



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“EFECTOS DE LA CONFESIÓN JUDICIAL VERTIDA EN LA
DILIGENCIA DE EXEQUENDO, REFORMA AL ARTÍCULO
1235 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
LEONARDO PADRÓN ESTRADA.

ASESOR: LIC. ULICES HERMELINDO SILVA GUEVARA.

Bosques de Aragón, Estado de México, Julio 2007.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Con infinito agradecimiento a mi *alma mater* “Universidad Nacional Autónoma de México”, en especial a la “Facultad de Estudios Superiores” Aragón, institución noble y progresista, que en sus aulas se forjan día a día los futuros profesionistas de este país.

In memoriam al Lic. Manuel López Medina, ejemplo fiel de sabiduría y profesionalismo, con unción y respeto a su recuerdo.

Agradezco enormemente al Lic. Ulices Hermelindo Silva Guevara, por su paciencia y dedicación brindada en la elaboración de este trabajo.

A mi Madre Bernarda Estrada Cruz, y a mi Padre Esmaragdo Padrón Juárez, ejemplos de entrega y constancia, agradezco la oportunidad que me han brindado para formarme profesionalmente, dedico este trabajo, como fruto de su cosecha.

A mis hermanos Francisco, Saúl, Gilberto y Elena, a mi cuñada Rocío y sobrino Saúl, con gratitud y amor, ejemplos de unión y solidaridad fraternal.

In memoriam al Don Perfecto Padrón Frías, ejemplo de sabiduría y rectitud, abuelo con devoción y respeto a tu recuerdo: “dios proveerá”.

Al Lic. Gustavo Paredes Delgadillo, amigo inseparable de toda la vida, así como a todos mis amigos, que siempre han estado a mi lado en las buenas y las malas:

A la familia Gaytan Ruiz, incansables luchadores sociales, en especial al Lic. Roberto Gaytan Ruiz agradezco sus atinados consejos y su apoyo; la lucha social sigue “profesor Misael Núñez Acosta”.

A toda mi familia, con quienes siempre cuento con su apoyo y cariño, así como a todos que me ha apoyado directa e indirectamente, tanto en mi formación personal como profesional.

“Obra de tal manera que la máxima de tu conducta, pueda servir de ley universal para todo ser racional”
Emmanuel Kant.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	I
----------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO.

GENERALIDADES.	Página
A.- Antecedentes de la prueba confesional.	2
1. Derecho Romano.	2
2.- Derecho Napoleónico.	5
3.- Derecho Mexicano.	6
B.- Derecho probatorio.	9
1.- Concepto de prueba.	10
2.- Carga de la prueba.	13
3.- Objeto de la prueba.	16
C.- Apreciación de la prueba.	18
1.- Sistema de la prueba legal o tasada.	19
2.- Sistema de la libre prueba.	23
3.- Sistema mixto.	25
D.- Principios rectores de la actividad probatoria.	26
1.- Necesidad de la prueba.	27
2.- Contradicción de la prueba.	28
3.- De espontaneidad de la prueba.	28

CAPÍTULO SEGUNDO.
LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA MERCANTIL.

A.- Concepto.	31
1.- Naturaleza jurídica.	34
2.- Objeto de la confesión.	36
3.- Sujetos de la confesión.	39
4.- Efectos.	41
B.- Clases de confesión.	43
1. Judicial.	44
1.1.- Confesión judicial espontánea y provocada.	46
1.2.- Confesión expresa y tácita o ficta.	47
2.- Extrajudicial.	49
3.- Valor probatorio.	50
C.- Requisitos de validez de la prueba confesional.	57
1.- Capacidad del absolvente.	58
2.- Que sean hechos propios.	59
3.- Que la declaración sea legal.	60

CAPÍTULO TERCERO.
JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.

A.- Breve reseña histórica del juicio ejecutivo.	62
1. Juicio ejecutivo mercantil.	64
2.- Etapa postulatoria.	68
3.- Etapa probatoria.	70
3.1. Ofrecimiento de pruebas.	71
3.2. Admisión de pruebas.	73

3.3. Preparación de pruebas.	74
3.4. Desahogo de pruebas.	75
4.- Etapa preconclusiva o conclusiva.	78
B.- Auto de exequendo.	79
1. Requerimiento de pago.	85
2. Embargo.	86
3. Emplazamiento.	88
C.- Actuación judicial.	90
1. La institución actuarial.	93

CAPÍTULO CUARTO.

EFFECTOS DE LA CONFESIÓN JUDICIAL VERTIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO, REFORMA AL ARTÍCULO 1235 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

A.- Efectos de la prueba confesional vertida en la diligencia de exequendo. .100	
B.- Análisis del artículo 1235 del Código de Comercio.	113
C.- Propuesta de reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.	118
CONCLUSIONES.	120
BIBLIOGRAFÍA.	126

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de tesis fue escogido pensando en la necesidad de una reforma integral en el Código de Comercio, pues como simple dato comparativo su promulgación data dos décadas antes de la actual Carta Magna; es decir, desde el año de 1889; contexto socioeconómico y político distinto a la realidad que actualmente afrontamos; lo que evidencia la necesaria transformación de dicha legislación, no obstante las diversas reformas a ciertos artículos, al no corresponder a nuestra actual realidad.

Como ejemplo de lo anterior, exponemos la ineludible reforma al artículo 1235 del Código de Comercio, que impone la obligación al colitigante de solicitar la ratificación de la confesión hecha por su contraria en la contestación de la demanda o en cualquier parte del juicio; ordenamiento que notoriamente se rige bajo el sistema de la prueba tasada o legal, método de apreciación en desuso por casi todas las legislaciones en nuestro país al ser éste un sistema arcaico.

En el caso de nuestra investigación, la confesión tiene su origen cuando se ejercita la acción cambiaria directa en la vía ejecutiva mercantil, pues, en este tipo de procedimientos se dicta un auto de exequendo (auto de requerimiento de pago, embargo y emplazamiento), y al momento de dar cumplimiento a dicho mandamiento judicial se confiese haber firmado o no el documento base de la acción, así como adeudar el monto de lo reclamado; tal manifestación vertida por la parte demandada hecha de manera lisa y llana sobre la verdad de los hechos, debe surtir sus efectos probatorios plenos sin la necesidad de ratificarse como lo ordena el artículo 1235 del Código de Comercio, pues al realizarse sin la intervención o adiestramiento de abogado, se infiere que es una expresión espontánea y sin reservas, medio de convicción

que el juzgador deberá de valorar de acuerdo a las reglas de la sana lógica y la experiencia, aunado a restante valor probatorio que obre en autos.

Hay que señalar, que en la actualidad los juicios ejecutivos mercantiles han tenido gran auge, al ser la forma más rápida para obtener y garantizar las pretensiones del actor, independientemente que sea o no comerciantes, suscribiendo títulos de crédito de los denominados pagarés para asegurar sus actos jurídicos, por lo cual que comúnmente se diriman estas controversias sin tener la calidad de comerciantes; luego entonces que día a día vaya en aumento el índice de demandas por falta de pago de los referidos títulos de crédito. Así las cosas, en cierta forma se ha deformado la naturaleza jurídica de los títulos de crédito y, consecuentemente los juicios ejecutivos mercantiles; trascendiendo que en su calidad de aceptantes deudores en ciertas ocasiones nieguen durante el procedimiento respectivo haber firmado los títulos de crédito, bajo la asesoría del abogado patrono, oponiendo como excepción la falta de firma establecida en el artículo 8º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; no obstante, haber confesado deber la deuda, así como haber firmado el título de crédito.

En tales condiciones, el problema esencialmente consiste en que consideramos inoficiosa la ratificación de la confesión vertida en la diligencia de exequendo, como lo dispone el actual artículo 1235 del Código de Comercio, pues, resulta lógico considerar que si dicha confesión realizada ante la presencia de un fedatario público en el cumplimiento del auto de mandamiento en forma, esta surta sus efectos probatorios desde ese preciso momento, en virtud de que dicho funcionario judicial actúa en el uso de sus facultades al dar fe de lo acontecido en la mencionada diligencia de exequendo.

Ahora bien, la prueba confesional vertida en la diligencia de exequendo, que ordinariamente acontece en el diario quehacer del litigio, no existe uniformidad en los criterios sustentados por los órganos jurisdiccionales al momento de dictar sentencia, resultando inexorable la propuesta reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.

Dicho lo anterior, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos, por lo que respecta al primer capítulo “generalidades” abordo los antecedentes entorno a la prueba confesional, desde su origen en el Derecho Romano, cultura jurídica de indagación forzosa por ser un eje fundamental en la vida jurídica de nuestra nación. Posteriormente investigamos el Derecho Napoleónico, sistema jurídico que también influyó de manera indubitable en la conformación de nuestro ordenamiento mercantil, pues, se dice que el actual Código de Comercio es una réplica del Código Napoleónico. En el caso del Derecho Mexicano únicamente referiremos los datos históricos en torno a las reformas y creación de normas relativas a la legislación mercantil, ya que la misma no aportó nada, en términos generales, a nuestro objeto de investigación, para ello hay que recordar que la integración del Derecho Mexicano no fue unificado, sino por el contrario fue una simple trasplantación del Derecho de Castilla.

De tal manera que, previamente, hay que entender todos los aspectos relativos al derecho probatorio, al ser la prueba confesional objeto de nuestro estudio, entender, en primer término, el concepto de prueba, a quién le corresponde la carga de la prueba, para el caso del juicio ejecutivo mercantil tal carga probatoria corresponde al demandado, y cual es el objeto de la prueba, en la confesión sólo los hechos controvertidos, personales y perjudiciales al absolvente son materia probatoria.

Por otro lado, es de gran trascendencia para nuestra investigación el análisis de los distintos sistemas probatorios, a saber: el sistema de la libre prueba, legal o tasado, y el mixto, pues, desde nuestro punto de vista el sistema acogido por el Código de Comercio resultó oportuno en su momento de promulgación (1889), pero arcaico y anacrónico a nuestra realidad jurídica imperante (2007). Así la valoración de la prueba juega un papel importante en el tema a tratar, ya que si seguimos con el método de la prueba tasada establecida en la actual Código de Comercio, resulta irrelevante el criterio jurisprudencial adoptado por nuestro máximo tribunal en el sentido de que la confesión realizada en la diligencia de exequendo deberá ser valorada de acuerdo con las reglas de la apreciación de las pruebas y en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos, resulta ilógico e incongruente, pues, el restante valor demostrativo en autos se encuentra tasada por la legislación mercantil; en virtud de ello, es preciso una reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.

En el capítulo segundo denominado “la prueba confesional en materia confesional”, analizo todo lo relacionado en torno a la confesión, desde el concepto de confesión, su naturaleza, su objeto, los sujetos y los efectos de la misma, para tener un panorama amplio de todo lo concerniente a la prueba confesional, y estar en condiciones de señalar si la confesión vertida en la diligencia de exequendo necesita o no su ratificación para surtir sus efectos probatorios.

Fue total investigar y estudiar las clases de confesión, señalando que para clasificarlas atendimos únicamente a su lugar, origen y modo, es decir, judicial hecha ante una autoridad competente, ésta la subdividimos en espontánea y provocada, comparando la clasificación del Código de Comercio con el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Adjetiva Civil del Estado de México, ambas establecen que, la confesión puede ser expresa o tácita, expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar

la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; la tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley. La anterior clasificación que robustece la innecesaria ratificación a que se contrae el artículo 1235 del Código de Comercio, pues, en dichas legislaciones consideran a la confesión expresa como la vertida en cualquier acto del juicio; sin embargo ambas legislaciones adoptan distintos métodos de apreciación como lo son la libre prueba y sistema mixto.

En el tercer apartado “juicio ejecutivo mercantil” indagamos sobre el proceso ejecutivo mercantil, pues, la confesión objeto de nuestro estudio se vierte en la diligencia de exequendo, ésta forma parte del citado juicio. Por lo que respecta al proceso estudiamos como se integra la litis, en la fase probatoria analizamos como se ofrece, admite, prepara y se desahoga la prueba confesional.

Considere pertinente analizar por separado el auto de exequendo o auto de mandamiento en forma, ya que dicho proveído esta conformado por el requerimiento de pago, embargo y emplazamiento, actos concatenados que tiene por objeto garantizar el pago de las prestaciones reclamadas por el actor; cabe señalar que en el cumplimiento de dicho mandamiento judicial tiene verificativo la confesión, objeto de la tesis. De igual manera y para efectos de mejor comprender lo argumentado por el suscrito transcribí una diligencia de exequendo.

Tal diligencia consta en una actuación judicial, la que en términos del artículo 1294 del Código de Comercio es prueba plena, por lo que resulta imprescindible su análisis distinguiendo por un lado la actuación y, por el otro, lo que es propiamente la confesión. La ejecución del referido auto y el levantamiento de dicha constancia procesal es obligación del secretario actuario o ejecutor, funcionario judicial de la administración de justicia quien ejecuta

material y jurídicamente dicho auto y recibe la confesión, en su calidad de fedatario público.

El capítulo cuarto denominado “efectos de la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo, reforma al artículo 1235 del Código de Comercio”, realizó un análisis integral-concatenado de las tesis más sobresalientes de los tribunales federales y lo visto en el desarrollo de la presente tesis, resaltando los efectos de la confesión, mismos que suministran valor probatorio sin necesidad de la ratificación a que se contrae el artículo 1235 del Código de Comercio. Resultando preciso señalar que, la intención de la presente tesis es separarnos del modo de apreciación de la prueba tasada como actualmente se rige, es decir, no darle efectos probatorios plenos a dicha confesión, sino al contrario, que ésta sea valorada de acuerdo a la sana crítica y en comunión con el restante valor probatorio constante en autos, ya que consideramos la prueba legal o tasada un método arcaico en comparación al contexto jurídico en que se desenvuelve la sociedad mexicana.

Finalmente y esperando con la presente obra contribuir en modo alguno, primero, en un proyecto de reforma que en mucho favorecería la diversidad de criterios opuestos sustentados por los órganos jurisdiccionales a la caso concreto y, segundo, dar pauta a una reforma integral de nuestro actual Código de Comercio.

**C A P Í T U L O
P R I M E R O.**

G E N E R A L I D A D E S.

A.- Antecedentes de la prueba confesional.

Resulta imprescindible para toda ciencia social primordialmente el estudio histórico del tema a investigar, pues sin ello se podría incidir en errores de apreciación, siendo necesario saber los orígenes de la prueba confesional para entender su verdadera naturaleza jurídica de dicha institución probatoria, y así estar en las condiciones de comprender los efectos de la confesión judicial que se vierte en la diligencia de exequendo.

1.- Derecho Romano.

El estudio del Derecho Romano para nuestra investigación es básico, al ser esta cultura jurídica la fuente histórica por excelencia donde descansa la esencia de nuestro actual sistema de derecho, pues el derecho implantado en la colonia por los españoles tiene sus orígenes en la cultura jurídica citada. De igual modo ésta cultura es en la que encontramos mayor trascendencia en el tema abordado.

El Derecho Romano conoció primero la libre interrogación de las partes, que posteriormente fue remplazada por el interrogatorio formal *per positiones*.¹ En el periodo formulario, época de oro de este derecho, la libre interrogación de las partes consistía en que las partes dialogaban y eran interrogadas entre sí por el magistrado, sin sujeción a las fórmulas sacramentales que caracterizaron al previo sistema de la *legis actiones*. El juez, en esta etapa tenía ya una amplísima libertad para juzgar y no debían de atender más que a su razón, y por tanto, todo lo que las partes deben ejecutar ante él y cuanto el juez debe inquirir además de su propia iniciativa, ha de ir dirigido a iluminar su conciencia. En esta época, la función de la prueba estaba dirigida a formar la libre convicción del juez, quién debía por ello arribar a la decisión a partir de la escrupulosa observación y valoración de los hechos.

¹ DE SANTO, Víctor, La Prueba Judicial, Universidad, Buenos Aires, 1992. P. 242.

Sobre estas premisas, las magistraturas concedían al actor la *interrogatio iure*, por la que el demandado podían ser cuestionado acerca de aquellos hechos que interesaban a la constitución regular de la relación procesal, debiendo el mismo contestar imperativamente o sufrir las consecuencias desfavorables derivadas de su silencio, interrogatorio que habría de ir otorgándose con mayor flexibilidad y amplitud.²

La *interrogatio in iure* consistió pues, en sus orígenes, en la interrogación que el actor dirigía al demandado para determinar la capacidad o la condición en que éste debía actuar en el juicio. En cambio, en la etapa in *iudicio* sucedían diálogos vivos entre las partes que se denominaban *altercatio*, a la luz de cuya confrontación el juez podía ilustrar y formar su convicción, sin perjuicio de su facultad de interrogarlas y autorizarlas a hacer lo propio para investigar la verdad de los hechos debatidos.

En el periodo de la *extraordinarie cognitiones*, el árbitro judicial comenzó a sufrir sustanciales limitaciones por obra de las constituciones imperiales y la labor de la jurisprudencia, aunque reapareció la *interrogatio in iure* que había caído en desuso, con un contenido mucho más amplio, pues comenzó a ser empleada no ya para fijar sencillamente los términos de la litis, sino para excitar a la contraria a confesar, pues, era una pregunta hecha para escuchar la respuesta que daba la otra parte y con la que quedará comprometida.

Siguiendo con el fenómeno que había llevado a incorporar el juramento para la práctica de la prueba testimonial, al poco tiempo se lo agregó a las que habían sido otras preguntas informales, para finalmente dar lugar al interrogatorio formal *per positiones* principalmente por la influencia del Derecho Canónico, en el que se recogieron algunas prácticas del derecho común medieval de origen primitivamente germánico, fundamentalmente, la que

² Kielmanovich, Jorge L. Teoría de la Prueba y los Medios Probatorios, Rubinzal-culzoni Editores, segunda edición, Buenos Aires, 1996. Pp. 473-474.

imponía su silencio o la ausencia de la parte se interpretara como asentimiento respecto de las interrogantes formuladas.

Del Derecho Canónico pasó este medio de prueba a las Leyes de las Partidas (Partida tercera, título XII), al *common law*, y al *Code de Prédure Civile* francés de 1807, en el que subsistiría hasta que la ley del 23 de Mayo de 1942 lo suprimiera, que serviría de modelo al italiano de 1865, y a las leyes españolas de enjuiciamiento de 1855 y de 1881, entre otros ordenamientos procesales, tanto de Europa como de América Latina.³

La prueba por confesión es una de las más antiguas. En el Derecho Romano y en muchos sistemas jurídicos primitivos se le concedió gran importancia; inclusive es considerada la más trascendental, a grado tal que se le calificó como la reina de las pruebas.

La confesión en ciertas épocas estuvo sumamente vinculada con la religión; hay una institución llamada “juramento” que está íntimamente relacionada con el desahogo de la prueba confesional. En los países anglosajones los tribunales ofrecen la declaración precedida por una verdadera ceremonia de juramento con la mano sobre la Biblia.

En México, se encuentra radicada desde hace más de un siglo, sustituyéndose por la simple y penal protesta de decir verdad. El juramento consistía básicamente en una invocación de la divinidad como especie de testigo de la verdad de lo afirmado.⁴

³ *Ibidem*. P. 475-476.

⁴ GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Quinta Edición, Editorial Oxford University press, México, 1998. Pp. 127-130.

2.- Derecho Napoleónico.

El Derecho Napoleónico adquiere relevancia en virtud que, se dice, el Código de Comercio es una simple réplica del Código Napoleónico, legislación donde emana, primero, el juicio ejecutivo mercantil, y después, la confesión que se realiza en la diligencia de exequendo.

En el derecho común europeo, por el contrario, se le otorgó preeminencia a las *positiones*, que más tarde fueron consagradas en casi todos los códigos civiles y de procedimiento civil sancionados después de la revolución francesa, influidos por el Código Napoleón (ejemplos: civil italiano de 1865; alemán de 1887; procedimiento civil español de 1830 y 1855). El interrogatorio formal fue utilizado como una herramienta para obtener la confesión de las partes o su reconocimiento de hechos desfavorables. La confesión, considerada como reconocimiento de hechos desfavorables, constituye una especie de declaración de parte y puede o no resultar del interrogatorio judicial.

La confesión judicial y el juramento se separaron en el antiguo Derecho Común Europeo. Durante largo tiempo, mientras la confesión era considerada como una manifestación *injurada* de hechos desfavorables, el juramento se reducía al denominado “decisorio”, que no se trataba en realidad de un medio de prueba sino más bien de una forma de terminar el pleito, por acuerdo de las partes, ya que una lo ofrecía y la otra lo rendía, sobre hechos comunes.

La simple confesión provocada con el interrogatorio, por una parte, no bastaba y, por la otra, que el único juramento admitido era riesgoso en extremo, pues en definitiva se entregaba el fallo del negocio a la conciencia de la contraparte, de ahí que decayera rápidamente. Esta situación fue corregida en la práctica mediante el árbitro de solicitar el juramento no diferido o indecisorio.

Así las cosas, éste es el origen de la confesión judicial “jurada” provocada por el interrogatorio formal bajo juramento, denominado comúnmente “posiciones”.

En España las posiciones fueron introducidas por la Ley de Enjuiciamiento de 1855, trasladándose con algunas reformas a la Ley de 1881 y, posteriormente a todos los códigos de procedimientos civiles iberoamericanos. Los códigos de Francia e Italia también lo consagran. El Alemán de 1877, por el contrario desconoce las posiciones y la Novela de 1933 contempla su reemplazo el interrogatorio informal de las partes, que aún se conserva y que se ha extendido a otros países.⁵

3.- Derecho Mexicano.

Por lo que atañe al Derecho Mexicano en cuanto a su aportación a nuestro tema de estudio, es muy escaso, pues, en primer lugar el sistema jurídico de la precolonia no regulaba la figura jurídica de la prueba confesional, por lo tanto en cuanto a la aportación jurídica que se haya hecho es relativamente nula.

Ulteriormente el sistema legal de la colonia se integraba por el derecho indiano y el castellano o español. Cabe señalar que el conjunto de cuerpos legales y disposiciones de diverso origen que se aplicaron en las indias ha sido llamado Derecho de las Indias, y para su estudio se divide en peninsular y criollo; el primero se dictaba desde la metrópoli para las indias, el segundo es el que en éstas dictaban las autoridades locales. No obstante ello, en las indias se aplicaban también los cuerpos jurídicos y disposiciones legislativas castellanas y las costumbres indígenas que no fueran en contra de los principios de la religión católica ni los intereses del Estado. El conjunto de todos

⁵ DE SANTO, Víctor. *Op. cit.* Pp. 243-244.

estos ordenamientos constituía el orden jurídico de cada territorio, en el caso de México, el Derecho Novohispánico.⁶

El Derecho Castellano o Español se fundaba en el Derecho Romano, Canónico y Germano; era en sí, según el ordenamiento de Alcalá de 1348 y la confirmación de las leyes del Toro de 1505, la nueva Recopilación de 1567, la Novísima Recopilación de 1805, los mismos ordenamientos de Alcalá, fuero Real, la siete partidas y las leyes del Toro. Todas estas se aplicaban supletoriamente al derecho indiano.⁷

De lo anterior se puede aseverar que el sistema jurídico adoptado en la Nueva España fue una simple trasplantación del Derecho Castellano, es decir, no constituyó un sistema unificado, sino por el contrario un sistema legal casuístico.

En relación a la confesión, la multiplicidad de ordenamientos creaba confusiones, sin embargo gracias a la obra del jurista Juan N. Rodríguez De San Miguel, intitulada "Pandectas Hispano Mexicanas", podemos establecer ciertas características de la época:

- 1.- Reconoce la figura de la personería a la representación; permite la confesión del menor, o incapaz a través del tutor o representante.
- 2.- Prohíbe el aseguramiento de las partes al momento de rendir la confesión; de igual modo las declaraciones del abogado o representante afecta a la parte que defiende.
- 3.- Reconoce el juramento, permite interrogatorio directo del juez a las partes, reconoce las posiciones.

⁶ VENTURA BELEÑA, Eusebio, Recopilación Sumaria, Tomo I, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991. Pp. XXIII-XXV.

⁷ MARGADANT S., Guillermo Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, decimoctava edición, Esfinge grupo editorial, S.A., México, 2002. Pp. 131-133.

- 4.- Otorga carácter privilegiado a la confesión, pues en algunos casos el silencio provoca confesión, en otros será necesario su presencia, incluso a la fuerza.
- 5.- Se sancionará al demandado que no se presente al juicio.
- 6.- Regula la figura de la revocación de confesión en el acto de su rendición.
- 7.- Sólo produce efecto de confesión la perjudicial al absolvente, no produce efectos la declaración de hechos ajenos o ignorados; estableciendo patrones de división e indivisión de la confesión.

En resumen, no obstante que se carecía de un sistema jurídico propio, también existían contradicciones en el cúmulo de ordenamientos y anarquía en su aplicación, ya que la legislación colonial exclusivamente acopió diversos ordenamientos que produjeron incertidumbre y contradicción en su aplicación.

Por último, en la época independiente los constantes movimientos de rebelión y cambio de gobiernos agudizaron la incertidumbre legal existente, pues al romperse los nexos con España, el 21 de septiembre de 1821, surgió el problema de la continuidad de las instituciones jurídicas coloniales, pues, como es lógico, el sistema legal no se podía improvisar de la noche a la mañana, por lo tanto los primeros años de gobierno tuvieron que seguir utilizando las estructuras jurídicas creadas por la Nueva España, en tanto no se opusieran a los principios políticos de la joven nación independiente.⁸

Por decreto de 17 de octubre de 1814, se ordenó la vigencia de todas las leyes coloniales, siempre y cuando no se opusieran al régimen independiente. Es Antonio López de Santa Ana quien, el 15 de noviembre de 1841, crea la primera ley mercantil con el decreto de organización de las juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, sin embargo, no aportó elementos innovadores a nuestra figura procesal.

⁸ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Historia del juicio ejecutivo civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1977. P. 15.

El 16 de mayo de 1854 se creó el código Lares, una codificación Mercantil de vigencia local, interrumpida en 1855 por decreto de Maximiliano de Habsburgo quién ordenó la nueva vigencia de las ordenanzas de Bilbao. En 1857 se reforma el artículo 73 fracción V de la Constitución mexicana y se declara de interés federal el comercio. En 1884 crea Don Joaquín Barrada el Código de Comercio de vigencia federal, inspirado en el español.⁹

Por último, el 1º de enero de 1890 entra en vigor el Código de Comercio vigente hasta nuestros días, mismo que ante la carencia de diversos dispositivos procesales, le son supletorios en su origen el Código de Procedimientos Civiles local, y actualmente a partir de las reformas de 13 de junio del año 2003 es el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Como hemos visto el periodo independiente es muy pobre en cuanto a sus aportaciones a la confesión, pues omitiendo la basta actividad codificadora, los ordenamientos son inspirados de las legislaciones de España y Francia. La única relevancia surge con la sustitución de juramento por la protesta de decir verdad formulada en el procedimiento.

B.- Derecho probatorio.

El Derecho Probatorio ocupa un lugar preponderante, pues en este apartado estudiamos los elementos que conlleva la palabra prueba, para posteriormente analizar la institución jurídica de la prueba confesional, al ser está parte de los diversos medios de convicción que existen, luego entonces que sea menesteroso el entendimiento de tal tema.

La prueba es un elemento esencial para el proceso, es una condición fundamental para que la sentencia estime fundada la demanda. Es por esto que

⁹ MARGADANT S., Guillermo Floris. *Op. cit.* Pp. 190-191.

tiene importancia el estudio de la prueba al grado que se habla de un derecho probatorio, la que se entiende como la disciplina que estudia las formas que regulan la actividad demostrativa en el proceso.¹⁰ Eduardo Conture, al respecto señala que comprende los aspectos siguientes:

- I.- Concepto de prueba. (qué es prueba)
- II.- Objeto de la prueba. (qué se prueba)
- III.- Carga de la prueba. (quién prueba)
- IV.- Procedimiento probatorio. (cómo se prueba)
- V.- Valoración de la prueba. (qué valor tiene la prueba producida)
- VI.- Medios de prueba. (con qué prueba)

1.- Concepto de prueba.

Etimológicamente, el vocablo prueba (al igual que *probo*) deriva de la voz latina *probus*, que significa bueno, honrado, así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico; o, según otros autores, de la palabra *probandum* que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar o hacer fe, según expresan varias leyes del Derecho Romano.¹¹

El vocablo “prueba” generalmente es utilizado para designar los distintos medios con los que puede acreditarse la existencia de un hecho. En su acepción lógica, podríamos exponer que “prueba” es demostración o comprobación de la verdad de una proposición, cualquiera fuera su naturaleza. De lo anterior dicha noción trasciende al campo del derecho, pues esa actividad, se halla presente en múltiples manifestaciones de la vida cotidiana y en todas las ciencias, artes y técnicas. Bajo ese contexto prueba es la

¹⁰ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1966. P.91.

¹¹ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* Pp. 19

demostración de la existencia de un hecho ignorado o no afirmado, como la afirmación de un hecho supuesto previamente afirmado. De tal modo que, probar es una acción tendiente a hallar algo incierto, así como la demostración de la verdad de algo que se afirma como cierto.

La indagación sobre ello es de suma importancia para la ciencia del derecho procesal, sin ello difícilmente puede concebirse la existencia de los derechos subjetivos, sin que haya la oportunidad para la demostración de los hechos que constituyen el presupuesto de las normas, y por el otro, de los que afirman precisamente como contrarios u opuestos a ellos y autorizan la intervención del órgano judicial para restablecer o garantizar su observancia.

Dicho ello, sólo así se puede apreciar la trascendencia de la prueba, pues de poco puede servir a una persona ser titular de derechos si en el momento procesal oportuno no lo logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal que reclama. De otra manera, quién no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado de los hechos de que depende su derecho, es como no hubiese tenido nunca el derecho.

En tal consideración, el derecho probatorio como la historia pertenecen al grupo de ciencias reconstructivas; es decir la prueba está dirigida a reconstruir histórica o lógicamente los hechos acontecidos en el pasado, y que pueden subsistir en el presente, a través de leyes que rigen el proceso. Tal actividad reconstructiva gira entorno a los hechos, pues toda norma jurídica representa un mandato hipotético, es decir, supone determinada situación y manda respecto de ella.

Individualizada, hace falta comprobar una situación idéntica a la situación supuesta y mandar de idéntico modo respecto a ella; el mandato

hipotético se convierte así en mandato real. La comprobación de la identidad (o la diferencia) de la situación supuesta por la norma y de la situación supuesta en el pleito (causa) es el fin del proceso y el objeto del juicio.¹²

Por lo que se deduce que la “prueba” ocupa un lugar de gran trascendencia, no sólo para nuestro estudio, sino, para toda la ciencia del derecho a grado tal que se le ha considerado el arte de probar.

Vista la trascendencia que ocupa la noción de “prueba”, indagamos sobre los doctrinarios más autorizados y que consideramos más apropiados, quienes nos proporcionan las siguientes definiciones:

Planiol, llama a la prueba, “todo procedimiento empleado para convencer al juez de la verdad de un hecho”.

Definición de Laurent, dice que, “la prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho”.

Alcalá Zamora, señala: (en sentido estricto) “la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso; (en sentido amplio) la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, independientemente de que éste se obtenga o no”.¹³

¹² *Ibidem*. P. 22.

¹³ MATEOS ALARCON, Manuel, Las Pruebas en Materia Civil Mercantil y Federal, Primera Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991. P. 2.

Con ello podemos afirmar que la palabra prueba se emplea para designar a “los medios de prueba”, es decir, los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso. La “prueba” tiene un carácter positivo, pues es una “actividad probatoria” tendiente a lograr ese cercioramiento, con independencia de que éste se logre o no; y cuando es acreditado se afirma que ha probado, cuando ha logrado el cercioramiento del juzgador.

Destacando que cuando nos referimos a la convicción del juez, no identificamos esta noción con la verdad. No podemos decir que el juez tiene que llegar a la verdad, ya que ésta puede ser inaccesible; pero sí tiene que procurar convencerse de que ha alcanzado esa verdad; ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto; en tanto que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad y, para llegar a dicha certeza, utilizará todos los medios probatorios que autoricen las leyes procesales. Sólo en caso de imposibilidad absoluta de lograr certeza, recurrirá a las reglas sobre la carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó de cumplirla.¹⁴

2.- Carga de la prueba.

La carga de la prueba en la legislación mercantil se rige por el silogismo imperante que reza “el actor debe probar su acción, y el reo sus excepciones”; de ahí que ocupe y sea menesteroso el análisis correspondiente.

Previamente la doctrina moderna precisa que la carga de la prueba incluye la tarea de precisar a quién de las partes en el proceso se le atribuye el

¹⁴ ARAZI, Roland, La Prueba en el Proceso Civil, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001. P. 32.

deber de acreditar los hechos que ha invocado si desea un resultado favorable a sus intereses.

Etimológicamente el término “carga” proviene de la voz latina *onus*, el concepto de “carga” tiene su propio significado dentro de la teoría general del proceso; es decir, la carga señala la necesidad del sujeto de obrar de determinada manera, a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables de su omisión.

Algunos autores difieren si la carga deba ubicarse en la categoría de los “deberes” o de las “prerrogativas”, ya que los primeros señalan que la carga es un imperativo del propio interés; los segundos consideran que el concepto de “carga” se encuentra mal enfocado, pues nadie tiene la obligación de triunfar. Así Eduardo J. Couture, expresa que “el tema de la carga de la prueba supone saber quién prueba: “cual de los sujetos que actúan en el juicio (el actor, el demandado, el juez) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate.”¹⁵

En lo relativo a la carga de la prueba se ha mantenido hasta nuestros días la frase latina “*onus probandi*” que se traduce como “carga de la prueba”. Para José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, la carga de la prueba “representa un gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados”.

La carga procesal no es una obligación jurídica para las partes probar los hechos que han aducido, en cambio, sí constituye una carga pues deberán

¹⁵ COUTURE, Eduardo J., Estudios de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1950. P.143.

probar los hechos si tienen el interés en la obtención de un fallo que sea favorable a sus intereses.

El Código de Comercio en los artículos 1194 al 1196 regula la “carga de la prueba” de la siguiente manera:

“Artículo 1194. El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción, y el reo sus excepciones”.

“Artículo 1195. El que niega no está obligado a probar sino en el caso de que su negación envuelva afirmación expresa de un hecho.”

“Artículo 1196. También está obligado a probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce una presunción legal que tiene a su favor el colitigante.”

Los dispositivos transcritos ameritan el siguiente comentario:

a) El artículo 1194, al igual que los artículos 1195 y 1196 aluden a una obligación de probar. Recalcando que probar no es una obligación jurídica sino una carga procesal, es decir, la parte intentará probar si desea un resultado favorable. Si desea dejar de aportar pruebas idóneas cuando es necesario que pruebe, el resultado le será desfavorable por no haber probado sus acciones o sus excepciones.

b) Todo aquel que afirma debe probar tales afirmaciones. Éstas pueden constituir el contenido de una acción o una excepción.

c) Los sujetos a quien se establece la “carga de la prueba”, son al actor y al demandado. Al juez no se le propone ni se le exige la “carga de la prueba”.

d) Se asienta la regla general de que quien niega no está obligado a probar, dada la dificultad que encierra probar hechos negativos. Esta regla tiene dos excepciones: primero, que la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho y, segundo, que al negar desconozca la presunción legal que tiene a su favor el colitigante.¹⁶

No obstante que la “carga de la prueba” es compartida para actor y demandado, por lo que concierne a los juicios ejecutivos mercantiles el documento base de la acción es una prueba preconstituida de la misma, dejando la “carga de la prueba” al demandado el acreditar sus excepciones.

3.- Objeto de la prueba.

Dada la trascendencia de la prueba, se infiere que para la realización de la norma jurídica habrá de acreditarse con la coincidencia entre la situación supuesta en ella y la situación supuesta en el juicio.

El objeto de tal acreditación los hechos; éstos representan básicamente el centro procesal de la prueba, pues, la norma supone ciertos y determinados hechos a los que asigna consecuencias o efectos jurídicos para el caso de su inobservancia; es decir la norma jurídica contiene una afirmación hipotética: si los hechos son tales, se aplica esta regla, se produce la consecuencia jurídica.

¹⁶ ARRELLANO GARCÍA, Carlos, Práctica Forense Mercantil, Porrúa, Novena edición, México, 1995. Pp. 355-358.

Por lo que los hechos o la inexistencia de los mismos, se consideran como presupuestos de la pretensión o la defensa, de tal forma que constituirán el objeto de la prueba judicial.

Se precisa que el objeto de la prueba, alude a lo que debe probarse, a lo que será materia de prueba. En tal sentido, puede ser objeto de la prueba el derecho o los hechos; pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados; por ejemplo: los hechos admitidos, los notorios, los evidentes, los normales, y no todo el derecho son materia de prueba. El objeto de la prueba está constituido por “los hechos dudosos o controvertidos”.¹⁷

Hay necesidad de probar los hechos conducentes plasmados por las partes en los escritos constitutivos del proceso alegados como hechos nuevos, siempre que no estén exentos de prueba.

En el caso de nuestra investigación, los ordenamientos del derecho procesal civil y mercantil delimitan el objeto de la prueba con cierta precisión, al regirse en el principio *jura novit curia*; es decir, únicamente los hechos esta sujetos a prueba, exigiendo solo la prueba del derecho cuando se trate del derecho consuetudinario.

La delimitación del objeto de la prueba no sólo son los hechos discutidos, sino que también por los hechos que sean a la vez, discutidos y discutibles, excluyéndose del objeto de la prueba a los hechos presumibles legalmente, los hechos irrelevantes y los hechos imposibles o notoriamente inverosímiles.

¹⁷ DE PINA, Rafael, Tratado de las Pruebas Civiles, Segunda Edición, Porrúa, México, 1975. P. 55- 68.

El Código de Comercio, al respecto, establece en su artículo 1197 “Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.”

La trascendencia de la prueba, tiene por objeto los hechos y no el derecho. La ley no se prueba en el sentido estricto de la palabra, como dice Demolombe, sino que se presenta y si es oscura, se le interpreta.¹⁸

C.- Apreciación de la prueba.

El estudio de los sistemas de apreciación probatoria es indispensable para nuestra tesis, pues, considero inadecuado el contenido del artículo 1235 del Código de Comercio, que prevé la ratificación de la confesión no hecha al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en presencia judicial; para que ésta surta sus efectos probatorios plenos; método de valoración tasada que no comparto, siendo así fundamental y básico el análisis correspondiente.

La primera interrogante que nos hallamos en su análisis es ¿qué debemos entendemos por valorar o apreciar la prueba? Al respecto Hernando Devis Echandía entiende que “es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.”¹⁹

Producida la prueba, fijados los hechos que interesen a la litis a través de los medios autorizados por el ordenamiento aplicable, corresponde al

¹⁸ MATEOS ALARCON, Manuel. *Op. Cit.* Pp.62-63.

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, P. 141.

juez, al dictar sentencia, pronunciarse sobre la eficacia o atendibilidad de la prueba.

Tal apreciación la hará el juez al momento de dictar sentencia definitiva, convirtiéndose en su facultad por excelencia. Por otro lado, será el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, definiendo si las pruebas presentadas en el proceso han sido provechosas o irrelevantes, es decir, si la prueba cumple o no con el fin procesal a que estaba dirigida, destinarle convicción al juez.

Se han enunciado tres sistemas de valoración de la prueba, a saber: la prueba libre, prueba tasada y mixto; ²⁰ sin embargo, para la doctrina son: las pruebas legales; el de la libre apreciación o libre convicción, y el de la sana crítica.

Aclarando que el objetivo de la presente tesis no es entrar en un debate doctrinario; sin embargo, resulta oportuno precisar que compartimos el criterio ²¹ que consiste en que la libre convicción y la sana crítica se encuentran fusionadas en uno solo. En tales condiciones procedemos a indagar sobre dichas técnicas de valoración.

1. Sistema de la prueba legal o tasada.

En este sistema la valoración de las pruebas no depende del criterio del juez. La valoración de cada uno de los medios de prueba se encuentra

²⁰ ARAZI, Roland. *Op. cit.* P. 142.

²¹ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* P. 138.

previamente regulada por la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente, prescindiendo de su criterio personal.

Jorge Kielmanovich al respecto dice: “El sistema de la prueba legal o tasada o tarifada determina apriorísticamente el valor que corresponde atribuir a la prueba, o impone o excluye a otros para la demostración de los hechos.”²²

Históricamente el sistema de la prueba legal fue introducido por el proceso inquisitorio, que sustituyó al acusatorio del periodo primitivo y, que posteriormente a la caída del imperio romano representó un avance significativo en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron aquella época.²³

De tal manera que en este sistema el juez interpreta el resultado de la práctica de la prueba, el texto legal aplicable en relación con el mismo. Sea cualquiera la convicción que el juez obtenga del resultado de la prueba, no prevalece ésta si no coinciden con la valoración legal fijada en la ley.

El legislador impone un criterio legal de valoración de las pruebas, que se encuentra más capacitado que el juzgador para señalar las normas que pueden conducir al acierto en tales casos, pero, en realidad, ésta es una suposición sin fundamento, contraria a toda experiencia.

En tales condiciones, definimos a este sistema como aquel: en que la convicción del juez no se forma espontáneamente por la apreciación de las

²² *Idem.*

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 64.

diligencias probatorias practicadas en el proceso, sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio. En él la prueba tiene un valor inalterable y constante independientemente del criterio del juez.

El derecho moderno ha rechazado el sistema de la prueba tasada o legal; pues se sostiene que dicho sistema se caracteriza no sólo por la desconfianza en relación con la moral de la magistratura, sino en la capacidad técnica y en su falta de interés por la función que le está encomendada.

Carnelutti, al reconocer que la libre apreciación de las pruebas, cuando ésta operación es la obra de un buen juez, señala que “es el medio mejor para alcanzar la verdad”, siendo la crítica más severa que se puede hacer del sistema de la prueba tasada.²⁴

Siguiendo con sus detractores,²⁵ Devis Echandía señala que las desventajas son las siguientes:

I.- “Mecaniza la función del juez en tan importante aspecto procesal, obstaculizando su criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.

II.- En la tarifa legal, sólo se consigue la declaración de la verdad formal y no la verdad real, pues con frecuencia la declaración de verdad es una simple apariencia formal.

²⁴ CARNELUTTI, Francisco, Sistema del Derecho Procesal Civil, Uteha, Buenos Aires, 1944. P.253.

²⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 66.

III.- Consecuencia de ello, se produce una separación entre la justicia y la sentencia, ya que se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a las formas abstractas, olvidándose que el derecho tiene como fin primordial la armonía social, para lo cual es indispensable la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y la justicia.”

Resulta oportuno precisar que, éste sistema de valoración es el más remoto de todos, de igual modo, es de suponer lógicamente que la prueba legal corresponde a civilizaciones organizadas jurídicamente, pues implica una regulación minuciosa que no fue coincida en sociedades primitivas. Sin embargo, su permanencia en nuestra legislación resulta inexplicable y arcaica, pues es apodíctico el prestigio que ha ocupado día a día la administración de justicia en México.

El Código de Comercio adopta casi en su totalidad la tasación de las pruebas, como ejemplos establece: la confesión judicial cuando se satisfagan los requisitos de ley, los instrumentos públicos, las actuaciones judiciales, los documentos privados no objetados, los documentos que un litigante presente como prueba, prueban en su contra, el reconocimiento o inspección judicial y los avalúos, todos ellos, harán prueba plena.

En tales condiciones podemos afirmar que: en este método no existe formalmente una apreciación de la prueba, pues el legislador previamente regula el valor de la prueba, prescindiendo del criterio del juez, constriñéndose acatar la ley. Sistema que es arcaico y se encuentra en desuso en países desarrollados.

2. Sistema de la prueba libre.

Este método de apreciación de la prueba resulta de gran interés para la presente investigación, al inclinarnos por éste sistema, sosteniendo que es la mejor forma de valorar la prueba y, consecuentemente la impartición de la justicia al hacerse manifiesta en la sentencia; de tal modo que optamos por que éste sistema prevalezca en el artículo 1235 del Código de Comercio.

Ésta técnica otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas. El sistema de la prueba libre no sólo concede al juez, la facultad de apreciarla sin traba legal de ninguna especie, sino que esta potestad se extiende, igualmente, a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valoración.

Conviene advertir, sin entrar en un debate dogmático, que se han enunciado tres sistemas de valoración de la prueba,²⁶ para Eduardo J. Couture son: las pruebas legales; el de la libre apreciación o libre convicción, y el de la sana crítica.

Ante ello, precisamos que “la libre convicción”, es el razonamiento del juez que no se apoya necesariamente en los medios de convicción ofrecidos por los contendientes. La “sana crítica” exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso; tal distinción entre la libre convicción y la sana crítica es errónea.

²⁶ Cfr. COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.* P. 221.

Explica Devis Echandía que sólo hay dos formas de apreciar la prueba: el valor fijado por el legislador o lo de establecer libremente el juez. La mayor o menor motivación no justifica la inclusión de un tercer sistema.²⁷

Eduardo J. Couture, expresa que “en la libre convicción el razonamiento del juez no se apoya necesariamente en la prueba que le exhibe el proceso ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad “con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún en contra la prueba de autos.”²⁸

El sistema de la libre apreciación de la prueba, en concreto es, aquél en que la convicción del juez no está ligada a un criterio legal, formándose, por tanto, respecto a la eficacia de la misma, según una valoración personal, racional, de conciencia, sin impedimento alguno de carácter positivo. Éste sistema ha sido llamado también de la persuasión racional del juez.

Por lo que respecta a objeto de nuestro estudio, el Código de Comercio adopta el sistema de la prueba tasada como lo hemos demostrado; sin embargo, por exclusión no pertenecen a dicho sistema: los dictámenes periciales (no avalúos) y la prueba testimonial, acogiendo la libre valoración de la prueba.

Bajo este sistema se rigen, entre otras legislaciones, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 402-403 con exclusión de los documentos públicos), la Ley Federal del Trabajo (artículo 841), Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (artículo 1.359).

²⁷ Vid. ARAZI, Roland. *Op. cit.* P. 143.

²⁸ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1966. P.273.

3. Sistema mixto.

Actualmente, es la que inspira la mayor parte de los Código de Procesales. El predominio del libre criterio del juez o del criterio legal en la apreciación de los resultados de los medios de prueba es lo que permite dar la calificación de prueba libre o tasada, en uno u otro caso.

El sistema mixto, que es el vigente en la legislación procesal mexicana, pretende disminuir los inconvenientes de la aplicación tajante de cualquiera de los dos sistemas anteriores.

La combinación de los principios de la prueba legal y de la prueba libre tiende a resolver el contraste tradicional entra la necesidad de la justicia y de la certeza. Frente al problema de la prueba tasada o libre, Moreno Cora señala “es preferible adoptar un sistema según el cual se establezcan reglas de apreciación de la prueba, pero cuidando de que éstas vayan de acuerdo con los principios generales aceptados en materia de crítica, y dejando siempre cierta amplitud a la conciencia del juez para que nunca la certidumbre moral sea diversa de la certidumbre judicial.”²⁹

Como se ha dicho las diversas legislaciones procesales adoptan éste sistema, sin embargo con cierto predomino con la libre apreciación. Acogen el sistema mixto el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículos 197-218), el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos 246-261), el Código Federal de Procedimientos Penales (artículos 279-290). En estos ordenamientos hay diferencias, pues por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal tasa el valor probatorio de casi

²⁹ DE PINA, Rafael. *Op. cit.* Pp. 55- 68.

todos los medios de convicción, en tanto el Código Federal de la misma materia deja a la libre apreciación del juzgador la mayor parte de ellos, y les confiere el mero valor de indicios, incluso a la confesión.

D.- Principios rectores de la actividad probatoria.

El estudio de los principios rectores del proceso tiene por objetivo para nuestra investigación establecer cuáles con las características axiológicas que debe contener todo medio de convicción, para poder concluir que la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo es perfecta sin la necesidad de su ratificación para que surta sus efectos probatorios, pues se afirma que: “los principios rectores de proceso son la vía donde el juez y las partes podrán orientar su criterio para la recepción, práctica y evaluación de la prueba”.

En sentido estricto los principios de la prueba son el eje fundamental de la actividad probatoria; sin embargo, en sentido amplio los principios forman parte del derecho, pues nuestro sistema jurídico adopta como fuentes formales indirectas los principios generales del derecho. En la Edad Media y aludiendo la doctrina tomista, los principios generales del derecho se identifican con el derecho natural; es decir con el derecho justo y no se le concibe como una fuente subsidiaria, sino como elemento implícito en la ley escrita, sirve para identificar ésta con el derecho natural revelado por la divinidad.³⁰

En México, el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone el deber a los jueces de resolver a la brevedad posible las controversias sometidas a su consideración, no sólo estando obligado a esclarecer las dudas que se susciten de las disposiciones

³⁰ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, Séptima edición, Porrúa, México, 1985. Pp. 45, 60-62.

legales aplicables, recurriendo a la interpretación, sino que a falta de la ley aplicable, deben de resolver las controversias recurriendo a los principios generales del derecho. De ahí que surja su relevancia para nuestro estudio, en donde los principios rectores de la actividad probatoria podrán aclarar las dudas y resolver los problemas que la compleja actividad probatoria les presenta.

1.- Necesidad de la prueba.

Este principio alude la necesidad de que los hechos sobre los que debe fundarse la decisión judicial hayan sido demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el juez. Así “la necesidad de la prueba” tiene no sólo su fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado, sin que los jueces puedan suplirlas con el conocimiento personal privado que tengan sobre ellos.

Bentham es enfático al negarle todo mérito probatorio al conocimiento privado del juez, porque “no basta que su decisión sea justa, sino es necesario que además lo parezca”.³¹ En concreto podemos decir que este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

³¹ BENTHAM, Jeremías, Tratado de las Pruebas Judiciales, volumen II, ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, Buenos Aires, 1971. Pp. 95-97.

2.- Contradicción de la prueba.

Este principio señala que la parte contra quien se propone la prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar. Es decir, que debe incorporarse al litigio con conocimiento y audiencia de todas las partes. Viola este principio la prueba secreta practicada con conocimiento de los litigantes o uno de ellos y la aplicación del conocimiento privado del juez sobre los hechos que no constan en autos. De tal manera que cuando la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, debe ratificarse posteriormente durante su trámite, para que este principio quede satisfecho. Este principio no es sino una manifestación específica del principio de contradicción que debe regir en general toda la actividad procesal.

En cuanto a la prueba confesional que se vierte en la diligencia de exequendo el confidente tendrá derecho ha ofrecer pruebas que desvirtúen lo contrario en cuanto a su confesión hecha en tal diligencia; sostener lo contrario vulneraría su garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se deriva el principio de contradicción de la prueba.

3.- Principio de espontaneidad de la prueba.

Este principio que concentra otros más como la naturalidad y licitud de la prueba, se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo infrinja debe ser considerada ilícita y, sin valor jurídico.

En cuanto a la licitud de la prueba, hay que señalar que, hubo un largo período de la humanidad que se ejercían sobre los testigos y las partes las más absurdas y crueles coacciones para obligarlos a declarar de un modo determinado. Apenas si será necesario remarcar que todos ellos violaban la libertad subjetiva, razón por la cual puede sostenerse válidamente que resultan prohibidos en virtud de este principio.

Por lo que atañe a la espontaneidad de la prueba se deduce que resulta apriorístico señalar que, como todo medio de convicción realizado de manera voluntaria goza de gran relevancia para el proceso, más si está es dada naturalmente, y sin coacción de ninguna especie.

En cuanto a la prueba confesional judicial que se vierte en la diligencia de exequendo, podemos afirmar que tal prueba converge categóricamente con el principio de espontaneidad de la prueba, pues dicha confesión es una declaración de verdad que es susceptible de producir consecuencias jurídicas, sobre todo cuando se realiza espontánea, lisa, llanamente y sin reserva de ninguna índole; apartándose de toda lógica jurídica la ratificación que consagra el artículo 1235 del Código de Comercio.

CAPÍTULO
SEGUNDO.

LA PRUEBA EN
MATERIA MERCANTIL.

A.- Concepto.

En el capítulo anterior se estableció que la historia del derecho procesal ha considerado a la prueba confesional “la reina de las pruebas”, de ahí que su estudio para nuestra investigación tenga que ser exhaustiva y analítica en torno a su concepción, para estar en condiciones de afirmar o negar que la confesión hecha en la diligencia de exequendo es o no susceptible de producir consecuencias jurídicas sin necesidad de ratificación.

Etimológicamente, la palabra confesión, proviene del latín “*confessio*”, por confesión se entiende “el acto de prueba proveniente de cualquiera de las partes por el que se reconoce o admite, en su perjuicio, la verdad de los hechos aseverados por el adversario”. Demetrio Sodi manifiesta que la confesión para los antiguos la llamaban “*pro-batis probatissima*” por ser considerada en su tiempo como la más eficaz y la más selecta de todas las pruebas. Apunta que las Leyes de Partida la denominaban “*cognoscencia*”; a la definirla como “el reconocimiento claro y explícito de los hechos alegados por el contrario o del derecho del mismo, verificado por uno de los litigantes, ante juez o tribunal competente, en la forma prevista en la ley”.³²

Conviene precisar que, la representación de los hechos sucedidos en el mundo físico, en tanto puedan provenir u originarse en la declaración de personas, pueden establecerse a partir de dos principales fuentes: por un lado, de las propias partes, y por el otro, de los testigos, entendiéndose éstos como terceros extraños a la relación procesal. Dicho de otra manera, el testimonio humano en general puede provenir de las partes así como de terceros del proceso, de dicha distinción, suele denominarse “confesión” la declaración de las partes, y calificar de “testimonio” la declaración de terceros.

³² Cit. por ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.* Pp. 381, 385-387.

Hernando Devis Echandía al respecto señala que, “uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Ésta es el género y la confesión una de las especies, es decir, toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no confesión”.³³

Del concepto general de declaración de partes, podemos distinguir dos, la declaración en que los hechos contenidos son perjudiciales para el declarante (la *contra se declaratio*) y aquella otra en la que el testimonio carece ya de ese efecto, o siquiera de una directa e inminente finalidad (*pro se declaratio*) la declaración favorable al declarante, o de una simple narrativa informativa o aclarativa.

Kielmanovich señala en este sentido que, “es erróneo el concepto que equipara el testimonio de las partes con la confesional, pues, si bien toda confesión constituye un testimonio, no todo testimonio apareja una confesión, al menos en tanto a ésta se la defina a partir de la nota del contenido desfavorable de la declaración para el confesante, o favorable para el adversario”.³⁴

Es oportuno citar algunos conceptos sobre la prueba confesional hecha por los más destacados procesalistas internacionales, quienes nos precisan que debemos entender por confesión para estar en condiciones de arribar a un concepto propio, siendo los siguientes:

Según la clásica definición de Mattiolo, se entiende por confesión “al testimonio que una de las partes hace en contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo”.³⁵ Ugo Rocco, indica que “la confesional existe la declaración que una parte hace acerca de la verdad de los hechos para sí desfavorables y favorables para la contraria”. Se alude al

³³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op cit.* Pp. 249, 252.

³⁴ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* p 477.

³⁵ *Ibidem.* P. 478.

resultado favorable de la confesional pero, tal probanza también puede rendir resultados desfavorables.³⁶ Por citar a otros más, Lessona definió a la confesión como “una declaración judicial o extrajudicial, en que una parte capaz de obligarse, con animo de suministrar a la otra una prueba que redunde en su perjuicio, reconoce, total o parcialmente, la verdad de una obligación o de un hecho que es susceptible de producir efectos jurídicos.”³⁷

No obstante lo anterior, en nuestra opinión consideramos que la definición más apropiada es hecha por Devis Echandía quien señala que la “Confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso”.³⁸

Para el procesalista mexicano Eduardo Pallares señala que, “se entiende por confesión la admisión tácita o expresa que una de las partes hace de hechos propios, de los controvertidos en juicio, reconociendo que son verdaderos y en perjuicio propio”.³⁹

En tales condiciones, considero que la prueba confesional es el medio de convicción realizada por las partes en el proceso, siendo está una declaración o reconocimiento de la verdad sobre hechos controvertidos y desfavorables al confidente que es consiente y capaz, sea de forma expresa o tácita.

³⁶ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.* Pp. 385-387.

³⁷ MATEOS ALARCON, Manuel. *Op. cit.* P. 48.

³⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 284.

³⁹ PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, decimotercera edición, Porrúa, México, 1989. P. 380.

Por lo que respecta a nuestra investigación, es decir la confesión realizada en la diligencia de exequendo, encuentra una “limitación” si la podemos catalogar así, pues en muchas de las ocasiones la citada diligencia no necesariamente se entiende con el demandado (ya que de un análisis lógico-jurídico integral y concatenado de los dispositivos 1393 y 1394 del Código de Comercio, se colige que en términos generales puede ser un extraño a la relación procesal con quien se entiende la diligencia de exequendo) arribando a la conclusión que únicamente la declaración del demandado es susceptible de calificarse de “confesión”, no así la que manifieste un tercero.

1.- Naturaleza Jurídica.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la confesión no existe acuerdo uniforme en la doctrina sobre ella. El concepto que se tenga respecto al “*animus confitendi*” como requisito para la existencia de la confesión influye decisivamente sobre este punto. Existen diversas tesis que explican la naturaleza jurídica de la confesión, entre ellas puede citarse:

a) La que considera un negocio jurídico a la confesión. Ello con fundamento en ciertos ordenamientos legales extranjeros que equiparan la capacidad para confesar con la que se requiere para disponer del derecho material y que autoriza la revocación de la confesión cuando concurre algún vicio del consentimiento. De ella toman su fundamento los que ven a la confesión como:

a’) Una declaración bilateral de la voluntad; un acuerdo de voluntades entre el confesante y su adversario mediante el cual el primero renuncia a un derecho o reconoce una obligación en beneficio del segundo;

b’) Una declaración unilateral de la voluntad; y

c’) Un negocio jurídico de naturaleza procesal.

Quienes consideran la confesión como declaración de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado, como consecuencia de exigir para la existencia de la confesión, que tenga el *animus confitendi*, entendido como renuncia al derecho sustancial. Pero ni la confesión es un contrato, ni para su eficacia se requiere la aceptación de ella por el adversario; por otra parte, la confesión prueba del derecho, pero no lo crea ni modifica y tampoco lo extingue, pues es un instrumento para la convicción del juez sobre los hechos del proceso, y por tanto su naturaleza es procesal y de derecho público.⁴⁰

b) La que considera como un medio de prueba, consistente en una declaración de conocimiento. Con ello se excluye la necesidad de que la declaración corresponda siempre a la verdad de los hechos, así como todo elemento intencional del confesante.⁴¹

c) Una más avanzada considera la confesión como una declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba. Al asignarle el carácter de declaración de verdad, se niega que sea un acto de voluntad (*animus confitendi*) que persiga necesariamente producir determinado efecto jurídico y que sea un negocio jurídico sustancial o procesal y se le asigna como única función la de comunicarle al juez la verdad de los hechos, como un acto puramente procesal, declarativo y no dispositivo.⁴²

Para Devis Echandía, “la naturaleza jurídica de la prueba confesional es una simple declaración de ciencia, como la del testigo. La distinguimos del testimonio, en cuanto al objeto de la declaración y a la posición procesal del declarante: la confesión es un acto de parte y recae siempre sobre un hecho perjudicial a ésta o favorable al contrario; el testimonio es obra de un tercero

⁴⁰ Vid. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 280.

⁴¹ ARAZI, Roland. *Op. cit.* Pp. 265-266.

⁴² Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 282.

(procesalmente considerado) y el hecho puede serle indiferente, favorable o perjudicial.”⁴³

Por lo que atañe a su naturaleza jurídica de la confesión, desde nuestro punto de vista considero que está exclusivamente tiene un fundamento probatorio, no obstante que la capacidad para confesar se equipare con la capacidad de ejercicio; ya que debe ser considerada como un requisito de validez de la confesión, pues, implica que el confidente requiere la madurez necesaria para confesar, otorgándole certeza a la prueba confesional.

2.- Objeto de la confesión.

De los conceptos de prueba confesional antes señalados, se precisan muchas de las características fundamentales de la confesión, principalmente, que la confesión se presta sobre los hechos personales o de conocimiento personal del confesante. Este requisito es consecuencia natural del carácter de medio de prueba que tiene la confesión. Por ende, como regla general de todo medio de prueba, la confesión sólo puede recaer sobre los hechos, pues el derecho no necesita ser probado sino que basta invocarlo, salvo que se trate de leyes extranjeras o costumbres.

La confesión versa sobre una relación jurídica concreta, (ejemplo: una compraventa celebrada por las partes), además los hechos deben ser controvertidos, desfavorables al confesante y favorables a la parte que los invoca, y verosímiles, es decir, no contrarios a las leyes de la naturaleza o al orden normal de las cosas, precisando al efecto que la confesión es:

a) Hecha por una de las partes y no por un tercero;

⁴³ *Ibidem*. P. 283.

En este sentido, como sea precisado, el testimonio humano en general puede provenir de terceros así como de las partes del proceso, únicamente ésta puede considerarse como confesión, ya que exclusivamente las partes en el juicio pueden rendir su declaración, sea como actor, demandado o tercero, en este caso, cualquiera fuera la modalidad de esa intervención, en tanto cuente con capacidad procesal para hacerlo en forma personal.

b) Han de ser hechos propios del confesante y controvertidos en el juicio.

Primero, la confesión estrictamente versa sobre los hechos, entendiéndose éstos los hechos o actos en estricto sentido acontecidos en el mundo físico; aclarando que, doctrinalmente, no cabe llamar confesión al reconocimiento de las acciones ajenas (que propiamente se denomina allanamiento), ni recaer en ningún caso sobre conceptos jurídicos, que es materia privativamente reservada al órgano jurisdiccional. En este orden de ideas encuentra su base en el principio de que la confesión hace prueba plena contra quien la realiza, siempre que no verse sobre hechos relativos a derechos no disponibles.

Deben ser hechos propios del declarante, es decir, los hechos sobre los que se le va a interrogar deben ser del conocimiento pleno del absolvente o atribuibles a él (ejemplo: la suscripción de un título de crédito, que la firma que calza el documento base de la acción es suya, que se abstenido de realizar el pago, etc.).

Por último, decimos que deben ser hechos desfavorables para el declarante, criterio que sin lugar a dudas responde al concepto que se le asigne a la confesión, aunque no necesariamente favorables, para la parte contraria, cuestión que en todo caso parecería referirse a su eficacia probatoria.

En este aspecto no coincidimos como un requisito de validez o eficacia de la confesión, al llamado "*animus confitendi*", pues para Kielmanovich, es entendido éste como intención de renunciar al derecho material objeto del proceso, o al derecho o facultad procesal de probar en contra del hecho confesado, o ya como intención de suministrar la prueba del hecho a la contraria o de reconocer la verdad del hecho contenido en la declaración.⁴⁴

c) Que el reconocimiento ha de perjudicar al confesante.

Sólo existe confesión cuando el hecho reconocido es desfavorable al declarante, o favorable a la parte contraria. No obstante ello, para Devis Echandía señala que, "debe tenerse en cuenta que existen algunos procedimientos en que el actor coincide con el demandado en el efecto jurídico perseguido por la demanda (ejemplos: en el divorcio, nulidad de matrimonio), en ellos el hecho invocado por el actor como fundamento de su pretensión puede ser favorable al resultado jurídico que el demandado también desea se obtenga con el proceso, y sin embargo, existe confesión del segundo, cuando espontáneamente declara cierto ese hecho. Como se ve, no es indispensable que el hecho confesado sea realmente perjudicial al confesante, caso en el cual existe sin duda confesión y por eso los autores suelen hablar solo de él. Es suficiente que resulte favorable a la contraparte, aun cuando también favorezca al confesante."⁴⁵

Pero otras denominaciones, prácticamente sinónimas de la prueba de confesión, inciden en limitaciones parecidas: como la de la prueba de posiciones o de la prueba de juramento. Verdaderamente, la designación, más adecuada de ésta prueba sería la de "interrogatorio de las partes", pero la

⁴⁴ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* Pp. 482-483.

⁴⁵ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 258.

extraordinaria difusión del nombre de confesión, en la legislación y en la doctrina, obliga a seguirlo utilizando a pesar de su excesiva restricción literal.⁴⁶

El verbo “confesar” implica una conducta que entraña la aceptación personal de haber sido actor de un acontecimiento o la admisión de saber algo. Es de la esencia de la confesión que el sujeto que la realiza reconoce la certeza de ciertos hechos que a él se le atribuyen. Hacer manifestación de hechos en los que los sujetos agentes son personas diferentes al que los enuncia, es dar su testimonio y no confesar.

La confesión es el reconocimiento que uno de los litigantes hace en perjuicio suyo, del hecho que alega su adversario. La naturaleza del hecho puede explicar la fuerza de la confesión, porque si versa directamente sobre el fondo del negocio controvertido, el litigio podrá quedar completamente terminado; más si recae sobre algún artículo será mayor su eficacia cuanto más íntima sea su conexión con el punto principal.

En tales condiciones, aseveramos que el objeto primordial de la confesión son los hechos de las partes contendientes en el proceso, además éstos deben ser propios, controvertidos, desfavorables al confesante y favorables a la parte que los invoca, y verosímiles.

3.- Sujetos de la confesión.

Conviene recordar que en el “apartado A de este capítulo” señalamos que el testimonio humano en general puede provenir de las partes y de terceros del proceso; es decir, suele denominarse “confesión” la declaración de las partes, y calificar de “testimonio” la declaración de terceros.

⁴⁶ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Tratado sobre las Pruebas Penales, Tercera Edición, Porrúa, México, 1991. Pp. 343-346.

De tal suerte, que al igual que como todo acto jurídico la prueba confesional tiene sus sujetos. Según Devis Echandía “un criterio amplio puede decirse que es sujeto activo de la confesión quien la hace, deduciendo que debe ser parte, en sentido formal, en el proceso en que tiene lugar o es aducida como prueba”;⁴⁷ por lo que exclusivamente son sujetos de la confesión las partes contendientes en el proceso. Indistintamente lo pueden ser ambas partes, puede ser la que pregunte y también, cualquiera de las partes puede ser la que conteste el interrogatorio.

En las apuntadas circunstancias, se colige que de ninguna manera puede ser parte de la confesión los terceros al proceso (ejemplo: los peritos y testigos), pues, corresponde exclusivamente a las partes confesar sobre los hechos propios, controvertibles, verosímiles y desfavorables al absolvente.

Devis Echandía sigue diciendo que, “el sujeto destinatario de la confesión es el juez, pues a él está dirigida, si es judicial, y es él quien debe incorporarla al proceso, admitiéndola como prueba, si es extrajudicial. Sujeto ordenador, admitente, receptor, asumidor y evaluador es también, y en todos casos, el juez.”⁴⁸

Después de ser las partes sujetos de la confesión, también lo son, los mandatarios o representantes de las partes, quienes forzosamente serán conocedores de los hechos controvertibles de su mandante o representante, bajo apercibimiento de ser declarado confeso al no contestar de manera categórica afirmativa o negativamente. Por lo que atañe a la prueba confesional sobre personas morales, se llevará a cabo por apoderado o representante, con facultades para absolver, sin que pueda exigirse el desahogo con apoderado o representante específico; lo anterior con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1216 y 1217 del Código de Comercio.

⁴⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op cit.* P. 285.

⁴⁸ *Idem.*

Cabe señalar que en la práctica se les denomina absolvente y articulante; el articulante es el que formula las preguntas y el absolvente es el que las contesta. Se cita a una parte a absolver posiciones; el que va absolver es el que debe responder y el que está articulando es el que formula las preguntas. En realidad, quien articula no es el propio litigante, casi siempre quien articula posiciones es el abogado de la parte quien habla y actúa por ella y se las articula directamente a la otra parte quien habla y actúa por ella y se las articula directamente a la otra parte, que va a ser la absolvente.⁴⁹

Es trascendental para nuestra investigación señalar que, sí la confesión realizada en la diligencia de exequendo, tiene una “limitación” al quedar establecido que no necesariamente tal diligencia de requerimiento de pago, embargo y emplazamiento forzosamente se entiende con el demandado, como lo señalan los artículos 1393 y 1394 del Código de Comercio, se deduce que si la manifestación desfavorable a la parte demandada, la realizará un extraño a la relación procesal (ejemplo un pariente, empleado o domestico del interesado, o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado) con quien se pudiera entender la diligencia de exequendo; se infringiera sistemáticamente los artículos 1222, 1287 y 1289 de la Ley Mercantil, pues se colige que sólo las partes contendientes en el proceso son sujetos de la confesión.

4.- Efectos de la prueba confesional.

Resulta de gran interés éste tema para nuestra investigación, pues, la presente tesis se intitula “efectos de la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo, reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.”, por lo que resulta básico conocer cuáles son los efectos de la confesión, sea judicial o extrajudicial, expresa y ficta o tácita.

⁴⁹ GOMEZ LARA, Cipriano. *Op. cit.* Pp. 127-130.

Los efectos jurídicos de la prueba confesional, ya sea judicial o extrajudicial, esencialmente, perjudica a quien la realiza, es decir la consecuencia legal de ella no trascendencia a terceras personas por cuanto halla manifestado el absolvente.

Devis Echandía señala que “los efectos jurídicos probatorios de la confesión deben limitarse a la parte confesante, a sus sucesores procesales (herederos de la parte que fallece en el curso del proceso y compradores o donatarios del derecho litigioso) y a sus causahabientes a título universal o herederos y legatarios del confesante que mueren antes del proceso. Los causahabientes anteriores o posteriores a título singular del derecho o del bien perjudicado con la confesión hecha por el tradente, son terceros y contra ellos tiene el valor de simple testimonio. Es decir, la confesión no produce efectos contra terceros.”⁵⁰

Consideramos que los efectos son los mismos para toda los tipos de confesión, es decir sea judicial o extrajudicial, así como la confesión expresa y tácita o ficta; pues la doctrina ni la ley hacen diferencia en cuanto a ello, pero varía su mérito o valor probatorio, de acuerdo con la regulación legal que para estas dos clases de confesión exista en cada país.

Por lo que respecta a nuestra materia el Código de Comercio es omiso en precisar el efecto que produce la confesión; sin embargo, aplicando supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles al respecto señala:

“Artículo 96. La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace; pero si la confesión es la única prueba contra el absolvente, debe tomarse íntegramente, tanto en lo que lo favorezca como en lo que lo perjudique.”

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* Pp. 301-302.

De dicho dispositivo se infiere que la confesión sólo produce el efecto en lo que perjudica al que la hace, es decir, el resultado de la confesión no afecta a terceras personas de la relación procesal, ya que las partes únicamente pueden ser sujetos de la confesión, luego entonces que, su resultado exclusivamente trascienda a ellos. Sin embargo, salvo que sea la única prueba en contra del absolvente deberá tomarse en consideración lo que le favorezca y lo que le perjudique.

No obstante ello, consideramos que tal dispositivo atenta contra el principio general que rige a la institución de la prueba, según la cual, el que afirma esta obligado a probar (artículo 1194 del Código de Comercio); porque bastaría su simple afirmación, acompañada de determinadas solemnidades, para que tuviera por probado el hecho contenido en ella, lo que resulta a todas luces absurdo e ilógico.

En las apuntadas condiciones, se establece que el efecto de la confesión exclusivamente perjudica a quien la realiza, se deduce ello si consideramos que únicamente los sujetos de la confesión pueden ser las partes contendientes, luego entonces, que por lógica su consecuencia legal de ella no trasciende a terceras personas.

B.- Clases de la confesión.

Es imprescindible el estudio del presente tema, es decir, la clasificación de la prueba confesional, al ser básico ubicar la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo para estar en las condiciones de afirmar o negar nuestra propuesta. Ahora bien, en ese sentido y siguiendo a Hugo Alsina señala que, “teniendo en cuenta los diversos aspectos que la confesión ofrece puede hacerse de ella la siguiente clasificación:

- a') Por el Lugar: judicial o extrajudicial;
- b') Por el origen: espontánea o provocada;
- c') Por el modo: expresa o tácita;
- d') Por la forma: verbal o escrita;
- e') Por el contenido: simple, calificada o compleja; y
- f') Por los efectos: divisible o indivisible;"⁵¹

No obstante ello, únicamente se analizaremos la confesión desde su punto de vista del lugar, origen y el modo en que se produce, por considerar que éstos guardan estrecha relación con nuestra tesis.

En nuestro sistema jurídico no existe un criterio uniforme en el modo de clasificar la prueba confesional, pues existen diversas formas que prevén su desahogo, de ahí que se pueda hablar de las clases de confesión. El Código de Comercio clasifica a la confesión desde el punto de vista por su lugar, es decir es judicial o extrajudicial. Tal clasificación, considero, implica la confusión total, toda vez que la confesión expresa incluye a su vez la confesión espontánea y tácita o ficta, sin embargo, para fines didácticos se desglosa como lo hemos precisado. De lo anterior, se deriva el problema de apreciación de la prueba vertida en la diligencia de exequendo, pues atendiendo a su naturaleza espontánea resulta ser expresa, sin que sea necesaria su ratificación para que surta sus efectos probatorios plenos, como lo establece el artículo 1235 del Código de Comercio. Para ilustrarnos más sobre lo afirmado, como simples ejemplos citamos al Código Federal de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

1. Judicial.

Uno de los criterios más frecuente para su clasificación es atendiendo al funcionario ante quien se produce la confesión, es decir, en el lugar de

⁵¹ ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición, tercer tomo, juicio ordinario civil, Ediar, Buenos Aires, 1961. P. 350.

competencia en que se efectúa, así cuando se produce ante un juez competente al contestar la demanda, o absolver posiciones es judicial; y extrajudicial la que se hace ante autoridad incompetente, también se considera extrajudicial a la que se produce fuera del juicio, aunque no se desarrolle ante autoridad alguna o bien ante un juez incompetente.

Eduardo Pallares establece la distinción entre la confesión judicial y la extrajudicial, señalando que: “Judicial, la que se hace ante juez competente, durante el juicio o en los medios preparatorios del mismo y en las providencias precautorias. Extrajudicial, la que se hace fuera de juicio o ante juez incompetente.”⁵²

Para Jorge L. Kielmanovich, “es judicial, cuando acontece durante la tramitación del proceso y a través de la realización de un acto procesal, o es una consecuencia que se desprende de su omisión (confesión ficta), con abstracción de que se haga valer dentro de aquél o en uno distinto, y sin perjuicio de la eficacia que pueda atribuirse en uno y otro supuesto.”⁵³ En ese sentido, Devis Echandía señala que “es confesión judicial la que se hace a un juez en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en otro proceso o en diligencias previas”.⁵⁴

En rigor, para que la confesión sea judicial basta que se efectúe ante un juez en ejercicio de sus funciones, es decir, atendiendo al órgano jurisdiccional en el en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus facultades y atribuciones.

El Código de Comercio en su artículo 1211 establece que la confesión puede ser judicial o extrajudicial, precisando en el artículo 1212 es judicial la confesión hecha ante juez competente ya al contestar la demanda, ya

⁵² PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* P. 380.

⁵³ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* P. 486.

⁵⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P 284.

absolviendo posiciones. La realizada ante juez incompetente es extrajudicial, según lo establece el artículo 1213.

Hay que precisar que del contenido del artículo 1212, se deduce que tal dispositivo clasifica a la confesión atendiendo al lugar en que se produce, y de igual manera considera confesión judicial la hecha al contestar la demanda o al absolver posiciones, es decir, se deduce que en tal clasificación comprende a la confesión atendiendo a su origen y modo.

1.1.- Confesión judicial espontánea y provocada.

Ahora bien, si la confesión judicial es aquella producida ante un juez competente, atendiendo a su origen, está puede ser espontánea cuando surgen por iniciativa voluntaria del confesante, es decir cuando se presta sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria; puede ser hecha en cualquier estado del juicio y no se encuentra sujeta a formalidades.

Para Kielmanovich es, “confesión espontánea cuando el reconocimiento del hecho perjudicial responde a la libre determinación e iniciativa de la parte, pudiendo efectuarse sin sujeción a formalidad alguna”.⁵⁵

Es espontánea cuando el demandado voluntariamente reconoce al contestar la demanda o en cualquiera otro acto judicial, el derecho que ejercita el actor; y es provocada cuando se hace por cualquiera de los litigantes al contestar las preguntas que al efecto le hace su contrario.⁵⁶

De Santo dice, que la confesión judicial provocada es “aquella que se produce bajo juramento o protesta, mediante interrogatorio y, a petición de parte

⁵⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* P 486.

⁵⁶ MATEOS ALARCON, Manuel. *Op. cit.* Pp.62-63.

contraria o por disposición del juez y de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley”.⁵⁷

Bajo estas circunstancias, se puede señalar que la confesión judicial provocada, es aquella que se produce ante un juez competente y producida bajo juramento o protesta, por medio de un interrogatorio hecho a petición de parte contraria o por disposición del juez y de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley.

1.2.- Confesión judicial expresa y tácita o ficta.

Siguiendo con la clasificación dada por Hugo Alsina, la confesión puede ser expresa y tácita o ficta (aclarando que el término tácita o ficta para nuestra investigación es lo mismo), atendiendo el modo en que se efectúa, la primera es la que se formula con palabras, respondiendo a las preguntas (posiciones) que hace la contraparte o el juez.

Jorge L. Kielmanovich al respecto señala que “la confesión expresa es cuando el hecho es reconocido en forma categórica y directa, mientras que es tácita cuando tal efecto se deriva de una actitud precedente del declarante a la cual la ley le asigna virtualidad probatoria, la cual, a diferencia de la expresa, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.”⁵⁸

Roland Arazi sostiene que la confesión ficta es una consecuencia omisa del absolvente, es decir cuando se deduce de actitudes asumidas por la parte que debía confesar.⁵⁹ Dicho de otra manera, la confesión tácita o ficta es la que presume la ley, en ese sentido el artículo 1232 del Código de Comercio señala que será declarado confeso: 1.- No comparezca sin causa justa, 2.-

⁵⁷ DE SANTO, Víctor. *Op. cit.* Pp. 271-272.

⁵⁸ KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* P. 488.

⁵⁹ ARAZI, Roland. *Op. cit.* P. 272.

Compareciendo, se niega a declarar; y 3.- Declarando, insista en no responder afirmativa o negativamente.

Para José Ovalle Favela, afirma que, de igual forma, se produce la confesión ficta cuando se deje de contestar los hechos de la demanda o se contestan con evasivas o cuando simplemente no contesta la demanda, salvo en casos de cuestiones familiares o el estado civil y cuando el demandado haya sido emplazado por edictos.⁶⁰

Eduardo Pallares, nos proporciona los siguientes conceptos, “expresa, la que se lleva a cabo por medio de una declaración escrita o verbal; tácita, la que deriva de la omisión de ciertos actos, o cuando el absolvente no conteste en forma categórica las posiciones que se le formulan; ficta, la que presume el legislador en los casos de la confesión ficta”.⁶¹

Ahora bien, haciendo un análisis-comparativo entre el Código de Comercio con el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en virtud de que ambas codificaciones regulan de forma similar la clasificación de la prueba confesional, al considerar apropiada la clasificación que hacen éstas dos legislaciones especialmente. El Código Federal de Procedimientos Civiles al respecto señala:

“Artículo 95. La confesión puede ser expresa o tácita, expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; la tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.”

⁶⁰ OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, Novena Edición, Oxford University press, México, 2003. Pp. 128-129.

⁶¹ PALLARES, Eduardo, *Op. cit.*. P. 381.

Por su parte el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México señala

“Artículo 1.267. La confesión es expresa y tácita o ficta. Es expresa la que se hace clara y terminantemente al formular o contestar la demanda, al absolver posiciones, o en cualquier otro acto del proceso. Es tácita o ficta cuando la ley lo señala.”

De éstos ordenamientos y por cuánto hace a nuestra investigación afirmo que la confesión expresa es aquella que se hace clara y terminantemente, ya sea al absolver posiciones, al formular o contestar la demanda, o en cualquier otro acto del juicio; por lo que estimamos inadecuado el contenido del artículo 1235 del Código de Comercio, pues en el caso de nuestra investigación la confesión vertida en la diligencia de exequendo es una confesión expresa, resultando contraria a toda lógica jurídica que dicha confesión tenga que estar ratificada para que surta sus efectos probatorios.

2.- Extrajudicial.

Como hemos visto la doctrina clasifica a la confesión atendiendo al lugar en que se produzca (judicial y extrajudicial), es decir el ámbito de competencia del funcionario ante quien se verifica; en tales circunstancias es considerada confesión extrajudicial cuando se produce fuera del juicio, aunque no se desarrolle ante autoridad alguna o bien ante un juez incompetente.

Para Jorge L. Kielmanovich la confesional es, “extrajudicial cuando ella se verifica fuera de los procedimientos judiciales en los que se intenta hacer valer, supuesto en el cual la misma deberá ser acreditada como cualquier otro

hecho, dado que ella, en rigor, no sería un medio de comprobación de los hechos controvertidos, si no un hecho objeto de la prueba.”⁶²

El Código de Comercio por su parte en su artículo 1213 señala que es extrajudicial la confesión cuando se hace ante juez incompetente; la incógnita ahora es qué debemos entender por juez competente o incompetente, se dice que la competencia es un concepto que se aplica a los órganos del Estado para indicar la esfera o ámbito (espacial, material o personal) dentro del cual estos órganos pueden ejercer válidamente las funciones que les son propias, a *contrario sensu* se considera incompetente.

3.- Valor probatorio de la prueba confesional.

Se ha visto ya que la prueba confesional se puede clasificar desde distintas maneras, pues bien, el valor probatorio concedido a cada tipo es distinto; tal distinción depende en la mayor o menor certeza y seguridad en su desahogo, es decir, en la posibilidad de que el absolvente conozca los efectos perjudiciales de su confesión y la inmediación para que el juez asuma directamente la prueba.

El valor probatorio de la confesión guarda íntima relación con los sistemas probatorios analizados en el “capítulo I”, ya que la valoración de la prueba es entendida como la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido, siendo ésta una facultad por excelencia del juez; ahora bien, la cuantía probatoria dependerá de la que técnica de apreciación adoptada por la legislación aplicable, es decir, sea sistema de la libre prueba, la prueba tasada y mixto.

Giuseppe Chiovenda, afirma que la confesión es una prueba legal, porque el legislador se basa en que nadie emite declaraciones de hecho que le

⁶² KIELMANOVICH, Jorge L. *Op. cit.* P. 487.

sean contrarias, sino cuando esta convencido de ese hecho; rigiéndose bajo aquella máxima: “*nulla est major probatio quam proprii oris confessio, indeoque dicitur plenísima probatio et superat omne genus probationis*”, es decir, “ninguna prueba es mayor que la confesión de boca propia, por lo cual se denomina prueba plenísima que supera a cualquier otro género de probanza”.⁶³

Devis Echandía señala que el fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión reside básicamente en dos aspectos: primero, la credibilidad de dicha probanza resulta de la lógica, concatenada con razones psicológicas y morales a su favor, porque se trata de aceptar hechos jurídicamente desfavorables al absolvente; segundo, existe una razón jurídica para darle una eficacia probatoria en materia civil, al disponer del derecho radicado en el hecho que se confiesa y la capacidad del confesante para disponer del mismo.⁶⁴

Debemos recordar que concebimos la confesión como el medio de convicción realizada por las partes en el proceso, siendo está una declaración o reconocimiento de la verdad sobre hechos controvertidos y desfavorables al confidente que es consiente y capaz, siendo de forma expresa o tácita. Así el grado de eficacia atribuida a la confesión, también, difiere en cada momento histórico, ya que en el antiguo procedimiento inquisitivo operante en materia penal era tal que se llegó a justificar y autorizar su extracción por medio de la violencia física.

Las consecuencias procesales inmediatas de establecer a la prueba de confesión como reina de las pruebas son que valga tanto como una sentencia en contra de la parte que la hubiera producido: “*confessus pro iudicato est, qui quo damnodo sua sententia demmatur*”. Ejemplo preciso de este silogismo clásico significa que “si uno de los litigantes confiesa, el proceso

⁶³ Cit. por BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil Mexicano, decimosexta edición, Porrúa, S.A., México 1999. P. 113.

⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 286.

debe terminar debiendo el juzgador”, por lo tanto, en definitiva fallar en su contra, o, por lo menos, darlo por concluido citando a oír sentencia en la que se piensa, normalmente, se condenará al que confesó.

El artículo 1288 del Código de Comercio, establece que cuando la confesión haga prueba plena y afecte a toda la demanda, cesará el juicio ordinario, si el actor lo pidiera así, y se procederá en la vía ejecutiva.

Conviene precisar que la “confesión” no se debe confundir con el “allanamiento”, figura autocompositiva que sí presupone un fallo judicial en contra del demandado que se hubiere allanado, dado que aquí sí existe reconocimiento no sólo de los hechos de la demanda, sino también de la pretensión de derecho deducida por el actor.

Resulta oportuno mencionar que el valor otorgado a la confesión difiere en materia mercantil y penal, ya que en la primera produce prueba plena y en la segunda es un mero indicio (artículos 1287, 1288 y 1291 del Código de Comercio, 279 y 285 del Código Federal de Procedimientos Penales). En el caso de la confesional materia de nuestra investigación, es conveniente citar a Roland Arazi quien sigue una tendencia de la prueba tasada señala al respecto “En principio, en el proceso civil la confesión constituye la prueba más completa. Si los hechos afirmados por una de las partes son confesados por la otra, el juez debe dictar sentencia conforme a esos hechos; desde éste punto de vista, importa una limitación a los poderes del magistrado.”⁶⁵ En contraposición para el procesalista Devis Echandía quien sigue una tendencia de la sana crítica señala “en lo civil se le ha otorgado un valor absoluto al considerarla como (reina de las pruebas) o la prueba por excelencia o *probatio probatissima*, sin embargo, existe actualmente la tendencia a disminuir su fuerza probatoria, para someterla al examen riguroso de su contenido en

⁶⁵ ARAZI, Roland, *Op. cit.* P. 302.

armonía con el de otras pruebas del proceso y darle al juez libertad para valorarla y en todo caso, debe reunir numerosos requisitos para su eficacia.”⁶⁶

No obstante los diversos criterios que rigen la prueba confesional, y por lo que hace a nuestra investigación diremos que el Código de Comercio sigue el sistema de valoración tasado, es decir, el legislador previamente ha otorgado el valor que debe estimar el juez a la confesión, señalando que:

“Artículo 1287. La confesión judicial hace prueba plena cuando concurren en ella las circunstancias siguientes:

- I. Que sea hecha por persona capaz de obligarse;
- II. Que sea hecha con pleno conocimiento al negocio y sin coacción ni violencia;
- III. Que sea de hecho propio y concerniente al negocio; y
- IV. Que se haya hecho conforme a las prescripciones del Capítulo XIII.”

Por lo que atañe al valor probatorio de la confesión tácita o ficta, se dice que es una virtualidad probatoria porque se presume de la ley, desvaneciéndose únicamente con otras aportaciones que la contradigan; por otra parte, se dice que la confesión ficta carece de valor absoluto y su eficacia debe ser apreciada de conformidad con todos los elementos de juicio que obran en el proceso. Debemos mencionar en qué casos se considera confeso tácita o fictamente en materia mercantil, siendo el caso que el Código de Comercio prevé las siguientes circunstancias:

“Artículo 1232. El que deba absolver posiciones será declarado confeso:

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P 286.

- I.- Cuando sin justa causa no comparezca a absolver posiciones cuando fue citado para hacerlo, y apercibido de ser declarado confeso;
- II.- Cuando se niegue a declarar; y
- III.- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.”

La confesión ficta o tácita, pueden rendir pruebas en contrario, haciéndolo en el término de prueba o dentro de su ampliación, fuera de éstos casos no cabe prueba alguna, cerrada la litis, sólo queda viva la función judicial para dirimir la controversia; lo anterior de conformidad con el artículo 1290 del Código de Comercio.

Por lo que atañe a la confesión extrajudicial, Devis Echandía dice: “Es regla de sana crítica otorgarle a la confesión judicial un valor probatorio superior a la extrajudicial, con fundamento en que hay mayor certeza de su ocurrencia y más seguridad de su seriedad, en que suele ser más terminante, en que hay más posibilidad de que el confesante conozca los efectos legales jurídicos perjudiciales que de ella pueden sobrevenirle y más inmediación para que el juez asuma directamente la prueba.”⁶⁷ Adversamente para nuestra legislación mercantil (legislación que acoge la prueba tasada) otorga los mismos efectos probatorios plenos a la confesión judicial como a la extrajudicial, precisando que:

“Artículo 1291. La confesión extrajudicial hará prueba plena si el juez incompetente ante quien se hizo era reputado competente por las dos partes en el acto de la confesión.”

⁶⁷ *Idem.*

Por lo que respecta a la confesión espontánea para que sea perfecta es necesaria su ratificación por su autor, tal como lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio. Pues dicho numeral señala que, cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en presencia judicial, podrá pedir el colitigante y deberá decretarse la ratificación; y que hecha está, la confesión quede perfecta.

Insistimos en señalar que la legislación mercantil inadecuadamente distingue entre la confesión provocada y la espontánea, se deduce ello del contenido del artículo 1235 de la referida ley, pues impone el deber al colitigante solicitar la ratificación de la confesión para que sea perfecta, derivándose lógicamente que se le otorgue un valor distinto al no haberse realizado tal ratificación. En ese sentido afirmamos que la confesión expresa comprende la confesión provocada y la espontánea, ya que si recordamos el concepto de “confesión expresa” diremos que es: cuando el hecho es reconocido en forma categórica y directa a la parte perjudicada.

La diferencia entre el valor probatorio entre la confesión provocada y la espontánea, estriba en el hecho en que la última no consta la autenticidad de la confesión, por más que esté autorizada con la firma del demandado o conste en actuaciones judiciales. Teniendo como antecedente en la Ley de Enjuiciamiento Española, que estimaron conveniente exigir la ratificación, contraria a los preceptos de las leyes 2ª, título 13, partida 3ª, que otorgaban a la confesión, sin distinguir entre la espontánea y la provocada, pleno valor probatorio.

En opinión del autor Manuel Mateos Alarcón, refiere que “la distinción a que nos referimos no está justificada de ninguna manera, y que la confesión, sea espontánea o provocada, sin necesidad de que la hecha fuera de la diligencia de posiciones sea ratificada por su autor.”⁶⁸

⁶⁸ MATEOS ALARCON, Manuel, *Op cit.* Pp. 85-86.

Este punto resulta fundamental para nuestra investigación, ya que en nuestra opinión disentimos en la necesidad de la ratificación de la confesión vertida en la diligencia de exequendo, pues, si se considera que la confesión expresa implica ser espontánea o provoca, resulta irrelevante su ratificación por estar fuera de toda lógica jurídica bajo tal argumento, paralelamente, estimo, que se debiera regir bajo el sistema de la libre prueba.

Coincidimos categóricamente con el criterio adoptado por el Código Federal de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, ejemplos y argumentos de lo precisado en la presente tesis, recordando que dichas legislaciones idénticamente clasifican a la confesión en expresa o tácita; expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; la tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.

Estas legislaciones comparten similitud en el criterio de no hacer diferencia en la confesional judicial provocada y espontánea; a diferencia del Código de Comercio que lo hace, pues, por simple deducción se infiere ello de conformidad con su artículo 1235. Posteriormente al valorar dicha confesión, señala el Código Federal de Procedimientos Civiles, siguiendo el sistema mixto que:

“Artículo 199.- La confesión expresa hará prueba plena cuando concurren, en ella, las circunstancias siguientes:

- I.- Que sea hecha por persona capacitada en obligarse;
- II.- Que sea hecha con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia; y
- III.- Que sea de hecho propio o, en su caso, del representado o del cedente, y concerniente al negocio.”

Por otra parte el Código de Procedimientos Civiles del Estado para el México, ley que adopta la libre prueba, señala que:

Sistema libre de valoración.

“Artículo 1.359.- El Juez goza de libertad para valorar las pruebas, con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena. Lo hará tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia. Explicará detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.”

De lo anterior, asevero que en la confesión expresa se incluye la espontánea y la provocada (pues su diferencia radica en la forma de su origen), toda vez que en ambas se realiza de forma categórica y terminantemente sobre los hechos controvertibles y perjudiciales al absolvente; concatenadamente a ello, coincido con la citadas legislaciones que a modo de ejemplo se analizan, resultando irrelevante que sea ineludible la ratificación de la confesión vertida en la diligencia de exequendo, en virtud de que dichas codificaciones consideran a ésta como confesión judicial expresa, además en el caso de la confesión espontánea no esta sujeta a requisito alguno dada la naturaleza de cómo es efectuada, no obstante el valor probatorio que produzca, ya que las referidas legislaciones tiene diverso sistema de valoración.

C.- Requisitos para su validez de la prueba confesional.

Como todo acto jurídico, cabe distinguir entre los actos inexistentes y los actos jurídicos nulos, atendiendo a ello y, a su vez a la importancia de la prueba confesional es necesaria que la misma deba de revestir ciertos requisitos para la validez de la confesión. En tal sentido, el Código de Comercio dispone que:

“Artículo 1287. La confesión judicial hace prueba plena cuando concurren en ella las circunstancias siguientes:

- I. Que sea hecha por persona capaz de obligarse;
- II. Que sea hecha con pleno conocimiento al negocio y sin coacción ni violencia;
- III. Que sea de hecho propio y concerniente al negocio; y
- IV. Que se haya hecho conforme a las prescripciones del Capítulo XIII.”

La falta de los mencionados requisitos vicia de nulidad la confesión, para ello primero hay que tener certeza jurídica de la manifestación del absolvente y, después para que la prueba confesional haga prueba plena, se requiere que concurren las condiciones siguientes:

1.- Capacidad del absolvente.

Esta condición se funda en que el confidente debe tener la capacidad civil necesaria para obligarse, sencillamente, en la trascendencia que tiene el acto de la confesión, no sólo desde el punto de vista del derecho civil, sino también en el orden procesal, importancia que no permite que pueda hacerla cualquiera sin la madurez de juicio que presupone dicha capacidad. En ese sentido, Devis Echandía señala que: “por regla general, la confesión de un incapaz carece de valor probatorio, salvo los casos exceptuados por la ley, por ejemplo, en materia penal, la de menor púber; es decir hay unanimidad en exigir la capacidad como requisito para la validez de la confesión”.⁶⁹

Por otra parte, la capacidad requiere la madurez de espíritu y la experiencia, sin las cuales su confesión resultaría perjudicial, no sólo para el desarrollo normal del proceso, en el que existe implícitamente un interés social innegable, sino también para el confidente.

⁶⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.* P. 266.

Como ha quedado precisado, la plena capacidad para confesar es la misma capacidad civil o general o la procesal para cualquier acto en juicio. Dicho requisito es una tutela de los intereses del propio confidente, es una medida favorable al mismo, pues, protege en cierta modo al absolvente para que se ha consiente de la importancia de su confesión.

2.- Que sean hechos propios.

Como lo señalamos en el capítulo inmediato anterior, el objeto de la prueba confesional son básicamente los hechos; tal como se dejo precisado, es decir, la consecuencia natural del carácter de medio de prueba que tiene la declaración de parte, es decir la confesión.

Ahora bien, el conocimiento preciso y exacto del hecho sobre el que recae es requisito esencial de la confesión; pues la confesión debe versar sobre un hecho determinado, y el confidente debe saber con entera claridad, sobre qué hecho declara. En tal sentido Manuel Mateos Alarcón señala que, no tendría razón ni lógica permitir que recaiga sobre hechos ajenos, porque en tal caso las afirmaciones se convertirían en las deposiciones de un testigo, y sobre hechos impertinentes a la contienda, porque carecería de todo valor probatorio para decidir ésta.⁷⁰

La precisión del hecho sobre el que ha de recaer la confesión, para que produzca prueba plena, es necesaria, porque sin ella no habría manera de formularla. Por el contrario, sí de violentarse el referido principio, se permitiría que la confesión tuviera un objeto extraño a aquel sobre el cual contienden los litigantes, introduciendo de tal manera el desorden y la confusión al juicio.

⁷⁰ Vid. MATEOS ALARCON, Manuel. *Op. cit.* P. 75.

3.- Que la declaración sea legal.

De tal manera, para que la confesión judicial goce de efectos probatorios plenos, de conformidad con el artículo 1287 fracción IV, señala que la confesión deba ser hecha conforme a las prescripciones del capítulo XIII, es decir, conforme a los numerales 1211 al 1236 del Código de Comercio, dispositivos que regulan la prueba confesional.

Ahora bien, por lo que hace a la confesión vertida en la diligencia de exequendo, hay que precisar que en el capítulo que antecede se precisó que dicha confesión es espontánea, por lo cual no está sujeta a formalidad alguna, que a diferencia de cuando ésta es provocada, pues de ser así debe cubrir ciertos requisitos de procedibilidad.

**C A P Í T U L O
T E R C E R O .**

**J U I C I O E J E C U T I V O
M E R C A N T I L .**

A.- Breve reseña histórica del juicio ejecutivo.

El juicio ejecutivo mercantil es el proceso donde se dicta un auto de ejecución de mandamiento en forma, como lo establece el artículo 1392 del Código de Comercio “Presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo, se proveerá auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste.” En la ejecución de éste auto encuentra origen la confesión objeto de nuestro estudio; aclarando que el término de auto de mandamiento en forma o auto de exequendo significa lo mismo. Por lo tanto que resulte de gran interés el análisis correspondiente, primero en sus fuentes históricas.

Se ha visto que en la conformación del sistema jurídico mexicano fue una simple trasplatación del Derecho de Castilla; tal cultura a su vez se inspira en el Derecho Romano-Germánico. En lo referente al juicio ejecutivo, el Derecho Romano reguló en la época de la ley de las XII Tablas, el acreedor que había obtenido una sentencia favorable y no había sido pagado, podía ejercer la *manus injectio*, de la siguiente forma: “Como has sido juzgado o condenado a darme diez mil sextercios, y por dolo no me los pagaste, por la misma cosa de los diez mil sextercios juzgados, te pongo la mano (*manus injectio*) y al mismo tiempo sujetaba alguna parte de su cuerpo, con lo cual el magistrado autorizaba al acreedor a llevar a su casa al deudor y encadenarlo.”⁷¹

Conforme al paso del tiempo, el Derecho Romano evolucionó el juicio ejecutivo hasta llegar a la *pignus in causa judicati captum*, siendo éste un medio para constreñir la voluntad del deudor, que se había convertido en una prenda a

⁷¹ ZAMORA-PIERCE, Jesús, Derecho Procesal Mercantil, tercera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. Pp. 159-160.

favor del acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado. El paso decisivo estaba dado: la satisfacción de la obligación en especie se hacía en su equivalente en dinero. El *pignus in causa iudicati captum* (prenda adquirida en virtud de sentencia) fue la institución necesaria para poder convertir en dinero la cosa del deudor, ya que el acreedor no podía exigir la entrega de ésta en propiedad.⁷²

Para José Soberanes Fernández, el origen próximo lo tenemos en el *Pacto de Wadiatio de origen germánico*, siendo está una cláusula por medio de la cual el deudor se declaraba sometido en su persona y bienes (*obligatio omnium bonorum*) a los actos de ejecución que quisiera realizar el acreedor al ser incumplida la obligación (*pactum de ingrediendo*) sin la intervención previa de autoridad judicial.⁷³ Posteriormente ésta cláusula fue acogida por notarios de castillas de la baja Edad Media que incluían en las escrituras públicas que contenían un crédito, la cual no era otra cosa más que la autorización otorgada por el deudor para que el juez ejecutara en su persona y bienes, tal y como si hubiera dictado sentencia condenatoria. Esta cláusula se justificó al identificar el reconocimiento del débito que se hacía ante notario con la confesión judicial que acarrearía inmediata sentencia condenatoria.

Durante la colonia se introdujo el juicio ejecutivo español bajo fundamento legal en la Ley dada en Toledo por los Reyes Católicos, Isabel y Fernando en el año de 1480, recopiladas con el número 1, del Título XXVIII, del Libro undécimo de la Novísima de las Leyes de España.

En la época independiente, en el año 1821, surgió el problema de la continuidad de las instituciones jurídicas coloniales, pues, el sistema legal no se podía improvisar de la noche a la mañana, así los primeros gobiernos tuvieron

⁷² Idem.

⁷³ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Op. cit.* Pp. 2-3.

que seguir utilizando la estructura jurídica de la Nueva España. Por decreto de 14 de febrero de 1826 se ordenó aplicar el Reglamento para la Administración de Justicia que dieron las Cortes de Cádiz del 9 de octubre de 1812.

Restaurada la República, el gobierno se propuso definitivamente poner fin al desorden legislativo, y dar marcha a la codificación. Así vemos que 1870 se publica el primer Código Civil para el Distrito Federal, y el 13 de agosto de 1872 se publica el Código de Procedimientos Civiles.⁷⁴

Es gran relevancia para nuestro objeto de estudio saber que una enmienda constitucional, de fecha 14 de diciembre de 1883, otorgó a la federación la facultad exclusiva de legislar en materia mercantil. En el año 1884 México recibió su primer Código de Comercio Federal (Código de Baranda), inspirándose en el código italiano de 1882, durante el régimen de Porfirio Díaz. En el año 1889, México recibió un nuevo Código de Comercio mismo que actualmente todavía se encuentra vigente, aunque ha sufrido diversas modificaciones, aunado a que ciertas materias importantes han encontrado reglamentación en leyes federales especiales, principalmente a partir del año 1932, ya que en 1929 hubo proyectos para un nuevo Código de Comercio, pero ninguno de ellos prosperó.⁷⁵

1.- Juicio Ejecutivo Mercantil.

Bajo tal contexto histórico que sirvió de inspiración a nuestras instituciones, mismas que aun se encuentran vigentes en la ley mercantil, para la procedencia de la vía ejecutiva, es necesaria la existencia de un título que traiga aparejada ejecución.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ MARGADANT S., Guillermo Floris, *Op. cit.* Pp. 190-191.

Es preciso, previamente, entender qué es un “título ejecutivo”, y al respecto señala Escriche que es: “el instrumento que trae aparejada ejecución contra el obligado, de modo que en su virtud se puede proceder sumariamente al embargo y a la venta de los bienes del deudor moroso para satisfacer al acreedor.”⁷⁶

Nuestro Código de Comercio requiere para la procedencia del juicio ejecutivo mercantil un documento que a su vez tenga aparejada ejecución, estableciendo al respecto:

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

Traen aparejada ejecución:

I.- La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el artículo 1348;

II.- Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos.

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

IV.- Los títulos de crédito;

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

⁷⁶ Cit. por ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Op. cit.* P. 160-161.

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

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

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

Conocedores de cuales documentos trae aparejada ejecución, ilustra a nuestra investigación el criterio de nuestro más alto tribunal que realiza un exégesis profunda y completa sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, hecha por la extinta tercera sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos define los siguiente:

“JUICIO EJECUTIVO.

El juicio es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto, por embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan por algún título lo que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza. Este juicio no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocidos por actos o en títulos de tal fuerza, que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido. Siendo un procedimiento extraordinario, sólo puede usarse de él en circunstancias determinadas que el legislador ha previsto, y cuando medie la existencia de un título que lleve aparejada

ejecución, conforme a lo dispuesto por los preceptos legales relativos, siendo necesario, además, que en el título se consigne la existencia del crédito, que éste sea cierto, líquido y exigible; y la fuerza demostrativa del título no puede existir cuando no se conocen con certeza los elementos constitutivos de la relación jurídica, o sea la persona del acreedor, la del obligado a cumplir la prestación que se exige y el objeto de la misma prestación; en otros términos, para la procedencia del juicio ejecutivo, es indispensable que conste en uno de los títulos a que se refiere la ley, que el ejecutante sea acreedor, que el ejecutado sea deudor, y que la prestación que se exige sea precisamente la debida, y si no es líquida, ni exigible, no puede dar lugar a la ejecución. Por otra parte, los títulos ejecutivos no pueden ser universales sino que debe precisarse en ellos, a la persona obligada a cumplir la prestación que se consigna y la aceptación de esa persona.”⁷⁷

Visto lo anterior, señalamos categóricamente que el juicio ejecutivo mercantil es el procedimiento que persigue como propósito fundamental, primero, el embargo y, después, la venta de los bienes para garantizar y pagar el crédito demandado, sin embargo, para su procedencia es necesario la existencia de un documento que traiga aparejada ejecución, lo que significa que es un derecho legítimo y suficientemente probado por el actor para que sea atendido sumariamente.

⁷⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta Época, Tomo XXXIV, página: 2115.

2.- Etapa Postulatoria.

Básicamente en esta etapa las partes en el proceso plantean sus pretensiones y resistencias, relatan los hechos, exponen lo que a sus intereses convenga y aducen los fundamentos de derecho que consideran favorables. Es decir, es la etapa durante la cual las partes expresan, en sus demandas, contestaciones y reconvencciones sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y disposiciones jurídicas en que se fundan; de conformidad con lo establecido en los artículos 1392 y 1396 del Código de Comercio.

En esta fase, se plantea el litigio ante el juzgador, y termina cuando ha quedado determinada la materia sobre la cual habrá de probarse, alegarse y posteriormente, sentenciarse. Ahora bien, se deduce del contenido del artículo 1327 del Código de Comercio, que el juicio ejecutivo mercantil es de "litis cerrada", pues, ésta disposición claramente instituye "la sentencia se ocupará exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas respectivamente en la demanda y en la contestación", de lo que se advierte que la litis en el juicio ejecutivo mercantil queda establecida con los hechos funda su acción y demanda inicial, y aquellos en que la demandada funda sus excepciones expuestas en el escrito de contestación a la demanda.

El juicio ejecutivo mercantil inicia con el escrito de demanda, misma que deberá satisfacer los requisitos que establece el artículo 1401 del Código de Comercio y 322 del Código Federal de Procedimientos Civiles aplicando supletoriamente, siendo los siguientes:

“Artículo 1401.- En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos,

proporcionando el nombre, apellido y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.”

“Artículo 322. La demanda expresará:

- I. El tribunal ante el cual se promueva;
- II. El nombre del actor y el del demandado.
- III. Los hechos en que el actor funde su petición, narrándose sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda producir su contestación y defensa;
- IV. Los fundamentos de derecho; y
- V. Lo que se pida, designándolo con toda exactitud, en términos claros y precisos.”

De igual manera, deberá de anexarse al escrito inicial de demanda el documento base de la acción, junto con copias de traslado para el emplazamiento, de conformidad con lo que establece el artículo 1061 del Código de Comercio; por lo tanto reunidos los requisitos aludidos, el juez dictará un auto de exequendo o de mandamiento en forma, a fin de que se requiera de pago, embargo y emplace al demandado.

3.- Etapa Probatoria.

Es de advertirse que el presente tema se desarrollará únicamente por lo que atañe a la prueba confesional por ser objeto de nuestro estudio. Esta fase la concebimos como aquella en la cual las partes y el juzgador realizan actos tendientes a verificar los hechos controvertidos, desenvolviéndose de la siguiente forma: ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de pruebas. Considerando pertinente consultar e ilustrarnos mediante el criterio adoptado por nuestros Tribunales Federales sobre el fin de la etapa probatoria:

“DILACION PROBATORIA EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. FINALIDAD DE LA.

La dilación probatoria se abre para que la parte demandada justifique sus excepciones y no para que el actor pruebe su acción, de modo que tal demostración implica acreditar los hechos en que aquélla se funda.”⁷⁸

Cabe señalar, que en el juicio ejecutivo mercantil si el demandado contesta oponiendo una excepción no contempladas en los artículo 8º de la Ley General de Títulos de Crédito y 1403 del Código de Comercio, o bien, omite dar contestación la demanda dentro de los cinco días que tiene para ello, se continuará el procedimiento admitiendo y desahogando las pruebas señaladas en el escrito inicial de demanda ofertadas por la parte actora.

Contrariamente, si durante los cinco días el demandado contesta y opone contra la acción cambiaria alguna de las excepciones enumeradas en los artículo 8º o 1403 de las leyes respectivas antes citadas, pero si además, a criterio del juez, el negocio exige pruebas, se abrirá el juicio a pruebas por un

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo II, página: 507.

término que no excederá de quince días para el desahogo de las probanzas ofrecidas por las partes, como lo previene el artículo 1401 del Código de Comercio. Ahora bien, es de mencionarse que tal actividad probatoria se desenvuelve con ciertas formalidades esenciales, tanto, en su ofrecimiento, preparación y desahogo; exigidas fundamentalmente en la confesión judicial por su valor absoluto, y se establece como una garantía de seriedad de la prueba.

3.1. Ofrecimiento de pruebas.

Es un acto de las partes, puesto que son quienes ofrecen al tribunal los diversos medios de pruebas. En esta etapa procesal, las partes proponen las pruebas con las que pretenda apoyar los hechos que han aducido. Por lo que hace a la prueba confesional en materia mercantil, específicamente en el juicio ejecutivo, se podrá ofrecerá por la parte “actora” en el escrito inicial de demanda o en el desahogo de vista de la contestación de la demanda, la parte “demandada” exclusivamente la podrá ofrecer en la contestación de la demanda; según lo disponen los artículos 1214 y 1401 del Código de Comercio.

Hay que advertir, que el ofrecimiento de la confesión realizada en la diligencia de exequendo únicamente la podrá hacer la parte actora, pues, ésta singularmente la produce la parte demandada a quien se le requiere de pago, momento mismo en que se verifica la confesión; luego entonces, se colige, que dicha confesión necesariamente la pueda ofrecer la parte actora, la cual no requiere de preparación, ya que ésta consta en la actuación judicial correspondiente (diligencia de exequendo), la cual se desahoga dada su propia y especial naturaleza.

Por otra parte, al ofrecerse la confesión provocada se deberá acompañar el pliego de posiciones que deberá de absolver la parte absolvente, así como podrá exigirse su desahogo de forma personal, de conformidad con el

artículo 1215 del citado ordenamiento. Precisando que la confesión se puede ofrecer de la siguiente manera:

a) En primer lugar, anexando al escrito de ofrecimiento de pruebas el pliego que contenga las posiciones. Éste documento se presenta generalmente en sobre cerrado, el cual contiene las posiciones que deberá contestar o absolver el confesante.

Entendiendo por posición al interrogatorio en sentido afirmativo y conminado para que el confesante reconozca la verdad de un hecho perjudicial. Eduardo Pallares, al respecto señala que son “fórmulas autorizadas por la ley, mediante las cuales el articulante afirma la existencia de un hecho litigioso y conmina al confesante para que lo reconozca como tal.”⁷⁹ En la práctica la posición se redacta de la siguiente forma: “Diga usted si es cierto como lo es que”, ...

b) Se puede ofrecer la prueba confesional sin acompañar el pliego de posiciones, en tal caso, el órgano jurisdiccional no procede citar al absolvente, sino después de haber sido presentado el pliego de posiciones, tal y como lo establece el artículo 1223 del Código de Comercio; en la praxis el juez conecedor previene al oferente para que en un término prudente exhiba el pliego de posiciones para que se señale día y hora para que tenga verificativo el desahogo de la confesión, con apercibimiento que en caso de no exhibirse se declara desierta dicha probanza.

Por lo que atañe la prueba confesional vertida en la diligencia de exequendo solamente la podrá ofrecer la parte actora, pues, como lo dispone el artículo 1394 de la Ley mercantil, la diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento, y de no hacerse el pago se procederá al embargo; en la práctica se estila poner a la vista de la parte demandada el título de crédito o documento

⁷⁹ PALLARES, Eduardo, *Op. cit.* P. 163.

base de la acción para el efecto de reconocer la firma y la cantidad que se le reclama. En las mencionadas condiciones, sólo puede ser confesante la colitigante pasiva, pues a ella únicamente le corresponde manifestarse al respecto, estos es confesar lo que considere o concierna a su derecho,.

Como se precisó ésta probanza únicamente puede ofrecerla la parte actora, no así la parte demandada, lo anterior fue analizado en el tema A, número 4, del Capítulo Segundo, pues, la confesión produce el efecto de perjudicar a quien la produce, no así en lo que la beneficia.

Siguiendo con el ofrecimiento, la confesión vertida en la diligencia de exequendo se ofrecerá por el actor categóricamente en el desahogo de la vista con relación a la contestación de la demanda, así lo dispone el artículo 1401 de la citada codificación mercantil, pues, resulta incongruente ofertarla desde la demanda, ya que estaría condicionada a que el demandado confiese o no en la referida diligencia; ahora bien, en el caso de no contestar la demanda dicha confesión no podrá ser ofrecida, ya que el actor no puede ofrecer pruebas si el demandado se constituyó en contumacia, de conformidad con el citado numeral.

3.2. Admisión de pruebas.

Es un acto del tribunal, a través del cual se acepta o se declara procedente la recepción del medio de prueba que ha considerado idóneo para acreditar el hecho o para verificar la afirmación o negativa de la parte con ese hecho. La admisión de pruebas es un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, contenido en una resolución en la que se admiten y las que se desechan a las partes.

En torno a la confesión materia de nuestro investigación ésta quedará admitida por este mismo auto de admisión de pruebas; de igual modo, bajo este mismo proveído se verificará su desahogo; en virtud de su naturaleza (consta en una actuación judicial) que no requiere de mayor trámite para que se verifique su desahogo.

3.3. Preparación de pruebas.

Las pruebas que hayan sido admitidas requieren de una preparación previa, alguna de ellas, para que se puedan recibir. Otras no requieren de esa preparación, dependen de la naturaleza propia de cada prueba en particular. De ello, podemos señalar que la preparación consiste en el conjunto de actos que realiza el tribunal, con la colaboración de las propias partes y de los auxiliares del propio tribunal; por ejemplo: citar a las partes, a los testigos o peritos para el desahogo de esa prueba, fijar fecha y hora para determinada diligencia.

La prueba confesional pertenece al grupo de pruebas que requieren una preparación dentro del proceso para su desahogo, esta será una carga procesal para el oferente de la prueba, de conformidad con el artículo 1194 del Código de Comercio. Ofrecida y admitida la confesional, por lo que es necesario que se cite al absolvente personalmente por conducto del notificador para que comparezca a absolver las posiciones que se le articularan, de lo contrario se corre el riesgo de no desahogarse.

El absolvente será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la audiencia, bajo apercibimiento de que si dejase de comparecer sin motivo justificado, será tenido por confeso, siempre y cuando lo solicite el oferente de la prueba. Se requiere, primero, que el absolvente sea citado en forma personal, y además que se le haga expresamente el apercibimiento de que, en caso de que no comparezca, será declarado confeso.

Sin estos dos requisitos no podrá ser declarado confeso, de conformidad con la fracción I del artículo 1232 del Código de Comercio.

Por lo que respecta a nuestra investigación, la prueba confesional vertida en la diligencia de exequendo, no necesita en lo absoluto de alguna preparación ya que como lo hemos analizado ésta resulta una confesión espontánea que no requiere de formalidades ni solemnidades, al ser una simple manifestación de voluntad realizada en la diligencia de exequendo, por lo que aseveramos que no requiere de preparación dada su naturaleza.

3.4. Desahogo de pruebas.

Es el desarrollo o desenvolvimiento, práctica o ejecución de los medios de prueba admitidos a las partes y que han sido debidamente preparadas. Así tratándose de la prueba confesional, el desahogo consiste en el desarrollo de las preguntas y respuestas respectivas que se le hacen a una de las partes. Existen pruebas, que por su naturaleza, tienen un desahogo automático, es decir, se desahogan por si mismas, ejemplo: la documental, la instrumental y la presuncional en su doble aspecto.

En cuanto a la confesional, el absolvente que ha sido citado para contestar a las posiciones que se le articularán, comparece al juzgado el juez en su presencia se abrirá el pliego de posiciones y, antes de proceder al interrogatorio el juez calificará las posiciones en estricto apego siguiente:

“Artículo 1222. Las posiciones deben formularse en términos precisos, no han de ser insidiosas; no han de contener cada una más de un solo hecho y éste ha de ser propio del que declara.”

Debemos entender que las posiciones sólo se refieran a los hechos que son objeto de la prueba, éstos se articulen en términos claros y precisos; además que contengan, cada una, un solo hecho propio de la parte absolvente, aunque se permite que un hecho complejo, compuesto de uno o más hechos, pueda comprenderse en una sola posición, cuando por su íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro. No deben ser insidiosas, entendiéndose como tales, las que se dirijan a ofuscar la inteligencia del absolvente, con el objeto de inducirlo al error. En el caso de referirse a hechos negativos que envuelvan una abstención o impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, que se formulen en términos que no den lugar a respuestas confusas.

La absolución de posiciones debe ser hecha por la parte material personalmente, cuando así lo exija quien las articula o cuando el apoderado ignore los hechos. Fuera de estos casos, el procurador que tenga cláusula especial para este objeto podrá absolver posiciones.

Calificadas de legales las posiciones en los términos precisados, se procede a tomar al absolvente la protesta de decir verdad, en el sentido de que se conducirá con la verdad al responder a las posiciones, apercibido que de no hacerlo, se le aplicaran las penas que impone el Código Penal Local respectivo a los de su clase. No se permitirá al absolvente en estar asistido de su abogado, procurador ni otra persona, ni se le dará traslado ni copia de las posiciones, ni término para que se le aconseje; únicamente al absolvente extranjero, que no hable el idioma castellano, se le permitirá estar asistido de interprete, tal y como lo señala el artículo 1226.

Acto continuo, el juez procede al interrogatorio asentado literalmente las respuestas, estas tendrán que ser afirmativa o negativamente, y después agregar las explicaciones que estime pertinentes, o las que considere el juez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1228 de la Ley Mercantil.

En virtud de ser respuestas categóricas, es decir afirmativa o negativamente, queda prohibido negarse a contestar bajo cualquier circunstancia, bajo apercibimiento de tenerlo por confeso si persiste en su negación. De igual manera cuando el absolvente conteste de modo evasivo, el juez apercibirá para tenerle por confeso sobre los hechos respecto de los cuales no contesta terminantemente, lo anterior como lo estatuyen los numerales 1228 y 1229.

Terminado de contestar el pliego de posiciones el articulante puede formular de nueva cuenta posiciones por única vez, como lo ordena el artículo 1221. Al iniciar la diligencia, la parte absolvente firmará al margen el pliego de posiciones; a su vez firmará la declaración asentada en el acta, previa su revisión, ya que de lo contrario, una vez firmada no puede variarse ni en la sustancia ni en la redacción, como estatuye el artículo 1232.

Así las cosas y, en torno a nuestra investigación, es decir, a la confesión vertida en la diligencia de exequendo su ofrecimiento exclusivamente corresponde a la parte actora, pues en el momento de que se requiere de pago al demandado, éste puede manifestar lo que a su interés legal convenga, acto en el cual confiesa deber la cantidad reclamada o que la firma que calza el documento base de la acción pertenece a él; luego entonces que, tal manifestación conste en una actuación judicial levantada con motivo del cumplimiento del auto de exequendo, por lo que no se requiera de preparación y, consecuentemente que, su desahogo se verifique dada su propia y especial naturaleza, surtiendo sus efectos probatorios sin mayor trámite.

4.- Etapa Preconclusiva o Conclusiva.

En esta etapa las partes expresan sus alegatos o conclusiones, respecto de la actividad procesal precedente y el juzgador también expone sus propias conclusiones en la sentencia, poniendo término al proceso en su primera instancia.

En el caso del juicio ejecutivo mercantil, terminado el periodo de pruebas a instancia de parte, se abrirá el periodo de alegatos, el cual será de dos días comunes para las partes, así lo contempla el artículo 1406 del Código de Comercio. Los alegatos no constituyen una condición para la continuidad del juicio, sino un derecho procesal para los litigantes, el artículo 1407 de la Ley mercantil establece que, de haberse ofrecido alegatos por las partes o transcurrido dicho término sin que lo hayan realizado, se les citará para oír sentencia, la cual se pronunciará a más tardar en ocho días después de haberse hecho la citación.

La sentencia puede ser condenatoria o absolutoria, en el primer caso se acreditó la procedencia de la vía y la acción intentada, por lo cual se ordenará el trance y remate de los bienes embargados y el pago al acreedor. De no haber sido procedente la acción o la vía intentada, la sentencia absolverá al reo de las prestaciones reclamadas, reservando los derechos del actor para que los haga valer en la vía y forma que corresponda, como lo estatuye el artículo 1409 de la citada ley.

Ahora bien, el artículo 1410, establece que, a virtud de sentencia de remate se procederá a la venta de los bienes secuestrados, previo avalúo hecho por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia. Estos serán nombrados por las partes y, el tercero en discordia por el juez.

Concluido el avalúo se notificará a las partes para que concurran al juzgado a aceptarlo o a oponerse, si esto último no sucede se señala día y hora para que tenga verificativo la audiencia de remate, anunciando la venta de los bienes mediante la publicación por tres veces dentro de tres días si fuesen muebles, y dentro de nueve si fuesen inmuebles.

B.- Auto de exequendo.

El tema a abordar es de gran interés para nuestro estudio por que en el cumplimiento del auto de exequendo es donde se efectúa la confesión, de ahí que es imprescindible su estudio, considerando pertinente separar éste tema con el que le precede, toda vez que dicho auto se ejecuta de la siguiente forma: en el requerimiento de pago, embargo y emplazamiento, actuaciones concatenadas en su cumplimiento.

Ha quedado establecido que, reunidos los requisitos de procedibilidad para el juicio ejecutivo mercantil el juez dictará un auto de mandamiento en forma (auto de exequendo), cabe precisar que el término "auto de mandamiento en forma", "auto de ejecución" o "auto de exequendo" son términos iguales y su uso es indistinto para nuestro trabajo.

Señala Marco Antonio Téllez Ulloa que, "Presentada la demanda, la actuación oficiosa entra en juego. Primeramente el juez deberá apreciar, si aquella reúne los requisitos de los artículos 1069, 1070 y 1071, es decir, que contenga el domicilio del deudor, pues de otra manera no se proveerá el mandamiento. Enseguida, el examen del título, que sea de aquellos que llevan aparejada ejecución, presupuesto de forma viable para proceder, y si el actor

puede demandar y el ejecutado ser demandado. Probados los requisitos de la demanda y del título, se proveerá auto con mandamiento en forma.⁸⁰

Para Jesús Zamora-Pierce, señala al respecto que: “Si del examen del título el juez concluye, provisionalmente, que tiene carácter ejecutivo, dictará el auto llamado de embargo, o de ejecución, o de exequendo, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas (artículo 1,392, C. Com.)”⁸¹

Resulta ineludible recordar que el antecedente del auto de exequendo lo encontramos en el Derecho Romano, sin embargo en éste sólo admitía como título ejecutivo la “*actio iudicati*” (sentencia judicial). En la edad media, el principio de “*in iure confessus pro iudicato habetur*” (la confesión judicial de una deuda) sirvió de base para conseguir por medio de un proceso simulado, un título ejecutivo. Una posterior simplificación permitió suprimir la demanda, las partes comparecían ante el juez y, sin formular demanda, confesaban una deuda a requerimiento de otra. El juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo executivum* o *praeceptum iudicis in confessus*, con la eficacia de la “*actio iudicatio*” (sentencia judicial), con el que mandaba cumplir al deudor lo confesado en el plazo que se le hubiese señalado, y permitía al actor pasar a la ejecución tan pronto transcurriera ese plazo sin pagar al deudor.⁸²

Por lo que corresponde a nuestra legislación mercantil no hace referencia al término “auto de exequendo”, sin embargo, se sigue utilizando dicho vocablo en torno a su antecedente. Así las cosas éste es el auto de admisión que el juez dicta con relación con la demanda inicial, para ello la demanda debe pasar ciertos filtros: el análisis oficioso de la procedencia de la

⁸⁰. TELLEZ ULLOA, Marco Antonio, El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano, segunda edición, Del Carmen, México, 1980. P. 307.

⁸¹. ZAMORA-PIERCE, Jesús. *Op. cit.* P. 169.

⁸². *Ibidem.* P. 162.

vía (revisión que el título base de la acción tenga aparejada ejecución) y la caducidad de la acción cambiaria. No obstante ello, el auto que admite la vía no prejuzga la procedencia de la acción, si no que señala que la contienda se está iniciando de forma correcta, ilustra transcribir el siguiente numeral que señala:

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

En tales condiciones, recaído el auto de exequendo, en primer término, en la práctica se estiliza que el actor solicite una cita con el actuario para acudir al domicilio del demandado; es decir dicho auto se cumplimenta fuera del tribunal, por quien actúa por el juez, la legislación mexicana denomina como Secretario Actuario o Ejecutor. Posteriormente y, constituidos actor (puede ser personalmente o a través de su endosatario en procuración o en propiedad) y el Actuario en el domicilio de la parte demandada es requerido de pago y, no haciéndolo, se procede a embargar bienes suficientes del deudor para cubrir su incumplimiento, bienes que se pondrán bajo responsabilidad del acreedor; tales bienes pueden o no ser sustraídos del domicilio del demandado (bienes muebles) a elección del actor para garantizar sus pretensiones, en el lugar que éste indique. Resulta ilustrativo para nuestro trabajo de tesis transcribir un ejemplo de cómo se desenvuelve dicha diligencia, tal como acontece de la siguiente manera:

“En Ecatepec de Morelos, Estado de México; siendo las doce horas, con cuarenta minutos del día veinticuatro del mes de agosto del año dos mil cuatro, la suscrita, Ejecutora del Juzgado Tercero Civil de Cuantía Menor de Ecatepec de Morelos, Estado de México; acompañada del endosatario en procuración Lic. David Pinzón Ruiz, quien se identifica con cédula profesional 5433401, nos constituimos legalmente en el domicilio señalado como de la parte demandada Mariano Olvera Velásquez, sito en calle Yhuallan número treinta y dos, colonia Ciudad Azteca, tercera sección, perteneciente a este Municipio de Ecatepec de Morelos, Estado de México, y cerciorada de ser el domicilio correcto por indicarlo la nomenclatura de la calle, colonia y número pintado en el exterior en la fachada de la casa, el inmueble presenta las siguientes características: casa de un nivel, fachada de tabique, sin pintar y sin aplanado, zaguán metálico, y en donde si vive la persona buscada por manifestarlo personalmente el demandado, quien no se identifica ya que dice no es necesario hacerlo ni lo desea, presentando la siguiente media filiación: sexo masculino de veinticinco años aproximadamente, tez morena clara, delgado, uno setenta de altura, cabello castaño, a quien previa mi identificación con gafete oficial expedido por el Poder Judicial del Estado de México, le hago saber el objeto de la presente diligencia, que es con el fin de dar cumplimiento al proveído de fecha uno de abril y quince de junio del año dos mil cuatro, dictado por el Juez Tercero Civil de Cuantía Menor de Ecatepec de Morelos, Estado de México; tramitado en el expediente número 345/2004; **acto seguido procedo a practicar la diligencia dando lectura**

integra al auto que se cumplimenta y le requiero para que haga pago de la cantidad de \$ 20, 000.00 (veinte mil pesos 00/100 M. N.), por concepto de suerte principal, más los intereses reclamados y en caso de no hacerlo, señale bienes de su propiedad suficientes para garantizar el adeudo, apercibido que en caso de no hacerlo así, el derecho de señalar bienes lo tendrá la parte actora, enterado de lo anterior manifiesta: Que sí reconoce la firma que calza el en el pagaré que se le muestra en la copia simple de traslado, que ha realizado varios abonos pero no ha pagado totalmente, que no puede pagar en este momento ni es su deseo señalar bienes para embargo. Permitiéndonos el acceso voluntario a su casa, por lo que en uso de la palabra la parte actora manifiesta: que bajo su propia responsabilidad señala bienes para embargo que garantice el adeudo, el siguiente bien mismo que se encuentra en la cochera de la casa, y es: Un vehículo volkwaguen, tipo combi, modelo 1993, placas de circulación 8653-JED, con número de identificación vehicular 3WZZZ45STR123, con número de motor ACB05456, color blanca, en buen estado de conservación, únicamente rota una calabera en la parte posterior izquierda, se encuentra cerrada, ya que no nos permite las llaves, por lo que no es posible tomar más datos de identificación. Acto seguido el suscrito en nombre de la ley trabo formal embargo sobre el bien antes descrito, sólo en tanto y cuanto baste para garantizar las prestaciones reclamadas; acto continúo la parte actora bajo su más estricta responsabilidad señala como depositario del bien embargado a: Martín Ruiz Marcial, quien se identifica con credencial de elector folio 004579878, expedida por el

Instituto Federal Electoral, persona a la cual sí le doy posesión material y jurídica de los multicitados bienes antes descritos; a quien le hago saber las penas en que incurren los malos depositarios y enterado de estas acepta y protesta el cargo conferido, señalando como domicilio para la guardia y custodia del mismo el ubicado en: Adolfo López Mateos, número 58, colonia la Mora, en Ecatepec . Así mismo, con las copias simples de la demanda y del documento base de la acción debidamente selladas y cotejadas, así como del original de la cédula de notificación que contiene íntegro el contenido del auto que se cumplimenta, corro traslado y emplazo a la parte demandada: Mariano Olvera Velásquez, con fundamento en el artículo 1396 del Código de Comercio, notifico a la persona con quien se entiende la diligencia, a efecto de que dentro del término de cinco días hábiles comparezca la parte demandada al juzgado donde se tramita el juicio, para que haga el pago de lo reclamado conteste la demanda o bien, se oponga a la ejecución si tuviese las excepciones que haga valer, de igual manera se le previene para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones y documentos dentro de la jurisdicción territorial de este Juzgado Tercero Civil de Cuantía Menor de Ecatepec de Morelos, Estado de México. Apercebido que de no hacerlo, las subsecuentes notificaciones y aún las de carácter personal le surtirán efectos en términos del artículo 1069 del Código de Comercio. No habiendo más que agregar doy por terminada la presente diligencia agregando a los autos copia de la cédula de notificación correspondiente, dejando copia de la presente diligencia a la persona con la que se entiende la misma, firmando al

calce los que intervinieron y quisieron hacerlo, previa lectura de su contenido, dando cuenta al juez de tal situación para su debida constancia legal. ---DOY FE. ---”

1.- Requerimiento de pago.

El requerimiento de pago es la consecuencia próxima del auto de mandamiento en forma, es decir, es la oportunidad procesal para que el demandado haga pago de lo que se le reclama, pues ésta constituye una institución relacionada con la calidad del título base de la acción (título ejecutivo), por lo tanto que resulte primordial el garantizar el pago y, de no verificarse esté se embarguen bienes suficientes del demandado, dicho señalamiento lo realizará, primero el demandado y ante su negativa el actor; posteriormente se realizará el emplazamiento. Ahora bien, el emplazamiento no interfiere con tales actos, y éstos tampoco con el emplazamiento; pues el actor puede reservarse el derecho a embargar, por lo que la independencia de tales actos permite que se lleven a cabo en la misma diligencia, o en diversas.

Al respecto señala Jesús Zamora-Pierce, que: “Dictado el auto de embargo, de inmediato se procederá a requerir de pago al deudor. Esta diligencia tiene como objetivo dar oportunidad al demandado para que, mediante el pago voluntario de su adeudo, se libre de las molestas consecuencias del embargo y el procedimiento judicial.”⁸³

Requerido de pago, el deudor tiene dos alternativas: pagar o someterse al embargo de sus bienes, ya sea señalados por el demandado, o por el actor si aquél se niega a hacerlo. Si opta por la primera bastará con que

⁸³. *Ibidem*. P. 169-170.

pague el adeudo principal, no exigiéndose el pago de las costas, pues éstas aun no se han generado, hasta esta etapa procesal.

Para el caso de que el demandado no se encuentre en la primera búsqueda, pero cerciorado de ser el domicilio del demandado, se le dejará citatorio fijándole día y hora para que aguarde al diligenciario, encontrándose o no el demandado, se procede a practicar el embargo con cualquier persona que se encuentre en el domicilio, es decir con parientes, empleados o domésticos del interesado, o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado por el actor, artículo 1393 del Código de Comercio.

Es en este momento procesal es donde el demandado produce su confesión, hecha ésta con motivo de ser requerido de pago, pues, como se ilustra con la trascrita diligencia, el demandado hace uso de la palabra al ser requerido por la cantidad reclamada, manifestándose al respecto sobre la firma que calza el documento base de la acción o la cantidad reclamada, por lo que resulta de gran trascendencia dicha actuación en nuestro estudio.

2.- Embargo.

Para Marco Antonio Téllez Ulloa precisa que, “El propósito fundamental de la diligencia de embargo en el juicio ejecutivo, lo constituye el pago inmediato del adeudo, o en su caso, garantizarse con el patrimonio del ejecutado”.⁸⁴

Ha quedado establecido que, la diligencia de exequendo comienza con el requerimiento de pago, siendo está una oportunidad procesal para que el demandado haga pago de lo que se le reclama; de no realizarse el pago, se

⁸⁴. TELLEZ ULLOA, Marco Antonio. *Op. cit.*. P. 315.

procederá al embargo, como lo establece el artículo 1392 del Código de Comercio, pues, dada su naturaleza del juicio ejecutivo mercantil persigue el pago inmediato del adeudo, este carácter prioritario del embargo es tan claro que debe de realizarse antes del emplazamiento de la demandada, al efecto la Ley Mercantil establece:

“Artículo 1394. La diligencia de embargo iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda, de las indicadas en el artículo anterior; de no hacerse el pago, se requerirá al demandado, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado.

...”

Es de precisarse que, si bien es cierto que debe existir una secuencia entre dichos actos, ello no quiere decir que se puedan realizar en una o más diligencias como ha sido criterio de los Tribunales Federales, recalcando como lo dejamos precisado en el tema anterior que, la finalidad del requerimiento de pronto pago, señalamiento de bienes, embargo y emplazamiento, es una institución procesal relacionada con la calidad del título base de la acción (título ejecutivo), pues está es una prueba preconstituida de la acción, y la tenencia del documento infiere la falta de pago total o parcial, lo anterior resulta de hacer una interpretación integral y armónica de los artículos 1391, 1392 y 1394 del Código de Comercio, así como los diversos 129, 130 y 140 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Corresponde al demandado o con quien se entienda la diligencia, en primera instancia, el derecho a señalar bienes propiedad del demandado para embargo, de no hacerlo, pasará ese derecho a la parte actora así lo establece el artículo 1394 del Código de Comercio; quienes se sujetarán a la siguiente prelación:

“Artículo 1395. El embargo de bienes se seguirá este orden:

I. Las mercancías;

II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor;

III. Los demás muebles del deudor;

IV. Los inmuebles;

V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

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

3.- Emplazamiento.

Una vez que el actor tenga garantizada la deuda reclamada con los bienes del demandado, se emplazará al demandado, para tal efecto se le entregará cédula que contenga la orden de embargo decretada en su contra, copia de la diligencia practicada, así como del traslado con copia de la demanda y del documento base de la acción, en estricto acatamiento al artículo 1394 del Código de Comercio. No obstante ello, conviene aclarar que el embargo no es requisito de procedibilidad, pues ésta es una prerrogativa

exclusiva del actor, es decir, que litigue una vez que ha garantizado sus prestaciones, no así una condición; por lo que sostenemos que el acto de requerimiento y de embargo no son presupuestos, ni constituyen el emplazamiento.

Por otro lado, nuestra legislación mercantil es omisa de cómo se debe llevar a cabo el emplazamiento o que reglas debe seguir para su cumplimiento; al respecto Carlos Felipe Dávalos Mejía señala que “la interrogante es cómo debe verificarse el emplazamiento, el multicitado numeral 1396 del Código de Comercio señala que, debe notificarse al deudor o la persona con quien se haya entendido la diligencia, sin embargo es omiso con las reglas que debe cumplir el notificador”. Sigue diciendo que, “la Corte ha sostenido que como el Código de Comercio es omiso sobre las formalidades que deben observarse en la notificación de la demanda, debe seguirse las del derecho común (a partir del 13 de junio del 2003 es aplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles), a fin de que el demandado tenga pleno conocimiento de saber quién lo demanda, qué se le demanda y qué tribunal ordenó el emplazamiento, para respetar su garantías individuales”.⁸⁵

Ahora bien, podemos afirmar que el emplazamiento es una institución procesal cuya finalidad no es la celeridad en el procedimiento, sino la natural satisfacción de la garantía de audiencia del demandado; es un acto de autoridad por el cual el juzgador da noticia completa al demandado respecto de la existencia de un juicio que se inició en su contra, con la finalidad de que aquél acuda a defender sus intereses, aporte pruebas tendientes a ello, oponga los medios de defensa que estime pertinentes y escuche la sentencia que resuelva el pleito. Por lo tanto, podemos precisar que el emplazamiento posee una naturaleza y finalidad distintas al requerimiento de pago, señalamiento de bienes y embargo.

⁸⁵ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Títulos de Crédito, Tomo I, Segunda Edición, Harla, México, 1992. Pp. 446-447.

C.- Actuación judicial.

Lo actuado en la referida diligencia de exequendo, es decir, el requerimiento de pago, embargo y emplazamiento (incluyendo la confesión objeto de nuestro estudio) consta en una “actuación judicial”, conformada con motivo del cumplimiento del referido auto y por el Secretario Actuario; motivo por el cual su análisis sea básico para nuestro tema de investigación. Su trascendencia es tal que el artículo 1294 del Código de Comercio establece que, las actuaciones judiciales harán prueba plena, por lo que resulte fundamental indagar y diferenciar la actuación judicial de la confesión judicial que ahí consta.

En tales condiciones es pertinente formular la siguiente interrogante ¿lo acontecido en la diligencia de exequendo es una actuación judicial o no? previamente, hay señalar que el proceso esta integrado por una pluralidad de actos atribuibles a diversos sujetos. Ese cúmulo de actos, en la terminología procesal se conoce con la denominación de “actuaciones procesales o judiciales”, pero qué debemos entender por “actuación judicial”.

Eduardo Pallares, señala que la palabra “actuación” tiene dos sentidos. En sentido estricto “actuación” es la actividad propia del órgano jurisdiccional, o sea, los actos que ha de llevar a cabo en ejercicio de sus funciones. Actuación es, por lo tanto dictar sentencia, pronunciar un auto, oír a las partes, recibir pruebas, etc. En sentido amplio, la actuación confunde con los diversos actos procesales que realiza el órgano jurisdiccional. Prueba de ello lo tenemos en el hecho de la ley considera a las diversas actuaciones judiciales, y previene que para ser validas las actuaciones deben practicarse en días y horas hábiles.⁸⁶

⁸⁶ PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* P. 140.

Dicha actividad desarrollada durante el proceso consecuentemente deja huella de su realización, mediante las constancias escritas que aparecen glosadas en los expedientes que se llevan respecto de los procesos contenciosos y no contenciosos. Por tanto también se llaman actuaciones procesales a las constancias escritas de lo acaecido ante el órgano del Estado que dirige el proceso y de lo realizado por dicho órgano.

José Ovalle Favela, señala que: “Bajo esta expresión se comprenden todos los actos jurídicos realizados por el tribunal dentro de un procedimiento judicial, de los cuales queda constancia en el expediente respectivo. No se debe de confundir las actuaciones judiciales, que sólo se integran por los actos jurídicos en los que interviene el tribunal, con todo el expediente del proceso, que incluyen otros actos llevados a cabo por las partes y aún los terceros. Dentro de las actuaciones judiciales quedan comprendidos tanto los actos de decisión del tribunal (las resoluciones judiciales) como sus actos de comunicación y de ejecución (las diligencias judiciales).”⁸⁷

Por otra parte, cabe señalar que doctrinariamente se diga que la confesión espontánea no existe formalidades para su desahogo, pues, dada su naturaleza no lo permite; sin embargo, en el Código de Comercio señala que la actividad jurisdiccional deberá tener ciertos requisitos siguientes:

“Artículo 1055. Los juicios mercantiles, son ordinarios, ejecutivos o los especiales que se encuentren regulados por cualquier ley de índole comercial, los que se sujetarán a las siguientes reglas:

⁸⁷ OVALLE FAVELA, José. *Op. cit.* Pp. 134-135.

- I.** Todos los cursos de las partes y actuaciones judiciales deberán escribirse en idioma español, fácilmente legibles a simple vista, y deberán estar firmados por los que intervengan en ellos. Cuando alguna de las partes no supieren o no pudieren firmar, impondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicado estas circunstancias;
- II.** Los documentos redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con la correspondiente traducción al español;
- III.** En las actuaciones judiciales, las fechas y cantidades se escribirán con letra, y no se emplearán abreviaturas ni se rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se pondrá una línea delgada que permita la lectura, salvándose al fin con toda precisión el error cometido;
- IV.** Las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas bajo pena de nulidad por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto;
- V.** Los secretarios cuidarán de que las promociones originales o en copia sean claramente legibles y de que los expedientes sean exactamente foliados, al agregarse cada una de las hojas; rubricarán todas éstas en el centro de los escritos sellándolo en el fondo del cuaderno, de manera que se abarquen las dos páginas;
- VI.** Las copias simples de los documentos que se presenten confrontadas y autorizadas por el secretario, correrán en los autos, quedando los originales en el seguro del tribunal, donde podrá verlos la parte contraria, si lo pidiere;
- VII.** El secretario dará cuenta al titular del tribunal junto con los oficios, correspondencia, razones actuariales,

promociones o cualquier escrito con proyecto de acuerdo recaído a dichos actos, a más tardar dentro del día siguiente al de su presentación, bajo pena de responsabilidad, conforme a las leyes aplicables. El acuerdo que se prepare será reservado; y

VIII. Los tribunales podrán ordenar que se subsane toda omisión que notaren en la substanciación, para el efecto de regularizar el procedimiento correspondiente.”

Luego entonces, que en la diligencia de exequendo, si existan ciertos requisitos, no para la confesión, sino para la práctica de la diligencia referida, pues hay un mínimos de requisitos que se deben de cumplir para que dicha actuación no sea nula.

En tal contexto se afirma en definitivamente que la diligencia de exequendo es propiamente una actuación judicial, entendida ésta como la acción de actuar en el proceso jurisdiccional, es decir, es la actividad desplegada por Secretario Actuario en cumplimiento de un mandamiento dictado por el juez, siendo una constancia escrita que se glosa al expediente, en el caso de nuestro estudio, dentro del juicio ejecutivo mercantil.

1.- La institución actuarial.

Visto lo acontecido en la diligencia de exequendo, misma que resulta ser una actuación judicial, incluyendo la confesión vertida ahí mismo, necesariamente y pertinentemente haya que señalar que está actividad realizada en el proceso jurisdiccional la ejecuta el Secretario Actuario o Secretario Ejecutor, denominación indistinta para nuestra trabajo; por ello que se considere de gran importancia para nuestra investigación indagar sobre la institución actuarial, al ser éste quien da fe de la confesión vertida en dicha

diligencia, manifestación que debiera surtir sus efectos probatorios sin que sea necesaria su ratificación como lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio.

Previamente hay que precisar que en la organización interna de los tribunales encontramos que la estructura y constitución lo componen el juez, el secretario y el oficial judicial⁸⁸; sin embargo, éstos dos últimos son considerados auxiliares del juzgador, y se dividen en subordinados y no subordinados, los primeros son administrativos y judiciales, éstos últimos son el actuario (notificador o ejecutor) y el secretario (de acuerdos, proyectista y administrativo).⁸⁹

Así el antecedente más remoto de ciertos funcionarios judiciales los encontramos en Roma, denominados “*scribae*”, escribas, que eran empleados subalternos de transmitir las leyes y los edictos. No fue hasta la Partida III de Alfonso el Sabio donde se habla de escribanos, quienes desempeñaban a la vez funciones que ahora realizan los secretarios judiciales y los notarios. Por lo que respecta a la legislación mexicana, fue la Ley del Notariado de 1862 en que el notario era depositario de la fe pública judicial extrajudicial, y el escribano era la persona que extendía las actuaciones judiciales procesales cuya constancia se reputaba necesaria; por decreto de 1911 se generalizó la denominación de secretarios judiciales. Éstos se clasifican en secretarios de acuerdos, secretarios actuarios y secretarios proyectistas.⁹⁰

⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de Derecho Procesal Civil, Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. P. 234.

⁸⁹ TORRES DÍAZ, Luis Guillermo, Teoría General del Proceso, primera reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994. P. 203.

⁹⁰ DORANTES TAMAYO, Luis, Elementos de Teoría General de Proceso, tercera edición, Porrúa, México, 1999. P. 102.

En ese sentido, la razón de ser del secretario se manifiesta en tres aspectos: la autenticación, la documentación y la certificación. Las tres actividades nacen de la misma fuente, se desprenden de una institución que puede recibir la denominación de actuarial. Como forma institucional, la actuaría comprende al secretario y al notario, al registrador y al canciller. En realidad, los oficios se han desprendido prácticamente y hoy se conocen como autónomos.

Humberto Briseño Sierra dice que: “La finalidad de la función actuarial es hacer indubitable la objetivación de las relaciones jurídicas. Para ello interviene un sujeto en quien el Estado confía la manufactura o la verificación de los actos pertinentes a esa relación. Así lo establece el artículo 129 del Código Procesal Federal, al determinar que son documentos públicos, aquellos cuya formación esta encomendada en la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones.”⁹¹

Por lo que atañe a nuestra investigación el cumplimiento del auto de exequendo es obligación del Secretario Ejecutor de la adscripción, pues, dentro de la organización interna de los órganos jurisdiccionales encontramos que sus funciones que estipula la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son los siguientes:

“Artículo 61. El secretario actuario tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Concurrir diariamente al Juzgado de adscripción en el horario previsto;
- II. Recibir del Secretario de Acuerdos los expedientes de notificaciones o diligencias que deban llevarse a cabo

⁹¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Segunda Edición, Harla, México, 1995. P. 648.

fuera de la oficina del propio Juzgado, firmando en el libro respectivo;

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

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

Es en la fracción cuarta donde el referido funcionario judicial se encuentra obligado a llevar a cabo las diligencias que se practiquen fuera del juzgado encomendadas por el juez, bajo la responsabilidad de la fe pública; afirmando que, resultando estrictamente legal que tenga la facultad de dar fe de la confesión hecha en la diligencia de exequendo. Por otra parte, hay que precisar que ésta actuación judicial hecha por el secretario ejecutor dentro de los límites de su competencia se deducen dos funciones principales, y que Humberto Briseño Sierra⁹² sostiene que son:

a) La formación del documento jurídico auténtico no es monopolio del órgano judicial, ni dentro de este oficio compete exclusivamente al secretario tal función. Tal hecho se desprende del ya mencionado artículo 129 del código procesal civil federal, que no hace sino coordinar con el artículo 121 constitucional, el cual en su primer párrafo indica que en cada estado de la federación se dará fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros.

⁹² *Ibidem*. P. 650.

b) Al separar autodocumentación de heterodocumentación, se esta presentando una distinta calidad de escrito, y por ello, se habla de documento conceptual y documento informativo o narrativo. Sea ello importante o no para la clasificación, poco expresa en lo tocante a la institución actuarial.

Debemos establecer que dicho funcionario judicial debe actuar conforme a los principios que rigen la función judicial siendo: la expeditéz, el impulso procesal oficioso, la imparcialidad, la legalidad, la honradez, la independencia, la caducidad, la sanción administrativa, la oralidad, la formalidad, la calidad total en sus procesos operativos, administrativos y contables, la excelencia en recursos humanos, la vanguardia en sistemas tecnológicos, la carrera judicial, la eficiencia y eficacia, artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Se infiere de lo anterior que, el secretario actuario deba conducirse de forma imparcial, dentro del marco de la ley y, honradamente, requisitos indispensables para tener plena credibilidad en dicha actuación judicial. Cabe señalar que, dentro de los diversos requisitos para ser secretario actuario esta: No haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, quedará inhabilitado para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; exigencia que es congruente con la función a desempeñar, al ser éste el encargo de dar fe de lo acontecido en el ámbito de sus funciones, artículo 21 de citada Ley.

Bajo tales circunstancias se afirma que el secretario actuario esta facultado para dar fe de lo acontecido en la diligencia de exequendo, misma que tiene su fundamento legal en los artículos 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles y en la fracción IV del artículo 61 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; aseverando que la diligencia

de exequendo es considerada una actuación judicial. Ahora bien, hay que diferenciar entre la “actuación judicial” y la “confesión” al ser medios de convicción de naturaleza jurídica distinta, entendiéndose por la primera como la acción de actuar en el proceso jurisdiccional y, por la segunda, la declaración o reconocimiento de la verdad sobre hechos controvertidos y desfavorables al confidente que es consiente y capaz, sea de forma expresa o tácita; dichos medios probatorios gozan de eficacia demostrativa. En el caso de la confesión, se deduce que no es necesaria la ratificación para que surta sus efectos probatorios de conformidad al artículo 1235 del Código de Comercio, pues, el secretario actuario actúa en el uso de sus facultades en la mencionada diligencia que puede ser considerada como producida ante el mismo titular de juzgado con las formalidades previstas en ley.

CAPÍTULO
CUARTO.

EFFECTOS DE LA CONFESIÓN
JUDICIAL VERTIDA EN LA
DILIGENCIA DE EXEQUENDO,
REFORMA AL ARTÍCULO 1235
DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

A.- EFECTOS DE LA PRUEBA CONFESIONAL VERTIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO.

Se llega así al último capítulo, siendo conveniente y oportuno llevar a cabo una recopilación de lo que hasta este momento se ha estudiado en la presente tesis, para estar en condiciones de proponer la reforma del artículo 1235 del Código de Comercio.

En el capítulo primero se estableció que de los diversos medios de prueba la prueba confesional es una de las más antiguas, la cual adquiere gran importancia al considerarse como la prueba reina; a su vez indagamos en torno al derecho probatorio para tener una mejor visión sobre nuestro objeto de estudio. Fue fundamental el estudio de los métodos de apreciación de la prueba (sistema de la libre prueba, sistema de la prueba legal o tasada y sistema mixto) para inclinarnos sobre el primer método de valoración bajo el cual consideramos que se debe regir la prueba confesional objeto de estudio.

En el capítulo segundo se precisó la naturaleza jurídica, objeto, sujetos y efectos de la confesión para estar en aptitud de aseverar nuestra propuesta de reforma, al igual que indagamos sobre las clases de confesión, ello para determinar que tipo de confesión es la producida en la diligencia de exequendo, siendo menesteroso señalar los requisitos de validez de la misma.

Dentro del capítulo tercero esgrimimos que en el juicios ejecutivos mercantiles es indispensable que el actor litigue con garantía para poder tener la certeza de pago; por lo tanto, al momento de admitir la demanda el juez dicte un auto de mandamiento en forma (auto de exequendo), consecuencia de ello, corresponda al actuario dar cumplimiento al citado auto, dando fe de lo acontecido al momento que el deudor es requerido de pago, no haciéndolo se embargue, y emplace; en esta etapa tiene origen la prueba confesional materia

de nuestra investigación, considerando que la tal diligencia es una actuación judicial.

Por lo que atañe a este capítulo cuarto, y para que tenga mayor sustento la presente tesis, previamente, hay que determinar si la manifestación realizada por el demandado en el sentido de reconocer y saber del adeudo en la diligencia de exequendo es prueba o no confesional, es necesario interpretar el contenido de los artículos 1205, 1211, 1212 y 1213 del Código de Comercio, que expresamente señalan:

"Artículo 1205. Son admisibles como medios de pruebas todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonidos, mensaje de datos, reconstrucción de hechos y en general cualquier otra forma similar u objeto que sirve para averiguar la verdad."

"Artículo 1211. La confesión puede ser judicial o extrajudicial."

"Artículo 1212. Es judicial la confesión que se hace ante Juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones."

"Artículo 1213. Se considera extrajudicial la confesión que se hace ante Juez incompetente."

Cabe señalar que el Código de Comercio en el libro quinto referente a los juicios ejecutivos mercantiles fue objeto de importantes reformas, adiciones y derogaciones por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis; sin embargo, los artículos que han quedado transcritos no sufrieron modificación alguna, lo cual pone de manifiesto la necesaria reforma propuesta y la ineludible reforma integral de dicha codificación.

En efecto los artículos 1205 y 1211 del Código de Comercio, reconocen como medio de prueba a la confesional, misma que puede ser judicial o extrajudicial. Los artículos 1212 y 1213 del mismo ordenamiento legal, precisan que es judicial la confesión que se hace ante juez competente, ya sea al contestar la demanda o al absolver posiciones; y que la extrajudicial es la confesión que se hace ante juez incompetente. Sin embargo, el diverso artículo 1235 del mismo ordenamiento legal establece: “Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta”. De ésta disposición legal, se colige, para que la confesión de una de las partes en juicio, pueda calificarse de judicial, es necesario que se lleve a efecto ante o en presencia del Juez, o bien de quien por autorización o disposición legal actúe en su representación, pudiendo llevarse a cabo esta clase de confesión al contestar la demanda, al absolver posiciones e inclusive en cualquier acto del juicio, pero en este último supuesto, es decir, cuando no se haga en presencia del juez, tendrá que pedirse la ratificación para que se considere legalmente como una confesión perfecta, no obstante ello, no peticionada su ratificación nos atreveríamos a decir que es una “confesión imperfecta”, pero, finalmente sí es una confesión.

Esta manifestación que se atribuye al demandado y que es asentada en el acta de requerimiento, embargo y emplazamiento, por el actuario, en el

sentido de que reconoce y sabe de las prestaciones reclamadas, podemos considerarlas una confesión judicial, porque evidentemente se realizan ante la presencia judicial, por conducto del Secretario Actuario quién forma parte de la administración de justicia, y que a su vez es quien materialmente ejecuta el auto de exequendo, actuando en su calidad de fedatario público ejecutor, esto es, procede al desahogo del referido auto, requiriendo de pago, embargando y emplazando al demandado. Por otro lado lo razonado en tal diligencia es considerada una actuación judicial misma que hacen prueba plena, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1294 del Código de Comercio, pero, también lo es que tratándose concretamente de la diligencia de requerimiento, embargo y emplazamiento, constituye realmente una actuación practicada ante o en presencia del juez, puesto que el Secretario Actuario lleva a cabo el desahogo del auto de exequendo por sí mismo y su actuación cubre con los requisitos que establece la ley para ello. Expuesto lo anterior es de concluir que se trata en todos los casos de juicios ejecutivos mercantiles, que tienen como elementos comunes los siguientes:

- a)** La práctica de una diligencia de exequendo (auto de mandamiento en forma).
- b)** El reconocimiento de los títulos base de la acción y de la deuda.
- c)** Que el reconocimiento se hizo ante un ejecutor del juzgado.

Hay que recordar, para el procesalista mexicano Eduardo Pallares señala que: “se entiende por confesión la admisión tácita o expresa que una de las partes hace de hechos propios, de los controvertidos en juicio, reconociendo que son verdaderos y en perjuicio propio”.⁹³

⁹³ PALLARES, Eduardo, Op. Cit. P. 380.

Concepto aludido, pues nuestro Código de Comercio es omiso en definir a la confesión; sin embargo, la extinta Tercera Sala precisó que la confesión es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo, lo cual significa que cuando una de las partes no reconoce ningún hecho que le ocasione perjuicio, no puede estimarse que exista confesión de su parte, bajo tales circunstancias y para mejor argumento sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencia que precisa:

"CONFESIÓN, CONCEPTO DE, EN MATERIA MERCANTIL.-La confesión, considerada como prueba dentro del ámbito del procedimiento mercantil mexicano por disposición de la fracción I del artículo 1205 del Código de Comercio, es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo, lo cual significa que cuando una de las partes no reconoce ningún hecho que le ocasione perjuicio, no puede estimarse que exista confesión de su parte."⁹⁴

El referido cuerpo normativo en los artículos 1287 a 1291 establece el valor de las pruebas confesionales. El artículo 1287 preceptúa que la prueba confesional hace prueba plena cuando concurren en ella las circunstancias siguientes: que sea hecha por persona capaz de obligarse; que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia; que sea de hecho propio y concerniente al negocio. El artículo 1291 señala que la confesión extrajudicial hará prueba plena si el Juez incompetente ante quien se hizo era reputado competente para las dos partes en el acto de confesión.

⁹⁴ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tercera Sala, Tomo 151-156, Cuarta Parte, página 100.

Así las cosas cuando en la diligencia de embargo, el demandado reconoce la autenticidad del título de crédito base de la acción y la deuda que se le reclama, pues así queda asentado por el ejecutor del juzgado, dicha manifestación produce sus consecuencias jurídicas desde ese preciso instante al igual que es susceptible de producir eficacia demostrativa, mismas que serán analizadas de la siguiente forma:

Primero.- Consiste en que la actividad desempeñada por el Secretario Actuario en el cumplimiento de los autos dictados por el juez, que básicamente son fuera del juzgado, se convierten en actuaciones judiciales, tal y como ha quedado establecido en el capítulo inmediato anterior; mismas que hacen prueba plena en estricto apego al artículo 1294 del Código de Comercio.

Se afirma lo anterior, pues categóricamente la diligencia donde se da cumplimiento al auto de mandamiento en forma es una actuación judicial, entendida esta como la acción de actuar en el proceso jurisdiccional, misma que se exterioriza dejando huella o constancia escrita, tal constancia se glosa al expediente, en la especie al juicio ejecutivo mercantil. Convirtiéndose así tal diligencia de exequendo en una actuación fuera del juzgado la cual no pierde su valor de convicción plena; salvo caso de nulidad. Dicha actuación es prueba plena por lo que ahí fedatado también comparte dichos efectos, sin embargo nos inclinamos por considerar que corresponde al juzgador valorar la manifestación hecha en tal actuación, prescindiendo de la ratificación a que se contrae el artículo 1235 de la ley mercantil.

Se colige ello, en virtud que la actuación judicial es prueba perfecta, por lo tanto la confesión ahí vertida también lo es, es decir tiene similar eficacia probatoria junto con la actuación judicial, afirmándose que la actuación judicial absorbe a la confesión que se ha vertido en la diligencia de exequendo, por lo tanto no es necesaria su ratificación ya que la actuación judicial para su validez probatoria no exige la necesidad de otro requisito.

Segundo.- No es necesaria la ratificación de la confesión hecha en la diligencia de exequendo o en cualquier parte del juicio, al ser eficaz por sí misma, siendo oportuno mencionar que:

a) Cuando analizamos el valor probatorio de la confesión establecimos que para que está gozara de eficacia probatoria debería reunir ciertos requisitos legales para su validez. Precisando que la confesión provocada se hace por cualquiera de los litigantes al contestar las preguntas que al efecto le formula su contrario, con los requisitos de ley, medio de convicción pleno; y por otro lado, la confesión espontánea acontecían en el acto por el cual el demandado reconoce voluntariamente, al contestar la demanda o en el curso del juicio, no sujeta a ningún acto de solemnidad ni formalidad dada su naturaleza.

Luego entonces que resulte innecesaria la ratificación la confesión espontánea para que sea perfecta, como lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio, pues, dicho numeral señala que, cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en presencia judicial, podrá pedir el colitigante y deberá decretarse la ratificación; y que hecha está, la confesión quede perfecta.

Hay que recordar que la diferencia entre el valor probatorio entre la confesión provocada y la espontánea, estriba en el hecho en que la última no consta la autenticidad de la confesión, por más que este autorizada con la firma del demandado o conste en actuaciones judiciales. Teniendo como antecedente en la Ley de Enjuiciamiento Española, que estimaron conveniente exigir la ratificación, contraria a los preceptos de las leyes 2ª, título 13, partida 3ª, que otorgaban a la confesión, sin distinguir entre la espontánea y la provocada, pleno valor probatorio.

Compartimos la opinión de Manuel Mateos Alarcón, quien señala que “la distinción a que nos referimos no está justificada de ninguna manera, y que la confesión, sea espontánea o provocada, sin necesidad de que la hecha fuera de la diligencia de posiciones sea ratificada por su autor.⁹⁵ Pues la autenticidad de la confesión espontánea descansa en una actuación judicial elaborado con motivo de la diligencia de exequendo resultando irrelevante que tenga que ser ratificada por su autor para que surta sus efectos probatorios, pues en todo caso le corresponderá valorar en su conjunto al órgano jurisdiccional si tiene efectos probatorios perfectos o no.

Cabe precisar que el sistema adoptado en su conjunto por el Código de Comercio es el de la prueba tasada y como ha quedado establecido en el capítulo primero resulta ser un método arcaico y anacrónico, al ser evidente que inhibe categóricamente la actividad jurisdiccional; por lo tanto no sólo el artículo 1235 del Código de Comercio requiere una reforma sino en su conjunto necesita una reforma integral el mencionado ordenamiento, recordando que esté fue promulgado desde el año de 1889, lo cual evidentemente no comparte el contexto de su creación con su actual aplicación.

b) Por lo que respecta a la valoración de la prueba ha quedado establecido como lo señala ⁹⁶Carnelutti al reconocer que la libre apreciación de las pruebas es la obra de un buen juez, señalando que “es el medio mejor para alcanzar la verdad”, siendo la crítica más severa que se puede hacer del sistema de la prueba tasada.

Este sistema otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas. El sistema de la prueba libre no sólo concede al juez, la facultad de apreciarla sin traba legal de ninguna especie, sino que esta potestad se extiende, igualmente, a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valoración.

⁹⁵ Vid. MATEOS ALARCON, Manuel. *Op. cit.* Pp. 85-86.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francisco, *Op. Cit.* P.253.

Infiriéndose que el sistema de la prueba tasada es característico de las legislaciones atrasadas, pues, nulifica en grado sumo la actividad propia del órgano jurisdiccional en la valoración de las pruebas, ya que en éste sistema el legislador concede el valor probatorio a cada prueba, correspondiendo únicamente el juzgador dictar sentencia con los parámetros otorgados a cada prueba; lo cual evidentemente es en detrimento de la justicia, al omitir el acto reflexivo del juzgador al dictar sentencia, como el sistema tasado a que se contrae el artículo 1235 del Código de Comercio.

Convirtiéndose en un simple obstáculo procesal la ratificación para que surta sus efectos probatorios, al no ser éste un requisito en los términos precisados, pues de igual modo, que la confesión provocada la espontánea tiene que cubrir ciertas formalidades, no para la confesión, sino para llevar a cabo la diligencia de requerimiento de pago y embargo, aunado a que doctrinalmente se ha dicho que, en el caso de la confesión espontánea no se encuentra sujeta a formalidad ni solemnidad; no soslayando precisar que el Secretario Actuario tiene fe pública, siendo incongruente que si este da fe de la confesión hecha en la multireferida diligencia, se imponga de nueva cuenta su ratificación para que sus efectos legales.

Hay que precisar y aclarar que el objeto de la presente investigación no es conceder valoración probatoria plena a la confesión vertida en la diligencia de exequendo, pues nos inclinamos como la doctrina lo ha hecho, por el sistema de libre prueba.

c) En este apartado considero pertinente realizar una comparación legislativa para tener una mejor visión de cómo se ha clasificado la prueba confesional y el valor probatorio otorgado a nuestro objeto de estudio, para tener mayor argumento sobre nuestra propuesta de reforma. Como primer ejemplo el Código Federal de Procedimientos Civiles precisan al respecto que:

“Artículo 95.- La confesión puede ser expresa o tácita: expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular la demanda o al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del juicio; tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.”

Por su parte el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, señale en lo conducente que:

“Artículo 1.267.- La confesión puede ser expresa y tácita o ficta. Es expresa la que se hace clara y terminantemente al formular la demanda o al contestar la demanda, al absolver posiciones, o en cualquier otro acto del proceso. Es tácita o ficta cuando la ley lo señala.”

De lo anterior nos interesa recalcar que, ambas legislaciones señalan que la confesional expresa es la hecha al formular la demanda o al contestar, absolviendo posiciones o en cualquier otro acto del juicio, no diferenciando entre si es provocada o espontánea, como lo hace el Código de Comercio; lo cual consideramos correcto, pues acogiendo la valoración libre corresponderá al juzgador conceder o no valor probatorio.

Ahora bien, por lo que atañe a la valoración de la confesión, señala el Código Federal de Procedimientos Civiles, siguiendo el sistema mixto que:

“Artículo 199.- La confesión expresa hará prueba plena cuando concurren, en ella, las circunstancias siguientes:

I.- Que sea hecha por persona capacitada en obligarse;

II.- Que sea hecha con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia; y

III.- Que sea de hecho propio o, en su caso, del representado o del cedente, y concerniente al negocio.”

Por otra parte el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, codificación que adopta la libre prueba, establece que:

“Sistema libre de valoración.

Artículo 1.359.- El Juez goza de libertad para valorar las pruebas, con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena. Lo hará tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia. Explicará detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.”

Conviene señalar que dichas legislaciones adoptan el sistema mixto de convicción y de la libre prueba respectivamente, ampliando la actividad jurisdiccional, al ser el propio juzgador quien le concederá a cada prueba el valor correspondiente. Estos ordenamientos en gran medida refuerzan lo que a lo largo de la investigación hemos sostenido que resulta innecesario la ratificación la confesión vertida en la diligencia de exequendo, pues ambas consideran a esta como confesión judicial expresa, no obstante el valor probatorio que produzca, ya que tales legislaciones acogen el sistema de la libre apreciación de la prueba, en la cual corresponde al juzgador reflexionar y sancionar el alcance y valor probatorio de tal prueba, concatenado al conjunto restante de las demás pruebas.

Recalcando que no es propósito de esta investigación que la confesión vertida en la diligencia de exequendo sea prueba plena, pues, consideramos que el demandado confidente podría quedar sin defensa alguna,

al grado que ya no tendría sentido el ofrecimiento de pruebas dentro del sumario, lo cual atenta contra la garantía de audiencia contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Tercero.- Resulta oportuno el precisar que bajo esa tesitura nuestro máximo tribunal ha sostenido que la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo tiene su alcance probatorio, introduciendo el sistema probatorio de la libre prueba, ya que deja al arbitrio del juez analizar el medio de convicción con el restante conjunto probatorio, al señalar:

**CONFESIÓN JUDICIAL. ALCANCES DE LA
PRODUCIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO.**

En el juicio ejecutivo mercantil el requerimiento de pago, durante la diligencia de exequendo como primera actuación judicial, es la intimación que por virtud de un mandamiento judicial, el ejecutor del juzgado con base en las facultades y la fe pública de la que se encuentra investido, dirige a una persona para que pague el adeudo contraído o para que, en su caso, manifieste lo que estime conducente en relación con tal requerimiento; por tanto, si en dicha diligencia, a la luz de los artículos 1212 y 1235 del Código de Comercio, el demandado admite deber a la actora determinada cantidad, es una declaración que constituye una confesión, ya que se acepta la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a cargo del obligado, sobre todo cuando se realiza de manera espontánea, lisa, llanamente y sin reservas; por ello si el reconocimiento del adeudo se hace en el momento en que el deudor es requerido del pago, tal declaración es precisamente la que implica la confesión, misma que deberá ser valorada de acuerdo con las reglas

de apreciación de las pruebas y en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos.⁹⁷

Criterio jurisprudencial que compartimos y que de igual modo sustenta lo argüido en la presente tesis, pues, afirmamos que la mejor opción será adoptar el sistema de la libre prueba, siendo así únicamente la forma en que la actividad jurisdiccional tenga mayor relevancia, al ser evidente que el juzgador es perito de perito y sobre todo en el campo del derecho, a quién le corresponderá valorar de acuerdo con las reglas de apreciación de las pruebas y en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos, como lo sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la citada jurisprudencia trascrita.

Ahora bien, de conformidad con la citada tesis jurisprudencial misma que analiza la confesión objeto de nuestra investigación, al igual que refuerza nuestro criterio, se concluye que la misma es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 193 de la Ley de Amparo. Por lo cual es evidente y necesaria la reforma al artículo 1235 del Código de Comercio, bajo las circunstancias ya precisadas anteriormente. Indudablemente que está no es una consecuencia directa de la confesión que sea indagado, si no como la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de acatar la jurisprudencia aplicable a los casos concretos, en nuestro caso, en que la valoración de dicha probanza deberá atender a las reglas de la lógica y de acuerdo al restante conjunto probatorio, por lo tanto que sea necesaria la reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.

⁹⁷. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo X, página: 5.

B.- Análisis del artículo 1235 del Código de Comercio.

Así las cosas, se llega al análisis del contenido del artículo 1235 del Código de Comercio, entendiendo por análisis la descomposición de un todo con distinción de sus elementos constitutivos, es decir fragmentar lo establecido por en el citado numeral para comprende la *ratio legis* de tal dispositivo, siendo necesario transcribirlo:

“Artículo 1235.- Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta.”

De este precepto se puede concluir lo siguiente:

a) Que puede existir la confesión al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio no siendo en la presencia judicial (requisito de existencia).

b) Que se requiere de la ratificación mediante la solicitud que haga el colitigante (requisito formal de validez).

c) Que hecha la ratificación, ésta queda perfecta (eficacia probatoria).

Requisitos que en son cubiertos en cierta forma y otros que no tienen razón de ser en la confesión vertida en la diligencia de exequendo, para lo cual es básico dividirlo de la siguiente manera:

Primero.- Por cuanto hace al requisito de existencia, es decir, que puede existir la confesión al contestar la demanda o en cualquier otro acto del

juicio no siendo en la presencia judicial, conviene hacer las siguientes interrogantes: ¿la confesión vertida en la diligencia de exequendo, hecha ante el Secretario Actuario, no es ante la presencia judicial? O bien ¿qué es presencia judicial?

Para ello, debemos aclarar que por presencia judicial es aquella calidad que goza el funcionario judicial, quién dentro de sus facultades y atribuciones cuenta con fe pública de lo que ante él acontece, por lo que la presencia judicial puede ser ante el Secretario de Acuerdos o el Secretario Actuario o Ejecutor.

Luego entonces que la confesión realizada en la diligencia de exequendo sí es hecha ante presencia judicial, pues como quedo establecido en el capítulo tercero, dentro de las facultades y atribuciones de que goza el Secretario Actuario se encuentra ser un fedatario público, derivándose en inoficiosa la ratificación de la confesión acontecida en la diligencia de exequendo, pues ésta se hace ante la presencia judicial.

Segundo.- Éste requisito formal de validez, lo considero inoficioso e irrelevante, en virtud del cual se requiere de la ratificación mediante la solicitud que haga el colitigante para que surta sus efectos demostrativos, para reforzar dicho argumento hay que recordar que la confesión en judicial o extrajudicial, así clasificada por el artículo 1211, se puede subclasificar (atendiendo su origen) en: confesión provocada y espontánea, es provocada cuando se hace por cualquiera de los litigantes al contestar las preguntas que al efecto le hace su contrario; y por espontánea cuando surgen por iniciativa voluntaria del confesante, es decir, se presta sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria; puede ser hecha en cualquier estado del juicio y no se encuentra sujeta a formalidades.

Por lo cual, resulta inoperante la ratificación de la confesional vertida en cualquier otro acto del juicio, en el caso de estudio, la realizada en la ejecución del auto de exequendo. Dicho discernimiento cobra sustento al hacer referencia al Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, ya que éstos no hacen tal distinción; pues fusionan la confesión espontánea y la provocada en la confesional expresa, es decir la hecha al contestar la demanda, al absolver posiciones o en cualquier otro acto del juicio.

En ese sentido, conviene precisar que la confesión vertida en la diligencia de exequendo reúne ciertos requisitos legales para su validez, no propiamente para la prueba judicial, sino para la validez de la actuación judicial, para ello conviene transcribir el siguiente dispositivo que dice:

“Artículo 1055.- Los juicios mercantiles, son ordinarios, ejecutivos o los especiales que se encuentren regulados por cualquier ley de índole comercial, los cuales se sujetarán a las siguientes reglas:

I. Todos los cursos de las partes y actuaciones judiciales deberán escribirse en idioma español; fácilmente legibles a simple vista, y deberán estar firmados por los que intervengan en ellos. Cuando alguna de las partes no supiere o no pudiese firmar, impondrá su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias;

II.

III. En las actuaciones judiciales, las fechas y cantidades se escribirán con letra, y no se emplearán abreviaturas ni se rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se

pondrá una línea delgada que permita su lectura, salvándose al final con toda precisión el error cometido.

IV. Las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas bajo pena de nulidad por el funcionario público a quien le corresponda dar fe o certificar.

....”

De lo anterior se concluye que dicha actuación judicial levantada con motivo del cumplimiento del auto de exequendo sí cubre un mínimo de requisitos para su validez, llevando implícitamente los requisitos de validez para la confesional hay vertida, derivándose en irrelevante si está es ratificada o no para que surta sus efectos probatorios.

Tercero.- En cuanto a la eficacia probatoria de la confesión se encuentra condicionada a que está deba estar ratificada para que sea perfecta, exigencia que no compartimos por las siguientes consideraciones:

Es irrelevante su ratificación de la confesional espontánea, pues a lo largo del presente trabajo quedo establecido que la confesión espontánea es el acto por el cual el demandado reconoce voluntariamente, hecha al contestar la demanda o en el curso del juicio, misma que no esta sujeta a ningún acto de solemnidad ni formalidad dada la naturaleza de cómo se vierte. Luego entonces que resulte innecesaria la ratificación la confesión espontánea para que sea perfecta, como lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio.

Sin embargo, cuando queda hecha la ratificación la prueba confesional será una prueba perfecta, criterio del cual nos separamos, pues insistimos en la necesidad de que el órgano jurisdiccional cuente con mayor libertad en la valoración de las pruebas, en especial en la confesión analizada en el presente estudio, bajo el sistema de la libre prueba. Recalcando que no pretendemos establecer que tal confesión goce de valor probatorio pleno sin

necesidad de ratificación, pues considero que en un momento dado se dejaría en flagrante estado de indefensión al demandado, pues si adoptamos el sistema de la prueba tasada, ya no tendría razón de ser la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas al ser esta prueba plena.

Lo antes esgrimido en ningún modo se antepone al contenido del artículo 1287 del Código de Comercio que preceptúa que la prueba confesional hace prueba plena cuando concurren en ella las circunstancias siguientes: que sea hecha por persona capaz de obligarse; que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia; que sea de hecho propio y concerniente al negocio; se colige ello, pues la confesión vertida en el desahogo de la diligencia de exequendo únicamente puede ser hecha por la parte demandada, aunado a que es un hecho propio del negocio y del conocimiento del colitigante pasivo, es decir, la cual consiste en reconocer la autenticidad del documento base de la acción y del adeudo; por otro lado, ésta se realiza de manera espontánea la cual de ninguna manera se realiza sin coacción ni violencia; luego entonces, que resulte procedente así concederle valor probatorio, no obstante no exista ratificación de la confesión.

Afirmando que, la mejor opción será adoptar el sistema de la libre prueba, siendo así únicamente la forma en que la actividad jurisdiccional tenga mayor trascendencia en la valoración de las pruebas, pues en todo caso el juzgador es perito de perito, sobre todo en el campo del derecho, correspondiéndole valorar de acuerdo con las reglas de apreciación de las pruebas y en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos, como lo sostiene la nuestro máximo tribunal en la jurisprudencia número 1a./J. 37/99, en Materia Civil, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Novena época, del Tomo: X, Octubre de 1999, visible a página 5, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el rubro “CONFESIÓN JUDICIAL. ALCANCES DE LA PRODUCIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO”.

Para lo cual recordamos que el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México entre otros, no es necesaria la ratificación de la confesional expresa, ya que esta se produce al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones o bien en cualquier otra parte del proceso, misma que produce sus efectos legales, sin que sea necesaria su ratificación, pues desde luego este requisito resulta fuera de todo orden jurídico, pues siguiendo el principio de espontaneidad de la prueba, es la que se produce de manera lisa y llana sin reservas. Al ser obvio que una vez que se pida su ratificación y esta no se obtendrá por la parte a quien le perjudica.

C.- Propuesta de reforma al artículo 1235 del Código de Comercio.

A lo largo de la presente investigación ha quedado plasmada la trascendencia de la prueba confesional en su génesis y posteriormente en el derecho mexicano; estableciendo los diversos tipos que de ella ahí, los efectos que produce y, consecuentemente el alcance probatorio que produzca en el ánimo del juzgador.

De tal manera que, visto sus efectos que produce y conjuntamente el análisis del artículo 1235 del Código de Comercio, podemos categóricamente establecer, que resulta menesteroso la reforma de tal dispositivo, recordando que resulta obvio que si la promulgación de tal ordenamiento mercantil data del año de 1889, aproximadamente 118 años después resulte necesaria una reforma integral a dicho ordenamiento, pues las condiciones imperantes de aquella época distan en gran medida a las que actualmente rigen. Para lo cual se transcribe de nueva cuenta el citado numeral que textualmente señala:

“Artículo 1235.- Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en presencia

judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta.”

En merito de ello, resulta necesaria la reformar del artículo 1235 del Código de Comercio, en lo relativo a que no es necesaria la ratificación de la confesión hecha en la diligencia de exequendo, para que surta sus efectos probatorios, al ser irrelevante su ratificación ya que a la luz de los efectos de tal probanza aunado con el análisis respectivo, se colige urgente la reforma propuesta, por lo que le corresponderá al órgano jurisdiccional valorar de acuerdo a las reglas de la sana lógica y en conjunto con los diversos medios de prueba constante en autos.

En las condiciones apuntadas, me permito proponer la presente reformas del Código de Comercio, estableciéndose de la siguiente forma:

“Artículo 1235.- La confesión hecha al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio; el juez la valorara atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia, a su vez, en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos. Explicando detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.”

Tal iniciativa de reforma tiene como único objetivo el tratar de evidenciar que el vigente Código de Comercio dada las circunstancias reinantes en aquel tiempo son demasiado diversas a las imperantes en la actualidad, por lo cual considero inexorablemente la de reforma del mencionado artículo del Código de Comercio.

CONCLUSIONES.

Primera.- Fue esencial el estudio de la apreciación de la prueba, pues, se colige que ésta es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de cada elemento de prueba; son tres métodos de valoración, a saber: el sistema de la prueba libre, prueba tasada y la mixta; el primero concede al juez, la facultad de apreciar las pruebas sin traba legal de ninguna especie, además que ésta potestad se extiende, igualmente, a la libertad de selección de las máximas de experiencia que sirven para su valoración. La segunda la valoración de las pruebas no depende del criterio del juez, ya que la valoración de los medios de convicción están previamente regulados por la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente, prescindiendo de su criterio personal. Por ello, el derecho moderno ha rechazado el sistema de la prueba tasada o legal, al sostener que dicho sistema guarda cierta desconfianza a la moral del juez, al igual con la capacidad técnica y en su falta de interés por la función jurisdiccional. El tercero es la combinación de ambos métodos citados, es decir, hay ciertas reglas de apreciación, pero otorga al juez amplitud de reflexión, para que la certidumbre moral nunca sea diversa de la certidumbre jurídica.

Segunda.- De los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Está es el género y la confesión una de las especies, de tal manera que confesión es el reconocimiento de hechos propios, desfavorables y controvertidos, constituyendo una especie de declaración de parte y puede o no resultar del interrogatorio judicial; estableciendo que su naturaleza jurídica esencialmente es un medio de prueba, consistente en una declaración de conocimiento; asignando como única función la de comunicarle al juez la verdad de los hechos, como un acto puramente procesal. Tal prueba tiene por objeto sólo hechos, los cuales deben ser controvertidos, propios y desfavorables al confesante; deduciéndose así que, sólo son sujetos de la confesión las partes

contendientes en el proceso indistintamente, pues, los efectos jurídicos que produce únicamente perjudicarán a quien la realiza, es decir, la consecuencia legal de ella no trascenderá a terceras personas.

Tercera.- La prueba confesional se clasifica en judicial o extrajudicial, la judicial a su vez puede dividirse en espontánea o provocada, así como en expresa y tácita o ficta; por confesión judicial entendemos como aquella que se efectúa ante un juez competente; la confesión espontánea es aquella que surge por iniciativa voluntaria del confesante, es decir, se presta sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria, puede ser hecha en cualquier estado del juicio y no se encuentra sujeta a formalidades. Ahora bien, el valor probatorio concedido a cada tipo de confesión es distinto, tal diferencia reside en el hecho de la certeza en su desahogo y más seguridad de su seriedad, pues, el confesante deberá conocer los efectos legales perjudiciales que sobrevengan y la inmediación para que el juez asuma directamente la prueba. Así las cosas, la confesión judicial hace prueba plena, en términos del artículo 1287 del Código de Comercio, cuando sea hecha por persona capaz, que tenga pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, debe ser un hecho propio y concerniente al negocio, a su vez hecho conforme a la ley. En cuanto a la confesión espontánea, para que sea perfecta es necesaria su ratificación, tal como lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio.

Cuarta.- El Código de Comercio fue promulgado en el año de 1889, el cual ha sufrido diversas modificaciones y reformas, no obstante ello, el método de apreciación es la prueba tasada, método de apreciación que resulta arcaico dada la realidad imperante en nuestro país. Este ordenamiento regula el juicio ejecutivo mercantil el cual es procedente cuando se funda en documento que trae aparejada ejecución previstos en el artículo 1391 del Código de Comercio; este juicio es el proceso donde se dicta un auto de mandamiento en forma “auto de exequendo”, que cumple una doble función admitir la demanda y

requerir de pago al demandado, siendo así la consecuencia próxima de éste, ya que es la oportunidad procesal para que el demandado haga paga de lo que se le reclama. No verificándose el pago, se procederá al embargo, pues es necesario que el actor litigue con garantía. Posteriormente se emplazará al demandado; en la ejecución de la diligencia de exequendo acontece la confesión materia de nuestro estudio. Ahora bien, el encargado de ejecutar materialmente el citado auto de exequendo es el Secretario Actuario, quién es el servidor público encargado de realizar la actividad fuera del tribunal, dando fe de lo acontecido; momento procesal donde el demandado reconozca el documento base de la acción y el adeudo reclamado, convirtiéndose así dicha diligencia en una actuación judicial.

Quinta.- Así las cosas, se determina que la manifestación hecha en el sentido de reconocer y saber del adeudo en la diligencia de exequendo es una confesión, susceptible de producir convicción en el ánimo del juzgador, pues, luego de hacer una recta y armónica interpretación de los artículos 1205, 1211 y 1212 del Código de Comercio, se deduce que reconocen como medio de prueba a la confesional, misma que puede ser judicial o extrajudicial, siendo la primera la que se produce ante juez competente, ya sea al contestar la demanda, ya al absolver posiciones. Por otra parte, el artículo 1235 del mismo ordenamiento legal establece: “Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión queda perfecta”. De ésta disposición, se arriba a la conclusión que la confesión vertida en la diligencia de exequendo es necesaria su ratificación, previa solicitud del colitigante, para que sea una confesión perfecta, es decir, para que goce de efectos probatorios plenos.

Sexta.- La confesión vertida en la diligencia de exequendo, tiene como elementos comunes: a) La práctica de una diligencia de exequendo (auto de mandamiento en forma), b) El reconocimiento de los títulos base de la acción y de la deuda y, c) Que el reconocimiento se hizo ante un ejecutor del juzgado. Por ello, concluimos que resulta innecesaria la ratificación de la confesión vertida en la diligencia de exequendo, como lo ordena el artículo 1235 del Código de Comercio, por las siguientes consideraciones: Primero.- la prueba objeto de nuestra investigación consta su autenticidad en una actuación judicial, mismas que hacen prueba plena en estricto apego al artículo 1294 del Código de Comercio; sin embargo, diferimos en considerarla prueba plena, ya que bajo el sistema de la libre prueba corresponde al juzgador valorar la manifestación hecha en tal actuación, prescindiendo de la ratificación a que se contrae el artículo 1235 de la ley mercantil. Segundo.- Dejamos establecido que la confesión espontánea es el acto por el cual el demandado reconoce voluntariamente, al contestar la demanda o en el curso del juicio, no sujeta a ningún acto de solemnidad ni formalidad dada su naturaleza, siendo notoriamente ilógica su ratificación, pues atenta contra el principio de espontaneidad de la prueba. Tercero.- Deducimos que el sistema de valoración de la libre prueba es el mejor método para alcanzar la verdad, ya que otorga al juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas; siendo éste el método bajo el cual deberá regirse la confesión judicial vertida en la diligencia de exequendo. Cuarto.- De un análisis comparativos con otras legislaciones vigentes (Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México), se infiere que la ratificación a que se contrae el artículo 1235 del Código de Comercio no tiene justificación, pues, la confesión expresa es la que se hace clara y distintamente, ya al formular la demanda o al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o cualquier otro acto del juicio.

Séptima.- Del análisis del contenido del artículo 1235 del Código de Comercio, se colige que: a) Que puede existir la confesión al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio no siendo ante la presencia judicial (requisito de existencia), b) Que se requiere de la ratificación mediante la solicitud que haga el colitigante (requisito formal de validez), y c) Que hecha la ratificación, ésta queda perfecta (eficacia probatoria). Requisitos que son cubiertos en cierta forma y otros que no tienen razón de ser en la confesión vertida en la diligencia de exequendo, afirmando que: Primero.- El requisito de existencia se encuentra satisfecho puesto que el Secretario Actuario es parte de la presencia judicial, quien cuenta con fe pública en el uso de sus atribuciones. Segundo.- Éste requisito formal de validez, lo considero inoficioso e irrelevante, puesto que en la confesión espontánea surgen por iniciativa voluntaria del confesante, es decir, se presta sin previo requerimiento y puede ser hecha en cualquier estado del juicio y no sujeta a formalidades. Tercero.- En cuanto a la eficacia probatoria de la confesión está condicionada a su ratificación para que sea perfecta la confesión, exigencia que disiento, ya que contraría el principio de espontaneidad de la prueba, a su vez considero que corresponde al juez apreciar y valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana lógica y de la experiencia. Por otro lado, su eficacia así considerada en ningún modo trasgrede el contenido del artículo 1287 del Código de Comercio.

Octava.- En las apuntadas consideraciones, estimo fundamental reformar del artículo 1235 del Código de Comercio, en lo relativo a la innecesaria ratificación de la confesión vertida en la diligencia de exequendo para que surta sus efectos probatorios, al ser irrelevante su ratificación ya que a la luz de los efectos de tal probanza aunado con el análisis respectivo, se colige urgente la reforma propuesta, por lo que considero que, corresponde al órgano jurisdiccional valorar de acuerdo a las reglas de la sana lógica y en conjunto con los diversos medios de prueba constante en autos, propongo de la siguiente manera la reforma al artículo 1235 del Código de Comercio:

Artículo 1235.- La confesión hecha al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio; el juez la valorara atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia, a su vez, en conjunto con el restante valor probatorio constante en autos. Explicando detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición, tercer tomo, juicio ordinario civil, Ediar S. A., Buenos Aires, 1961.

ARAZI, Roland, La Prueba en el Proceso Civil, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.

ARRELLANO GARCÍA, Carlos, Practica Forense Mercantil, novena edición, Porrúa, México, S.A., 1995.

BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil Mexicano, decimosexta edición, Porrúa, S.A., México 1999.

BENTHAM, Jeremías, Tratado de las Pruebas Judiciales, volumen II, ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, Buenos Aires 1971.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, segunda edición, Harla, S.A., México 1995.

CARNELUTTI, Francisco, Sistema del Derecho Procesal Civil, Uteha, Buenos Aires, 1944.

COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de Derecho Procesal Civil, Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Títulos de Crédito, tomo I, segunda edición, Harla, S.A., México 1992.

DE PINA, Rafael, Tratado de las Pruebas Civiles, segunda edición, Porrúa, S.A., México 1975.

DE SANTO, Víctor, La Prueba Judicial, Universidad, Buenos Aires, 1992.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, tercera edición, Porrúa, S.A., México 1991.

DORANTES TAMAYO, Luis, Elementos de Teoría General de Proceso, tercera edición, Porrúa, S.A., México 1999.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, primer curso, séptima edición, Porrúa, S.A., México 1985.

GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, quinta edición, Oxford University Press, México 1998.

KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría de la Prueba y los Medios Probatorios, segunda edición, Rubinzal-culzoni Editores, Buenos Aires 1996.

MARGADANT S., Guillermo Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, decimoctava edición, Esfinge grupo editorial, S.A., México 2002.

MATEOS ALARCON, Manuel, Las Pruebas en Materia Civil Mercantil y Federal, primera reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, novena edición, Oxford University Press, México 2003. (Biblioteca Central).

PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, decimotercera edición, Porrúa, S.A., México 1989.

TELLEZ ULLOA, Marco Antonio, El Enjuiciamiento Mercantil Mexicano, segunda edición, Del Carmen, S.A., México 1980.

TORRES DÍAZ, Luis Guillermo, Teoría General del Proceso, primera reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Historia del juicio ejecutivo civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1977.

VENTURA BELEÑA, Eusebio, Recopilación Sumaria, Tomo I, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1991.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, Derecho Procesal Mercantil, tercera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1983.

LEGISLACIONES.

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Ley de Amparo.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Federal del Trabajo.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta Época, Tomo XXXIV, página: 2115. JUICIO EJECUTIVO. Amparo directo 3928/30. Kososky Fernando. 8 de abril de 1932. Tres votos, disidentes: Francisco Díaz Lombardo y Ricardo Couto. Excusa: Manuel Padilla. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tercera Sala, Tomo 151-156, Cuarta Parte, página 100. CONFESIÓN, CONCEPTO DE, EN MATERIA MERCANTIL. Amparo directo 8039/80. Rosaura Mora Conrique. 22 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Teodoro Camacho Pelayo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo II, página: 507, Tesis: XX.27 C. DILACION PROBATORIA EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. FINALIDAD DE LA. Amparo directo 129/95. Guillermo González Cinco. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo X, página: 5, Tesis: Ia./J. 37/99. CONFESIÓN JUDICIAL. ALCANCES DE LA PRODUCIDA EN LA DILIGENCIA DE EXEQUENDO. Contradicción de tesis 60/97. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en

Materia Civil del Primer Circuito. 3 de marzo de 1999. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame. Tesis de jurisprudencia 37/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ausente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XIII, página: 1753, Tesis: VI.2o.C.200 C. EMPLAZAMIENTO, REQUERIMIENTO DE PAGO Y EMBARGO, CONSTITUYEN ACTOS PROCESALES DISTINTOS ENTRE SÍ, POR LO QUE SU INDEPENDENCIA PERMITE QUE SE LLEVEN A CABO EN LA MISMA DILIGENCIA O EN DILIGENCIAS DIVERSAS. Amparo directo 425/2000. Guillermo López López. 9 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Eduardo Iván Ortiz Gorbea.