálogo de los actos de comercio del derecho mexicano -ha dicho Mantilla Molina<sup>(13)</sup>- se encuentra, principal, pero no

exclusivamente, en el artículo 75 del Código de Comercio<sup>o</sup>.

Voy simplemente a enumerar, en forma más o menos ordenada, los distintos actos a los que nuestra legislación otorga el carácter de comerciales, sin abordar los problemas que plantearía una clasificación sistemática de los mismos.

De acuerdo con nuestra legislación, son actos de comercio

A. **Compraventa.** 1) Las adquisiciones y enajenaciones verificadas con propósito de especulación comercial de artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados (art. 75, frac. I, Cód. Com.); 2) Las compras y ventas de bienes inmuebles, verificadas con propósito de especulación comercial (art. 75, frac. II, Cód. Com.); 3) La enajenación que el propietario o cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo (art. 75, frac. XXIII, Cód. Com.); 4) Las compras y ventas de acciones, obligaciones y obligaciones de las sociedades mercantiles (art. 75, frac. III Cód. Com.).

En general, son actos de comercio las compraventas que se efectúen con el propósito directo y referente de traficar (art. 371 Cód. Com.) y las que tengan por objeto cosas mercantiles.

B. **Permuta.** La permuta es mercantil, y por tanto, acto de comercio, con las salvedades que impone su naturaleza, en los mismos supuestos en que lo es la compraventa (art. 388 Cód. Com.).

C. **Arrendamiento.** Los alquileres efectuados con propósito de especulación, de artículos, muebles o mercaderías (art. 75, -

frac. I Cód. Com). En todo caso, el arrendamiento de bienes inmuebles queda regido siempre por el derecho civil, ya que es de naturaleza esencialmente civil.

D. Cesión. La cesión de créditos mercantiles que no sean al portador ni endosables (art. 389 Cód. Com.)

E. Comisión. Las operaciones de comisión mercantil (art. 75, frac. XII, Cód. Com.).

F. Mediación. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles (art. 75, frac. XIII, Cód. Com.).

G. Préstamo. El préstamo, cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan precisamente a actos de comercio. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes (art. 358 Cód. Com.).

H. Transporte. El contrato de transporte: 1) Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquier efectos de comercio; 2) Cuando siendo cualquiera su objeto sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes al público (art. 576, Cód. Com.).

I. Depósito. 1) Los depósitos por causa de comercio (art. 75, frac. XVII, y 332 Cód. Com.); 2) Los depósitos de cosas objeto de comercio (art. 332 Cód. Com.); 3) Los depósitos en almacenes generales (arts. 75, frac. XVIII, Cód. Com. y lo. LTOG).

J. Seguros. Los contratos de seguro de toda especie, siempre que sean hechos por empresas (art. 75, frac. XVI, Cód. Com.).

K. Crédito y Banca. Las operaciones de este tipo son, -

en general, de naturaleza mercantil (arts. 75, frac. XIV, Cód. Com. y lo. LTOG). I. Operaciones de créditos: 1) Reporto (art. lo y 259 LTOG); 2) Descuento de créditos en libros (arts. lo. y 288 LTOG); 3) Apertura de crédito (arts. lo. y 291 LTOG); 4) Cuenta corriente (arts. lo. y -- 302 LTOG); 5) Carta de crédito (arts. lo. y 311 LTOG); 6) Crédito confirmado (arts. lo. y 317 LTOG); 7) Crédito de habilitación e avío -- (arts. lo. y 321 LTOG); 8) Crédito refaccionario (arts. lo. y 323 --- LTOG). II. Operaciones bancarias: 1) Depósito bancario de dinero (arts. lo. y 267 LTOG); 2) Depósito bancario de títulos (arts. lo. y 276 LTOG; 3) Operaciones de depósito de ahorro; 4) Operaciones fiduciarias fideicomiso (arts. lo. y 346 LTOG); 5) Servicios bancarios.

L. Prenda mercantil. (arts. lo. y 334 LTOG)

M. Fianza. Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorgan o celebren las instituciones de fianzas, son mercantiles para todas las partes que intervienen, excepción hecha de la garantía hipotecaria (art. 12 LIF).

N. Títulos de crédito. 1) Los actos, contratos y operaciones que tengan por objeto títulos de crédito (art. 75, fracs. III, IV y XVIII, Cód. Com.); 2) La emisión, expedición endoso, aval, aceptación y las demás operaciones que se consignen en los títulos de crédito (art. 75, fracs. XIX y XX, Cód. Com., lo. LTOG).

O. Operaciones bursátiles (LMV).

P. Sociedades mercantiles. Todos los actos relativos a la constitución, funcionamiento, modificación disolución, liquidación fusión y transformación de sociedades mercantiles (LSM).

Q. Contrato de asociación en participación (art. 253 -

ISM).

R. Empresas. Los actos relativos a la organización, -- explotación, traspaso o liquidación de empresas: 1) Abastecimientos y suministros (art. 75, frac. V, Cód. Com.); 2) Construcciones y trabajos públicos (art. 75, frac. VI, Cód. Com.); 3) Fábricas y manufacturas (art. 75, frac. VII, Cód. Com.); 4) Transporte de personas o cosas (art. 75, frac. VII, Cód. Com.); 5) Turismo (art. 75, frac. VIII, Cód. Com.); 6) Librerías, editoriales y tipográficas (art. 75, frac. IX, Cód. Com.); 7) Comisiones (art. 75, frac. X, Cód. Com.); 8) Agencias (art. 75, frac. X, Cód. Com.); 9) Oficinas de negocios comerciales (art. 75, frac. X, Cód. Com.); 10) Establecimiento de ventas en pública almoneda (art. 75, frac. X, Cód. Com.); 11) Empresas naviera -- (art. 127 LNCM).

En general, analógicamente, debe incluirse a toda clase de empresas, con lo que se amplía en forma extraordinaria la materia mercantil.

S. Comercio marítimo. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior (art. 75, -- frac. XV, Cód. Com., y LNCM): 1) Arrendamiento de naves (art. 150 -- LNCM); 2) Fletamento o contrato de transporte marítimo (art. 157 -- LNCM); 3) Compraventa marítima: 1) Compraventas sobre documentos; -- 2) Venta libre a bordo (LAB, FOB); 3) Venta al costado del buque (CB, FAS); 4) Compraventa costo, seguro y flete (CSF, CIF, CAF); 5) Ventas costos y flete (CF) (arts. 210 a 221 LNCM); 4) Seguro marítimo (art. -- 222 LNCM).



T. Petróleo. El artículo 12 de la Ley Reglamentaria -- del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, establece que en lo no previsto en dicha ley se consideran mercantiles los actos de la industria petrolera.

U. Obligaciones de los comerciantes y sus empleados y obligaciones entre comerciantes y banqueros. 1) Las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio (art. 75, frac. XX, Cód. Com.); 2) Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil (art. 75, frac. XXI, Cód. Com.); 3) Las obligaciones de los empleados de los comerciantes, en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio (art. 75, frac. XXII, Cód. Com.).

Por el contrario, según disposición del artículo 76 del Código de Comercio, no son actos de comercio la compra de artículos e mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por los obreros, cuando ellas -- fueran consecuencia natural de la práctica de su oficio.

La enumeración legal de los actos de comercio contenida en el artículo 75 del Código de Comercio no es limitativa o taxativa, sino simplemente enunciativa. En efecto, la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio establece expresamente que cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los listados en dicho precepto, tendrán, asimismo, el carácter de actos de comercio.

Prevé así el Código de Comercio la ampliación de la -- lista de los actos de comercio, mediante la analogía, para regular to

todos los casos no expresamente contemplados. El fundamento de la analogía -ha escrito Coviello<sup>(14)</sup>- es el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes.

Por tanto, de acuerdo con nuestra legislación mercantil, los diversos actos de comercio enumerados "son susceptibles de interpretación extensiva y analógica, para el efecto de considerar como comerciales a actos u operaciones semejantes a los comprendidos en los catálogos legales"<sup>(15)</sup>.

Establece el artículo 75 del Código de Comercio, en su parte final, que la naturaleza comercial del acto, en caso de duda, será fijada por arbitrio judicial.

Existen situaciones en las que al celebrarse un negocio jurídico, normalmente un contrato bilateral en el que se establecen prestaciones recíprocas, una de las partes realiza un acto de comercio y la otra un acto meramente civil. Esto sucede, por ejemplo, cuando alguna persona adquiere en una negociación comercial determinada mercancía. Para el comprador el acto tendrá carácter civil; para el comerciante, para el titular de la negociación vendedora, el acto será de naturaleza mercantil.

En estos casos en que el acto realizado puede ser para una de las partes de carácter mercantil, para la otra meramente civil, se habla de actos mixtos, o como le prefiere el maestro Mantilla Melina, de actos unilateralmente mercantiles.

Surge en relación con dichos actos mixtos un grave pro

blema de aplicación del derecho: ¿debe aplicarse la ley mercantil o la civil?

La solución de nuestro Código de Comercio es sólo parcial, en cuanto se refiere exclusivamente al aspecto procesal del problema. En efecto, el artículo 1050 del Código de Comercio dispone: "Cuando conforme a los expresados artículos 4º, 75 y 76 de las dos partes que intervienen en un contrato la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebre un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común."

En casos, que suponen la existencia de un contrato que no tiene el carácter de acto de comercio absoluto, es decir mercantil por imperativo legal para todas las partes que intervienen, el fondo de la controversia debe también resolverse aplicando la legislación civil e mercantil, siguiendo las mismas reglas del artículo 1050 del Código de Comercio.

1. Instituciones de derecho mercantil, Madrid, 1953, p. 4.
2. Ferri, Manuale di diritto commerciale, Turin, 1950, p. e.
3. Instituciones de derecho mercantil, pp. 27 y 28.
4. Rocco, Principios de derecho mercantil, México, 1947, p. 107.
5. Rodríguez Rodríguez, Curso de derecho mercantil, México, 1947, T. I p. 17.
6. Mantilla Molina, El proyecto de Código de Comercio para la República Mexicana, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1954 núm. 15, p. 145.
7. Vinogradoff, Introducción al derecho, México, 1952, p. 106.
8. Rodríguez Rodríguez, Curso de Derecho mercantil, T. I, p. 18.
9. Rodríguez Rodríguez, Curso de derecho mercantil, T. I, p. 19.
10. De Pina, Elementos de derecho civil mexicano, México, 1978, vol. I, pp. 142-143.
11. Instituciones de derecho mercantil, p. 47.
12. Instituciones de derecho mercantil, p. 48.
13. Derecho Mercantil, México, 1961, p. 58.
14. Doctrina general del derecho civil (trad. esp. de Felipe de J. Tena) México, 1949, p. 93.
15. Barrera Graf, Tratado de derecho mercantil, México, 1957, vol. I, - pp. 145 y 146.

LA COMPETENCIA CUANTITATIVA DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS MER-  
CANTILES EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LA JUSTICIA DE -  
PAZ DEL DISTRITO FEDERAL. (RESPECTO A LA REFORMA ESTABLE-  
CIDA EN 1983).

La competencia cuantitativa de los juicios ejecutivos mercantiles en el procedimiento especial de la justicia de paz del Distrito Federal. (Respecto a la reforma establecida en 1983)

La forma de nuestra organización institucional, inspira en el principio tripartito de poderes, reserva la sagrada función de administrar justicia a un órgano específico: el Poder judicial; pero la verdad es que, en la práctica, otros órganos que no integran el poder aludido están investidos de capacidad procesal especial para disminuir conflictos propios de la esfera judicial, sin desconocer también que los jueces y demás tribunales ejercen cierta actividad que es capta igualmente a esa función específica de gobierno.

Para Podetti esa circunstancia carece de relevancia jurídica y doctrinaria, aunque reconoce que los Estados que han logrado concentrar dicha actividad jurisdiccional en el Poder judicial, esterilizan un índice de progreso institucional<sup>(1)</sup>.

En rigor de criterio, la concreción de ese objetivo no debe verse como una demostración cabal de la delimitación de funciones de cada uno de los poderes del Estado, máxime cuando la misma nunca puede revestir caracteres absolutos, sino como un propósito definido de procurar que los órganos jurisdiccionales se concreten, en lo posible, a su función consustancial, para que puedan desempeñarla mejor<sup>(2)</sup>, dado que la experiencia demuestra que la función hace al órgano y por ello interesa no distraer su actividad en otros menesteres que no sean los muy altos de administrar justicia, ni tampoco debe privárselo, aunque circunstancialmente, de una actividad que le es propia.

Interesa sobremodera saber cómo se determina la competencia, ya que, intuitivamente, los hombres conocen el papel de los jueces; tal vez por ello, dice Lascano, las leyes no se preocuparon de determinar con precisión la función que les corresponde.

Habiéndose definido a la competencia como la aptitud de los órganos del Estado para ejercer la función jurisdiccional, según la Constitución, ley, reglamentos o acordadas, y constituyendo la misma un presupuesto de la relación procesal, la que no nace sino frente a un órgano jurisdiccional, con aptitud legal válida para conocer en el caso sometido a decisión, toda vez que la falta de capacidad procesal del sujeto encargado de resolverla genera la nulidad de lo actuado, ello está demostrando la importancia que reviste el saber cómo se determina la competencia.

Para fijar con precisión esa aptitud del órgano es necesario examinar previamente si la capacidad del mismo a quien se reclama el ejercicio de la actividad jurisdiccional, entra en la órbita de su conocimiento específico, es decir, del Poder judicial, o en alguna de las restantes jurisdicciones existentes en un Estado (militar, policial o administrativa) o fuera de él (la eclesiástica).

Debe considerarse posteriormente el factor territorial el objetivo de materia (valor y cualidad) y el subjetivo de persona, elementos estos últimos que fijan el fuero y región ubicado el órgano espacialmente, cabe tener en cuenta el grado de conocimiento del mismo, los turnos fijados al efecto y, por último, si no existen motivos especiales de orden objetivo (fuero de atracción o conexión de causa) y subjetivo (excusación o recusación) o prerrogativa convencional que au-

toricen a su vez a desplazar la misma hacia el órgano que al fin resultará el competente para intervenir en el proceso, recién valorados todos estos extremos, se estará ante el juez apto para dirimir el conflicto jurídico.

Como se advierte, juegan para determinar la competencia distintas razones, siendo en orden de importancia dable establecer que se reconozca capacidad al juez o tribunal más próximo al domicilio de las partes intervinientes en la relación jurídica, al del lugar del hecho, o al de celebración o cumplimiento del contrato o al de ubicación de los bienes, de manera tal que recién observados todos esos factores el proceso habrá quedado radicado ante el magistrado, cuya proximidad e inmediatez resulte menos gravosa para las partes.

Elle demuestra que en la delimitación de la competencia deben atenderse distintos factores o elementos que la doctrina agrupa en condiciones objetivas, funcionales y territoriales.

También suele practicarse una clasificación lógica, que tiene en cuenta para ello razones necesarias y eventuales; las primeras son constantes, sólo varían según que se refieran a la litis o al proceso, dividiéndose en material y funcional y a su vez la materia, por razón de la materia, valor y territorio. En cuanto a la competencia eventual, se determina por hechos accidentales, distinguiéndose entre ellos tres categorías: por elección o convención, por conexión y por remisión(3).

Más general es todavía la división, en material o real y territorial o personal, delimitada la primera por condiciones objetivas de litigio, como ser grado de conocimiento, valor de la controve-



indole de la relación jurídica y continencia de la litis, y la segunda por razones permanentes y de excepción(4).

Wach(5) fué quien primero distinguió con claridad la -- competencia objetiva o real de la llamada funcional, que es la compe-- tencia objetiva, para el conocimiento de determinadas negocios jurídi-- cos.

Ahora bien, el criterio objetivo para determinar la com-- petencia tiene en cuenta, a su vez, factores cualitativos y cuantitati-- vos, el primero se deriva de la naturaleza del proceso en que se venti-- la y el segundo del valor del mismo, sirviendo también el factor mate-- rial para deslindar los distintos fueros: constitucional, civil y pe-- nal; estos últimos en sentido latu sensu, ya que el segundo a su vez -- puede ser: civil, comercial, laboral, contencioso-administrativo y de-- minas, y el tercero: penal (de instrucción y de sentencia), correccio-- nal, de menores, de faltas.

Por su parte, en su aspecto cuantitativo, la competen-- cia de los órganos jurisdiccionales puede ser exclusiva sin límite de monto, como ocurre con la justicia del Trabajo en la Capital Federal; -- puede determinarse también por jueces o tribunales con límite mínimo, -- como en el caso de los jueces civiles y comerciales de la misma jurisdicción y con límite máximo, jueces de paz, alcaldes.

El criterio funcional es una manifestación especial de la competencia objetiva, impera en la mayoría de los ordenamientos jurí-- dicos procesales, aunque con cierta tendencia a restringir su ámbito -- (reducción, limitación y supresión de los --ecos). Es la competen-- cia por grados de conocimiento que originalmente tuvo un fundameto--

político, pero que en las legislaciones modernas se genera en la fallibilidad humana, conside-rándose que la resolución de los distintos procesos por tribunales de diferente grado de conocimiento, evita la posibilidad del error y a la vez asegura una mejor justicia. No debe confundirse el grado de conocimiento con la graduación de la jerarquía. El principio general es que el juez competente es el de primer grado, pues el de segundo o tercer grado sólo conoce de los recursos, es decir, en grado de apelación.

También se determina la competencia por razón del lugar en que se domicilian las personas, donde se encuentran las cosas o el conflicto se plantea, delimitación especial, territorial o local, que en nuestro país, más que en ningún otro, tiene justificación legal, por la dilatada extensión territorial, que exige la división en circunscripciones, distritos, zonas o departamentos judiciales, en cada una de los cuales jueces de igual grado ejercen plena jurisdicción.

Por último cabe mencionar la competencia por razón de turno, que responde a un principio de distribución equitativa de trabajo, orden que una vez fijado, por reglamentos, acordadas u otros medios, en meses, semanas o días, por orden de entrada o por sorteo, los sujetos del proceso se pueden modificar, dado que en su observancia y cumplimiento está interesado el orden público.

En el orden nacional, a partir de la mención de la ley de organización de la justicia nacional, se han estructurado minuciosamente y delimitado debidamente las funciones y competencias de cada uno de los distintos órganos comprendidos en su articulado, regula---

ción legal que sin duda alguna solventará muchas de las dificultades que en la práctica se presentaban para determinar la competencia de los jueces y Tribunales nacionales de todo el país.

La oportunidad de delimitar la competencia difiere también por la interferencia de distintos factores, ya sea con respecto al Derecho en sí, materia del litigio, así por ejemplo, el cambio de domicilio del demandado en una acción personal, sin domicilio convencional, determina el cambio de juez competente. Con relación a la cuestión litigiosa en sí, materia del proceso en nuestra legislación, en la Capital Federal, el juez tiene tres ocasiones para pronunciarse, al interponerse la demanda, aunque limitada su decisión al respecto en cuanto a la materia, valor o grado, pues recién cuando el demandado haya tomado intervención en el proceso podrá expedirse acerca de la competencia espacial o territorial. La segunda oportunidad es la de resolver la cuestión de competencia planteada por el demandado por vía de excepción, y la tercera y última al momento de abrir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr el segundo traslado en las de derecho (art. 87 del Cód. de Proced. de la Capital Federal). En la provincia de Buenos Aires esta oportunidad no está reglada en la ley procesal.

Acercas de la declaración de oficio de la incompetencia no existe uniformidad de criterio, ni en la ley, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. En el orden nacional, los Códigos de procedimiento de la Capital y los Códigos locales de la provincia de Corrientes, que se inspira en aquél, y el de Salta, prescriben que los jueces, una vez que se han pronunciado sobre su aptitud para ejercer la función

jurisdiccional, no pueden posteriormente rectificar tal decisión, que importa la invalidación de lo actuado hasta el momento. Un fallo plenario de Cámaras civiles y comerciales<sup>(6)</sup> exprese sobre el tema, estableció que si bien en principio la competencia por razón de la materia es inaprogable, razones de estabilidad procesal impedian todo nuevo pronunciamiento sobre el particular, salvo el caso de jurisdicción nacional especial, laboral y contencioso-administrativa, criterio que ha sido compartido por la Cámara de paz de la Capital Federal.

De esa doctrina participan las más autorizadas opiniones en la materia: Jofre<sup>(7)</sup>, Lascano<sup>(8)</sup>, Alsina<sup>(9)</sup>, Peddeti<sup>(10)</sup>, Ibáñez Frocham<sup>(11)</sup> y Fernández<sup>(12)</sup>.

No cabe decir lo propio de los precedentes jurisprudenciales, ya que en el orden provincial, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha resuelto que las normas que reglan la competencia de los órganos investidos de la potestad judicial, revisan el carácter de orden público, de modo tal que pueden dictarse pronunciamientos aun de oficio en la materia, sin que se afecte la noción del orden público, cuya función esencial se trata de restablecer. Agregando que no hay fallo judicial válido si el tribunal que lo ha dictado carecía de capacidad procesal sobre la materia del mismo<sup>(13)</sup>.

Ante esa dualidad de criterio debe preferirse la tesis doctrinaria, debiendo la competencia, por razón de la materia o de la persona, declararse en su oportunidad; pasada la misma no cabe un nuevo pronunciamiento al respecto, pues razones de seguridad social aconsejan la firmeza de los procedimientos realizados, como la mejor garantía de la justicia que se reclama en el proceso.

Ibáñez Fyocham, en el fallo precitado, destaca que el legislador bonaerense no ha sancionado la facultad judicial de declarar "en cualquier tiempo la incompetencia", omisión que juzga deliberada, pues confundidos, los fueros civil y comercial, ha desaparecido la mayor fuente de cuestiones al respecto, dado que no entiende verosímil que un juez civil de curso a una acción penal o viceversa, por lo que queda como única posible fuente de conflicto, lo contencioso-civil, con la contencioso-administrativo.

Esta opinión resulta doblemente interesante, porque la misma importa una rectificación de criterio del profesor titular de la cátedra de Derecho procesal civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Eva Perón, quien en su obra<sup>(14)</sup> había sostenido, aunque con criterio restrictivo, que tratándose de la competencia *ratione-materiae*, el juez podía declararla antes de dictar sentencia y los tribunales superiores en muy limitados y excepcionales casos.

La competencia no es delegable, es la ley quien le otorga esa capacidad al órgano jurisdiccional y consecuentemente sólo ella puede desplazarla hacia otro juez o tribunal; garantizan esa indelegabilidad todas las leyes procesales del país. No debe confundirse la delegación de la competencia con las funciones de mera comisión que los órganos aptos confieren a otros auxiliares, ya que el juez o tribunal comisionado no obra en ese caso por imperio propio, sino por orden de su superior.<sup>(15)</sup>

En cuanto a la prorrogabilidad, en nuestro ordenamiento jurídico la regla es la improrrogabilidad y la excepción aquella,-

aunque limitada al factor espacial o territorial en todas las legislaciones, considerándose que con ello no se afecta el orden público y, por el contrario, se satisface el interés de las partes, cuya conformidad debe requerirse por tal causa en forma expresa o tácita. El Código de procedimientos de la provincia de Buenos Aires priva de ese derecho a los Ministerios públicos, a los cónsules, albaceas y a toda otra persona que no ejercite derechos propios, salvo el caso del mandato ordinario (art. 10., in fine, Cód. cit.).

El principal interesado en que se respeten estrictamente las reglas fijadas para determinar la competencia, es el Estado estableciéndose en las leyes respectivas distintos medios para asegurar su cumplimiento.

No obstante tratarse de una cuestión de tanta trascendencia, los Códigos regulan dos vías excluyentes, con dualidad de tratamiento procesal y diversidad de tribunales intervinientes en su subsanciación: la declinatoria y la inhibitoria. La primera, de uso más corriente por la simplicidad de su trámite y reducida incidencia económica, es la que se plantea ante el propio juez en que se inició el proceso, a quien se le hace ver su falta de capacidad procesal, para que decline su competencia y cese de intervenir en las actuaciones; y la segunda es la que se deduce ante el juez o tribunal que se reputa competente, a quien se recaba un pronunciamiento expreso al respecto y a la vez se le formula una solicitud concreta para que se dirija al magistrado incompetente a los efectos de que cese de intervenir en dicho proceso, trámite este que indudablemente resulta más fatigoso, — por la intervención de dos magistrados y que consecuentemente insume-

mayores gastos.

Lascano<sup>(16)</sup> critica la existencia de medios tan contradictorios, en tanto que Podetti<sup>(17)</sup>, si bien formula igual reparo, propugna la mantención de la inhibitoria, para casos especiales de cuestiones de competencia entre vecinos de distintas circunscripciones del país (provincias), considerando con justa razón ilógico y antieconómico que una persona domiciliada en la provincia de Salta y demandada en ciudad de Buenos Aires tenga que trasladarse a la Capital Federal para hacer saber al juez de la causa su incompetencia para intervenir en la misma, cuando dicha cuestión puede plantearla directamente al juez de su domicilio, para que éste exhorte al magistrado ante quien se radicó la demanda para que se inhiba de actuar por carecer de capacidad procesal para ello.

En ambas vías debe intervenir inexcusablemente el Ministerio público fiscal.

La vía de la inhibitoria es la que abre los conflictos, cuando ambos jueces mantienen su competencia y sus decisiones han sido consentidas o confirmadas por el tribunal de alzada, conflicto de carácter positivo que debe ser resuelto por el tribunal superior común de ambos órganos.

En la Capital Federal las cuestiones entre jueces de un mismo fuero las decide la Cámara respectiva, y las entre Cámaras, los miembros de los tribunales en conflicto (art. 6o.); pero cuando el conflicto es entre jueces de distinto fuero o de distinta circunscripción territorial sin superior común, es la Corte Suprema Nacional quien decide la contienda.

En la provincia de Buenos Aires, de conformidad con la ley 3618, de fecha 9 de agosto de 1916 (llamada ley orgánica de los tribunales), no se pueden promover cuestiones de competencia en materia civil y comercial entre jueces o tribunales de un mismo departamento judicial; toda dificultad sobre turno, recepción de causas, corrección, prevención en el conocimiento y acumulación, debe ser resuelta sumariamente y sin recurso alguno por la Cámara de apelación. Cuando la contienda se suscite entre dos jueces de distintos departamentos judiciales, la dirige la Suprema Corte de Justicia de la provincia.

Por último, las cuestiones que se planteen entre jueces o tribunales nacionales y sus similares provinciales, las resuelve la Corte Suprema Nacional.

Si alguna duda quedara al respecto, la ley 13998 de organización de la justicia nacional, sancionada en el año 1950, estableció expresamente en el artículo 24, inciso 8o., que la Corte Suprema Nacional decidirá las cuestiones de competencia entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común.

En la declinatoria también puede plantearse el conflicto, pero de carácter negativo, ya no entre distintos órganos, sino que el mismo se le plantea exclusivamente a la parte excepcionada, en el supuesto de que el juez originario ante quien radicó su demanda se declara incompetente al resolver la excepción opuesta por el demandado y lo propio hiciera posteriormente el juez ante quien en segundo término acudiera, como consecuencia de la declaración del primero, situación ésta que, si no tiene tribunal superior común, debe resolver la Corte Suprema Nacional.



Los principales efectos que produce la declaración de incompetencia son la cosa juzgada en el proceso que se dicta -Podetti afirma que con más propiedad debería decirse preclusión y no cosa juzgada-, y la nulidad de lo actuado ante el juez incompetente, cuando la misma es originaria.

Por el contrario, cuando se está frente a una incompetencia sobrevenida, sólo se anula lo actuado desde que se operó la falta de competencia, aunque en estos supuestos las legislaciones adoptan distintos criterios. Así, en los procesos sucesorios en la provincia de Buenos Aires, iniciados ante los jueces de paz por razón del monto del haber hereditario (la competencia *ratione-quantitatis* está limitada en esos casos hasta dos mil pesos moneda nacional), en los que en el curso de su substanciación se ha devenido la incompetencia, por denuncia de nuevos bienes, o tasación especial o judicial que supere el límite indicado, el proceso debe elevarse al juez letrado competente por razones de turno, ante quien se proseguirá el trámite; en cambio, en el régimen de la justicia de paz letrada de la Capital Federal, por imperio de lo dispuesto en el artículo 48, incisos b y d de la ley 13.998 de organización de la justicia nacional, la competencia originaria subsiste si el mayor valor de los bienes no excede en definitiva hasta en un cincuenta por ciento de la suma fijada como competencia originaria; cabe destacar que en el ordenamiento nacional citado, ambos jueces son letrados y las cargas impositivas son las mismas no así en la justicia provincial, que tiene un distinto régimen procesal y económico entre los jueces legos y los letrados.

Y en virtud de las descripciones que se vertieron con anterioridad, con respecto a la competencia en forma general, nos toca ahora profundizar sobre la competencia cuantitativa de la justicia de paz, la cual con las últimas reformas de 1983, correspondientes al art. 2o. del Título especial del Código de Procedimientos Civiles de la justicia de paz, que dice: "Conocerán los jueces de paz, en materia civil, de los juicios cuya cuantía no exceda de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, a excepción de todo lo relativo a la materia de arrendamiento de inmuebles -- que será competencia de los jueces de primera instancia. Para estimar el interés del negocio se atenderá a lo que el actor demande. Los réditos, daños y perjuicios no serán tomados en consideración ni son posteriores a la presentación de la demanda, aun cuando se reclamen en ella. Cuando se demande el cumplimiento de una obligación consistente en -- prestaciones periódicas se computará el importe de las prestaciones de un año, a no ser que se trate de prestaciones vencidas en cuyo caso se estará a su monto total.

Quando se trate de cuestiones de arrendamiento inmobiliario serán competentes los Jueces del Arrendamiento Inmobiliario en los términos fijados por la ley! Así como el artículo 97 de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Poder Común del Distrito Federal -- de la Justicia de Paz que a la letra dice: fracción primera "de los -- juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás derechos -- reales sobre inmuebles, así como de los demás negocios de jurisdicción contenciosa, común o concurrente, cuyo monto no exceda de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito

Federal, a excepción de los interdictos, y de los asuntos competencia de los jueces de lo familiar y de los reservadas a los jueces del arrendamiento Inmobiliario. Se desprende que los asuntos ejecutivos mercantiles que por cuantía les corresponde, a los juzgados de paz fue necesario un cambio con respecto a esta competencia ya que antes de las reformas que se mencionan, su competencia cuantitativa era hasta cinco mil pesos. Dichas reformas tienen su base fundamental en la actual situación socioeconómica del país en que vivimos. Así mismo la idea del legislador fue la de adecuar el título especial de la justicia de paz y la ley orgánica del Tribunal de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal a la actualidad vigente, como se deduce de la exposición de motivos de la iniciativa de esta ley, que a continuación se describe; Las reformas representarán una más adecuada protección a las partes económicamente débiles así como propiciarán una eficaz y oportuna administración de justicia, consecuente de las relaciones temporales.

Por lo que se refiere a la organización y competencia de los tribunales resulta indispensable introducir reformas normativas que favorezcan la fluidez y limpieza de los procedimientos.

Por lo que considero que las modificaciones conllevan gran trascendencia práctica en el régimen de la justicia de paz; ya que se involucra en materia civil, de negocios cuya cuantía no exceda de cinco mil pesos, y en materia penal de delitos sancionados con pena privativa de libertad hasta de un año.

Dichas prevenciones han sido rebasadas por las circunstancias, ya en numerosas ocasiones su permanencia obstaculiza el cono

cimiento y la resolución de considerables números de casos civiles y penales bajo el procedimiento abreviado inherente a la justicia de paz, en el que se destacan los principios de concentración y oralidad.

En esencia las reformas recogen la moderna tendencia a eliminar referencias cuantitativas en números absolutos y a optar por expresiones vinculadas al salario mínimo, lo cual permite, en la medida en que éste progresivamente se modifica, ajustar la competencia en razón a la cuantía a la situación económica real.

Cabe destacar que también se señala en el artículo 23 del título especial del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de la Justicia de paz, que a la letra dice: "Contra las resoluciones pronunciadas por los jueces de paz no se dará más recurso que el de responsabilidad".

Tomando en consideración que la ley es la base sobre la cual está construido el edificio de la civilización; y cuando una nación avanza en la escala del progreso, así como cuando las relaciones de sus ciudadanos entre sí se desarrollan y extienden, se hace necesario establecer más y más reglas que permitan gobernar con mayor facilidad el trato de los seres que habitan las ciudades respecto a todos sus derechos y obligaciones.

Considerando la complejidad que existe en la exacta y justa aplicación de una ley y en virtud de que la misma está basada en tres códigos principales: Código Civil, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Código de Comercio (el que rige en toda la República).

Dichos Códigos serán la base para estudiar las leyes - de nuestra patria y poder comprenderlas, recibiendo así su protección

Si bien es cierto que el título especial de la justicia de paz y la ley orgánica de los tribunales de justicia del fuero común del Distrito Federal, respecto a la justicia de paz es funcional, surgió la necesidad de realizar un estudio en donde se detectó - que la actual situación del país merece cambios cuantitativos que eviten el estancamiento y la incosteabilidad de procesos que se lleven - a cabo en juzgados de paz; también es cierto que se dejaron lagunas - en nuestra legislación: como ejemplo de ello citaré el artículo 1340 - del Código de Comercio que a la letra dice: "la apelación solo procede en los juicios mercantiles cuando su interés exceda de cinco mil - pesos.

Lo que con antelación se indicó en los juicios ejecutivos mercantiles ventilados en un juzgado de paz, encontramos que antes de las reformas que se han mencionado, no existía contradicción alguna respecto a la competencia ya que los intereses eran menores. - En la actualidad con dichas reformas este artículo, que se ubica en una ley federal como es el Código de Comercio, se contrapone con el artículo 230. del Título Especial del Código de Procedimientos Civiles de la Justicia de Paz para el Distrito Federal, toda vez que se crea una laguna en el aspecto de la apelación, quedando la duda siguientes ¿Cuál de las dos leyes se va a aplicar?, la ley federal consistente - en el artículo 1340 del Código de Comercio en los asuntos mercantiles que se procesen en los juzgados de paz de cinco mil pesos a ciento -

ochenta y dos veces el salario mínimo diario actual a la fecha; o el artículo 23o. del título especial del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de la Justicia de Paz en los juicios mercantiles hasta ciento ochenta y dos veces el salario mínimo diario actual a la fecha.

Se deduce que aunque se habla a fondo de una cuestión cuantitativa en lo que respecta al fondo del negocio así como al límite cualitativo de la apelación, deberá de existir concordancia entre ambas leyes para el uso práctico y con el objeto de facilitar a los ciudadanos claridad y disposición de la ley que permita formar un criterio unificador que evite en un momento determinado conflicto de leyes respecto al monto de los juicios ejecutivos mercantiles indicando en los mismos si son o no apelables en justicia de paz.

Desde el punto de vista de la ley general cabe mencionar que esta laguna generaría dilatación para la resolución de los negocios que se conozcan en los juzgados de paz; lo que representaría una violación a un principio de nuestra carta magna, ya que en su artículo 17o. que a la letra dice: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"

En consecuencia esta contraposición provocaría que los asuntos del orden mercantil en la justicia de paz y por falta de un acuerdo de dichas leyes se representaría una tardanza mayor para su -

resolución, que si fueran unificadas en su criterio las reglas de apelación en los asuntos ejecutivos mercantiles en la justicia de paz, para que así la ley sea todo lo expedita que debe ser.

1. Podetti, J.R., Tratado de la competencia, pág. 15, Ed. E.D.I.A.R.
2. Lacano, D., "Proyecto de Cód de proc. civ. y com. del Inst. de altos Estudios Juríd. y Sec. de la Fac. de C.J. y Soc. de la Univ. Nac. de Eva Perón, año 1935. Exposición de motivos, pág. 15.
3. Carnelutti, F., Sistema de Derecho procesal civil, T.I. pág. 586
4. Martara, L., Comentario del Codice e delle leggi di procedura civile, vol. 1, núm. 4.
5. Wach, A., A., Handvuch des Zivilprozesses, 1885, pág. 347.
6. J. A., T. 66, pág. 979, y L.L., t.3 pág.879.
7. Jofré, T., nota de Jurisprudencia Argentin, t.1, pág. 64 "Manual", t.1, págs. 194 y 298.
8. Lacano, D., Jurisdicción y competencia, pág. 238
9. Alsina, H., Tratado de Derecho procesal civil y comercial, t.1,- pág. 590, Ed. E.D.I.A.R.
10. Podetti, J. R., Tratado de competencia pág. 306.
11. Fallo Cám., Civ. 2a. Sala2a de Eva Perón, en la Ley, t.47 pág.159
12. Fernández, R., Código comentado, 2a. ed. págs. 165 y 174.
13. Acuerdos y sentencias de la provincia de Buenos Aires, serie 14-T.4, pág. 532 y serie 17. t.7 pag. 161.
14. Ibáñez Focham. M. Los recuerdos en el proceso civil, 1943, pág. 61.
15. Baños Heberto A., Funciones de mesa comisión de los jueces de Paz de la provincia de Buenos Aires, nota en La Ley, T. 27, pág. 161.
16. Lascano, D., Jurisdicción y competencia
17. Podetti, J.R. Tratado de la competencia, pág. 308.



CONCLUSIONES

En esencia la importancia de la reforma al artículo 1340 de Código de Comercio radica en evitar la contraposición con el artículo 23 del Título Especial del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de la Justicia de Paz, tomando en cuenta que ésta genera una laguna que provoca que el procedimiento en los juzgados de paz en los juicios ejecutivos mercantiles haya una duda en la aplicación de la ley.

En vista que el juzgador al buscar un apoyo para aplicar la regla que determine en el momento procesal si son apelables dichos juicios, queda en una disyuntiva ya que por la naturaleza de los asuntos que ahí se ventilan debe de aplicarse la ley que para ello fue creada; y al reformar el artículo 1340 del Código de Comercio en los mismos términos de la exposición de motivos a que se hace alusión en el último capítulo de esta investigación eliminando referencias cuantitativas en números absolutos y optar por una expresión vinculada al salario mínimo, evitaría que el órgano jurisdiccional no hallase una resolución que en cuanto a derecho proceda si son o no apelables los procesos mercantiles en la justicia de paz.

Por otra parte justo es reformar el mencionado artículo del Código de Comercio, en virtud de que el espíritu que motivo la creación de los juzgados de paz, fue el de que en una manera pronta y expedita se diese solución a los casos que ahí se conocieran; y volviendo a subrayar que la tan necesaria reforma daría una protección a

los ciudadanos más honesta de parte del Estado a través de su órgano juzgador; evitando con ello el desacierto en resoluciones de criterio, así como el descontento por parte de los individuos que por causas in definidas tuvieran que comparecer para ejercer un derecho o a cumplir con una obligación; lo que daría a nuestro país la confianza de todos sus habitantes, ganando con ello el cariño y la estimación de los mig mos hacia su gobierno.

Por último alcanzar el progreso por medio de sus gober nantes y gobernados, dentro de una reciprocidad limpia, justa y honesta

1. Código de Comercio y Leyes Suplementarias; Ed. Porrúa, 1985.
2. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; Ed. Porrúa, 1985.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ed. Trillas 1985.
4. Derecho Mercantil; Mñóns Luis; Ed. Hervero, 1952.
5. Derecho Mercantil; Mantilla Melian Roberto L.; Ed. Porrúa, 1977.
6. Derecho Mercantil Mexicano; Tena Felipe de J.; Ed. Porrúa, 1984.
7. Derecho Mercantil Mexicano; De Pina Vara Rafael; Ed. Porrúa
8. Del imperio romano; en obras completas, T.6; Ed. Ravista de Occidente. Madrid.
9. El espíritu del Derecho Romano; Trad. Española de Principe y Satores.
10. El embargo de bienes, Carreras J.; Ed. Bosch, Barcelona
11. Ensayos de Derecho Procesal Civil; Trad. Española de Sentis Melende- en Ensayos de Derecho Procesal Civil; Ed. Ejea, Bs. Aires, 1949.
12. El fin en el Derecho; Ihering, Trad. española de Fernando Rodríguez, - Ed. Rodriguez Serra, Madrid s/f.
13. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, la. ed. Aniceto López Bs. Ai -es, 1942.
14. La Lógica y la vida del Derecho; ensayos y estudios jurídicos, Ed. - Araujo, Bs. Aires, 1947.
15. Las Transformaciones del Derecho Privado; Trad. Carlos G. Posadas; - Ed. Beltrán Madrid.
16. Ley, Historia y Libertad; Sole- S., Ed. Losada Bs. Aires, 1943.
17. Sobre el juico ejecutivo; Liebman, Tullio; Ed. Ediar, Bs. Aires, 1946
18. Tratado de Derecho Procesal Civil; Trad. española de Romera Vera, - Ed. Ejea, Bs. Aires, 1955.