

357
2oj



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

“EL DESISTIMIENTO DE LA ACCION, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS, CONTRAIDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO BANCARIOS”

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN RAMON NAVA LEVINSTEIN



MEXICO, D. F.,

JUNIO DE 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

357
2oj



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.

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E.

El alumno **JUAN RAMON NAVA LEVINSTEIN**, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: **"EL DESISTIMIENTO DE LA ACCION, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS, CONTRAIDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO BANCARIOS"**, con la asesoría del LIC. RAFAEL B. CASTILLO RUIZ; que presentará como tesis para obtener el título de **Licenciado en Derecho**.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a Usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 5 de octubre de 1999.


DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO
DIRECTOR

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Alumno
c.c.p. Archivo Seminario
*occ.

Ciudad Universitaria, Octubre 4, de 1999.

*Director del Seminario de Derecho Mercantil
Dr. Fabián Mondragón Pedrero*


Dilecto Maestro:

Me permito informarle que, he concluido la revisión de la tesis intitulada "El desistimiento de la acción, en juicios en donde se controvierta el cumplimiento de obligaciones solidarias, contraídas en contratos de apertura de crédito bancarios" del alumno Juan Ramón Nava Levinstein con número de cuenta 8937165-5.

Le acompaño dicho trabajo a fin de que usted se sirva revisarlo y, en su caso dar su autorización para la impresión correspondiente.

Aprovecho de antemano las atenciones que se sirva prestar a la presente.

Muy atentamente:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rafael B. Castillo Ruiz', written over the text 'Muy atentamente:'. The signature is somewhat stylized and overlaps the text.

Lic. Rafael B. Castillo Ruiz.

A mi hermano CARLOS, quien es un ejemplo de entereza e integridad al tener el comportamiento más fiel entre lo que piensa y lo que hace.

Gracias por brindarme tú amistad, respeto y cariño.

Para el amor de mi vida VANESSA, quien con su cariño me ha brindado momentos de alegría y satisfacción.

Gracias por estar a mi lado y apoyarme en la conclusión del presente trabajo.

A GERARDO DE LA PEZA BERRÍOS y
MARCO AURELIO PARRA TÉLLEZ,
quienes son el mejor ejemplo de que la
abogacía es una profesión digna y
honestá.

Gracias por apoyarme y orientarme en el
ejercicio de la profesión que me ha
brindado un sinnúmero de satisfacciones.

EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS, CONTRAÍDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIOS.

ÍNDICE.

PRÓLOGO.

CAPÍTULO I.- HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS.

- 1.1. Concepto de Hecho Jurídico.
- 1.2. Concepto de Acto Jurídico.
- 1.3. Concepto de Negocio Jurídico.

CAPÍTULO II.- OBLIGACIONES SOLIDARIAS.

- 2.1. Concepto.
- 2.2. Solidaridad e indivisibilidad de las obligaciones.
- 2.3. Características de la solidaridad.
- 2.4. Fuentes de la solidaridad.
- 2.5. Requisitos y efectos de la solidaridad activa.
- 2.6. Requisitos y efectos de la solidaridad pasiva.

CAPÍTULO III.- EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO.

- 3.1. Concepto.
- 3.2. Naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito Bancario.
- 3.3. Clases de Apertura de Crédito Bancario.
- 3.4. La Apertura de Crédito Simple.
- 3.5. La Apertura de Crédito en Cuenta Corriente.

CAPÍTULO IV.- LA ACCION.

- 4.1. Definición.
- 4.2. Distinción entre acción y pretensión.
- 4.3. Características de la acción.
- 4.4. Clasificación de la acción.

4.5. El derecho de acción y el derecho de petición.

CAPÍTULO V.- EL DESISTIMIENTO.

5.1. Concepto de desistimiento.

5.2. Formas de desistimiento, instancia y acción.

5.3. Efectos del desistimiento.

CAPÍTULO VI.- EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS, CONTRAIDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIOS.

6.1. Análisis de los elementos del problema y efectos del desistimiento de la acción, en juicios en donde se controvierta el cumplimiento de obligaciones solidarias, contraídas en contratos de apertura de crédito bancarios.

6.2. Criterios de los Tribunales Federales sobre nuestro tema.

6.3. Reflexiones finales.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

PRÓLOGO.

Previo al análisis y desarrollo del tema relativo al desistimiento de la acción, en juicios donde se controvierta el cumplimiento de obligaciones solidarias, contraídas en contratos de apertura de crédito bancarios; resulta insoslayable señalar que las Instituciones de Crédito han tenido un papel preponderante en el desarrollo socio-económico de nuestro país, toda vez que al fungir como captadores de recursos del público inversionista para colocarlos en el mercado nacional, representan uno de los grados de evolución, tanto de la macro como la microeconomía.

Con el objeto de consolidarse en el ámbito financiero nacional, la banca en nuestro país otorgó de manera indiscriminada infinidad de créditos a personas físicas y morales, sin considerar de manera adecuada la viabilidad de los proyectos de inversión de acuerdo a posibles contingencias, tanto internas como externas que paralizaran, o en su caso, retardaran el avance socio-económico de nuestro país, imposibilitando con ello, la capacidad de pago de los deudores.

Sin embargo, salvo contadas excepciones, y con el objeto de garantizar el cumplimiento de pago de los créditos otorgados, la banca solicitó al acreditado se obligará en forma solidaria con personas de reconocida solvencia económica, de tal suerte, que ante la insolvencia sobrevenida del acreditado, se recuperara el monto del adeudo por conducto del obligado o coobligados solidarios.

Por otro lado, a partir de la crisis del año de 1995, las relaciones existentes entre banqueros y deudores de la banca en nuestro país, se vieron tajantemente truncadas por la inviabilidad de los proyectos de inversión y, consecuentemente, en el atraso o falta de pago de los pasivos a cargo de los deudores, lo que llevó a las Instituciones crediticias a un nuevo problema: la falta de recursos para hacer frente a las obligaciones pasivas que se encontraban a su cargo.

En virtud de lo anterior, se presentaron un sinnúmero de demandas ante los tribunales judiciales, para obtener el pago de

aquéllos créditos otorgados con motivo de su función de intermediación bancaria, demandando de manera conjunta al o los coobligados solidarios el cumplimiento de dicha obligación.

De tal suerte, que una vez ejercitada la acción ante los juzgados competentes, el actor continuaba el proceso con los que fueron emplazados a juicio; sin embargo, en contadas ocasiones, se desistió de la acción o de la instancias, respecto de alguno de los codemandados solidarios, lo cual resulta el motivo determinante para analizar los efectos que debe producir el desistimiento de la acción en los juicios donde se controvierta el cumplimiento de obligaciones solidarias contraídas en contratos de apertura de crédito bancarios, en razón de que existe un criterio poco claro en el juzgador para dilucidar los efectos relativos a dicho cuestionamiento.

De todo lo anterior, y través del presente trabajo se pretende desentrañar el verdadero significado de los efectos del desistimiento de la acción respecto a las obligaciones solidarias, en un humilde esfuerzo de aportación al vasto campo del derecho en sus ramas civil y mercantil.

CAPÍTULO I.

HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS.

Francesco Messineo,¹ siguiendo la postura de la doctrina francesa se refiere a los hechos y actos jurídicos en sentido general, es decir, como todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho. De esta forma, distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos.

En efecto, la doctrina francesa utiliza las locuciones "hechos y actos jurídicos", atribuyéndole a cada una determinadas características relevantes.

En contrapostura a lo anterior, la doctrina alemana utiliza las acepciones "hecho y negocio jurídicos", considerando como sinónimo de acto jurídico al negocio jurídico.

Por otro lado, el autor Raúl Ortiz-Urquidí,² se refiere a una clasificación tripartita de los acontecimientos jurídicos, es decir, hechos, actos y negocios jurídicos, lo anterior, tomando una postura ecléctica entre las doctrinas francesa y alemana.

Dicho autor, explica que en nuestra legislación, siguiendo la doctrina francesa y española, sólo nos referimos a los hechos y actos jurídicos, es decir, a la clasificación bipartita de los acontecimientos jurídicos, sin embargo, se omite aplicar la locución "negocio jurídico", por lo que en consecuencia, efectúa una conceptualización precisa de las expresiones hecho, acto y negocio jurídico, que más adelante se detallaran en el presente capítulo.

1.1. CONCEPTO DE HECHO JURÍDICO.

¹ Messineo, Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melondo, Buenos Aires, 1954, p. 332.

² Ortiz Urquidí, Raúl.- Derecho Civil, Parte General.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1986, p. 236.

Según el diccionario de derecho de Rafael de Pina Vara,³ los hechos jurídicos se definen como aquéllos acontecimientos independientes de la voluntad humana susceptibles de producir efectos en el campo del derecho.

Francesco Messineo,⁴ considera que hay un hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre, en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho se originan, no obstante éstas.

Según la doctrina francesa, los hechos jurídicos pueden ser de dos clases: naturales o del hombre, y en estos últimos existen los voluntarios, los involuntarios y los ejecutados contra la voluntad.

Para el autor Ernesto Gutiérrez y González,⁵ la doctrina que orientó los principios establecidos en nuestro Código Civil, respecto a los hechos y actos jurídicos, lo fue la doctrina francesa, la cual se manifiesta de la siguiente manera:

Estima que al lado de los fenómenos de la naturaleza que no producen efectos de derecho, se tiene a los hechos jurídicos que son los que sí producen efectos de derecho.

Para ello, explica que los hechos jurídicos deben entenderse desde dos puntos de vista, a saber:

a) Hechos jurídicos *lato sensu*.- Son todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.

b) Hecho jurídico en estricto sentido.- Es una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho, independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.

³ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de.- Diccionario de Derecho.- Vigésimo Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998. p. 290.

⁴ Messineo, Francesco.- Op. Cit., p. 332.

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998. p. 122.

Para ello, estos hechos pueden ser de dos clases:

1.- Del ser humano o voluntarios.- Son las conductas humanas que generan consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad del autor para que esas consecuencias se produzcan o no.

Estos hechos a su vez admiten una subclasificación:

i) hechos voluntarios lícitos.- es aquella conducta humana que va de acuerdo con las leyes de orden público, o las buenas costumbres.

ii) hechos voluntarios ilícitos.- El hecho voluntario ilícito es la conducta que va en contra de una ley de orden público o las buenas costumbres, y en donde la voluntad del autor haya querido o no el hecho, y haya querido o no las consecuencias, éstas se generan independientemente de su voluntad.

2.- Hechos de la naturaleza.- Son los acontecimientos de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana y que el derecho considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas.

Por otra parte, el autor Raúl Ortiz-Urquidí,⁶ manifiesta que el hecho jurídico se diferencia de los actos y negocios jurídicos, en razón de que en éste la voluntad no interviene ni en la realización del acontecimiento, ni en la producción de las consecuencias jurídicas.

1.2. CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO.

El autor Rafael de Pina Vara,⁷ en su obra denominada "Diccionario de Derecho", define al acto jurídico como la manifestación de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos.

⁶ Ortiz Urquidí, Raúl.- Op. Cit., p. 239.

⁷ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de.- Op. Cit., p. 54.

Asimismo, dicho autor establece que para que produzca efectos el acto jurídico, se necesita, además de la capacidad para realizarlo, que el mismo se verifique de acuerdo con los requisitos legales previamente establecidos para cada caso.

Francesco Messineo,⁸ estima que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por esto lo define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de originarlas.

Ahora bien, el tratadista Rafael Rojina Villegas,⁹ define al acto jurídico como la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Dicho autor manifiesta que el acto y hecho jurídicos constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho.

Asimismo, dicho jurista establece que los elementos esenciales o de existencia del acto jurídico son tres, a saber: Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita; un objeto física y judicialmente posible; y el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto.

Finalmente, el autor en cita considera que los elementos de validez del acto jurídico son: Que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos; que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales; que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, dolo, violencia o lesión) y; que la voluntad se otorgue por persona capaz.

Por otra parte, la doctrina francesa, estima que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por esto lo define como una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de originarlas.

⁸ Messineo, Francesco.- Op. Cit., p. 332.

⁹ Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia.- Vigesimo Octava Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998, p. 115.

En efecto, León Duguit,¹⁰ en su obra denominada "Teoría General del Acto Jurídico", define al acto jurídico como "el acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro dado". (Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª. Ed., 1921, pág. 224-232).

Ahora bien, en lo referente a nuestro derecho positivo, el autor Ernesto Gutiérrez y González,¹¹ define al acto jurídico como la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.

De este concepto se desprende que el acto jurídico está integrado por dos elementos:

- 1.- Uno psicológico, voluntario, personal, y
- 2.- Otro representado por el derecho objetivo.

Por ello un efecto de derecho no se producirá, en ausencia de cualquiera de esos elementos. Si falta la voluntad, no se puede producir el efecto por el sólo derecho objetivo; y por el contrario si falta éste, aunque se dé la voluntad, tampoco se producirá el acto, porque en este caso el derecho no le reconoce efectos jurídicos. Son dos los elementos estrechamente vinculados en la formación del acto jurídico. De aquí resulta que los actos jurídicos son las conductas del hombre en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los elementos deseados por el autor.

¹⁰ Citado por Rojina Villegas, Rafael.- Op. Cit., p. 116.

¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 124.

Por otra parte, el autor Raúl Ortiz-Urquidí,¹² sostiene que en el acto jurídico la voluntad sólo interviene en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos jurídicos.

1.3. CONCEPTO DE NEGOCIO JURÍDICO.

El tratadista español Federico de Castro y Bravo,¹³ define el origen del término negocio jurídico (traducción alemana de "RECHTSGESCHAFT") y sostiene que se debe a la doctrina alemana del siglo XIX. El vocablo "negotium" se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho Español, pero usado con tanta variedad en sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos (negotium contractum, sinallagma). Sin embargo, la expresión negocio jurídico como término técnico dentro del lenguaje jurídico, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto y acto jurídico resultará desde entonces evidente. De modo que, ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemana, austríaca y belga (Warköening). La legislación tarda algo más en utilizarlo, pero pronto el Código Civil de Sajonia de 1863, lo recoge y lo define como concepto técnico, diciendo: "Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo a las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica."

La pandectística de los alemanes e italianos hizo una distinción, a saber, el acto jurídico es un acto humano que produce efectos de derecho con la intención de producirlos o sin ella. Por esa razón clasifica a los actos jurídicos como lícitos e ilícitos.

¹² Ortiz Urquidí, Raúl.- Op. Cit., p. 240.

¹³ Castro y Bravo, Federico de.- El Negocio Jurídico.- Madrid, 1967, pp. 16 y ss.

Ahora bien, si se parte de la concepción de que el acto jurídico es un acto humano, necesariamente se le tendrá que colocar una denominación específica al acto humano lícito que persigue consecuencias de derecho: este es el negocio jurídico que puede entenderse como una manifestación de voluntad de una o varias partes encaminada a producir efectos de derecho: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos.¹⁴

Los tratadistas Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara,¹⁵ definen al negocio jurídico como una especie de acto jurídico cuyo concepto ha sido elaborado por la doctrina extranjera, especialmente la alemana, siendo definido, en términos generales, como la situación jurídica que el derecho valora como creada y reglamentada por la voluntad declarada de las personas.

El Código Civil para el Distrito Federal, desconoce la expresión "negocio jurídico".

El autor Raúl Ortiz-Urquidí en su obra "Derecho Civil",¹⁶ considera que el negocio jurídico se caracteriza en virtud de que en él, la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias jurídicas.

Asimismo, dicho autor manifiesta que la licitud es un elemento básico del negocio jurídico.

Dicho tratadista, considera que la expresión negocio jurídico ha tomado carta de naturalización en México, pues frecuentemente se usa en la cátedra, en la literatura jurídica, en el foro y en los tribunales, por lo que significa un punto de enriquecimiento del lenguaje de la ciencia jurídica y que naturalmente redundará en un mejor y más fácil manejo de los conceptos de ésta.¹⁷

Ahora bien, dicho autor, para sostener su postura realiza una inordinación del negocio jurídico con el objeto de distinguirlo del hecho

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario Jurídico Mexicano.- Novena Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1996, p. 2187.

¹⁵ Pina, Rafael de y Pina Vara Rafael de.- Op. Cit., p. 361.

¹⁶ Ortiz Urquidí, Raúl.- Op. Cit., p. 241.

¹⁷ *Ibidem*, p. 238.

y del acto jurídicos, y para ello, subordina al negocio jurídico a dichas expresiones, lo anterior, en virtud de que éstos dos únicos conceptos son los que nuestro derecho positivo toma en cuenta al respecto.

En tal tesitura, para proceder a la inordación del negocio jurídico, establece una relación entre el hecho y el acto jurídico, en consecuencia, explica que todo acto jurídico es un hecho jurídico, sin embargo, manifiesta que no todo hecho jurídico es un acto jurídico. Lo que significa que se trata de dos conceptos que están en relación de género a especie, siendo el género el hecho y el acto la especie.¹⁸

Eduardo Pallares,¹⁹ señala que del vocablo negocio jurídico se han dado muchas definiciones, entre las que destacan:

Para Windscheid, el negocio jurídico es la declaración de la voluntad de una persona, mediante la cual el que la hace se propone establecer, cambiar o extinguir un derecho o una relación jurídica.

Castán Tobeñas define al negocio jurídico como el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privadas, dirigidas a la producción de determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.

Los negocios jurídicos pertenecen a la esfera de la autonomía de la voluntad que el Estado reconoce a los particulares. Por tanto, los jurisconsultos los admiten o rechazan en la esfera del Derecho Procesal, según que sean partidarios o no lo sean de la estatización del derecho. Esta circunstancia explica el por qué algunos tratadistas italianos, que escribieron durante la dominación de Mussolini, niegan que haya negocios procesales.²⁰ Tienen las siguientes notas esenciales:

¹⁸ Ortiz Urquidí, Raúl.- Op. Cit., p. 245.

¹⁹ Pallares, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Cuarta Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1998, p. 568.

²⁰ Ibidem, p. 569.

a) Que sean una declaración de voluntad;

b) Que dicha declaración tenga por objeto producir un efecto jurídico determinado;

c) Que dicho efecto se produzca como algo vinculado a la declaración de voluntad porque la ley le atribuya a ésta el poder de producirlo;

d) Que la declaración de voluntad reúna los requisitos legales para obtener el fin perseguido por quien o quienes lo hacen.

Concluidas las siguientes definiciones, se procede a analizar a las obligaciones solidarias en el apartado siguiente.

reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.”²³

Es importante destacar, que las obligaciones a prorrata o simplemente mancomunadas se distinguen de las solidarias, en virtud de que en las primeras hay división de la obligación y en las segundas no se produce este efecto, aún a pesar, de que en ambas existe la pluralidad de sujetos.

Joaquín Escriche,²⁴ define a la obligación solidaria como aquella cuyo cumplimiento puede exigirse en totalidad a cada uno de los acreedores, o a cada uno de los deudores.

El autor Manuel Borja Soriano,²⁵ citando a los tratadistas franceses Baudry-Lacantinerie et Barde, define la solidaridad como una modalidad que supone dos o varios sujetos activos o pasivos de una misma obligación, y en virtud de la cual no obstante la divisibilidad de esta obligación, cada acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a efectuar el pago total, con la particularidad de que este pago extingue la obligación respecto de todos los acreedores o de todos los deudores.

El tratadista Ernesto Gutiérrez y González²⁶ manifiesta que la solidaridad se presenta cuando hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, en una obligación, y cada acreedor puede exigir el todo del objeto, y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que ese objeto sea divisible.

En efecto, el artículo 1987 del Código Civil dispone lo que se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 1987.- Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho

²³ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

²⁴ Escriche, Joaquín.- Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.- México, 1993, p. 477.

²⁵ Borja Soriano, Manuel.- Teoría General de las Obligaciones.- Décimo Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998, p. 663.

²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998, p. 724.

para exigir, cada uno por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.²⁷

Es importante resaltar que la solidaridad debe de hacerse constar de manera expresa y no con base en presunciones. lo anterior, en razón de lo establecido por el artículo 1988 del Código Civil, el cual a la letra dice:

"ARTÍCULO 1988.- La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes."²⁸

Ahora bien, el autor Ernesto Gutiérrez y González,²⁹ considera que la figura de la solidaridad tiene diversas especies, a saber:

1.- La activa, cuando hay pluralidad de acreedores y un sólo deudor.

2.- La pasiva, cuando hay pluralidad de deudores y un solo acreedor.

3.- La mixta, cuando hay pluralidad de acreedores y deudores simultáneamente en la obligación.

Hechas las anotaciones pertinentes, se procederá a analizar la solidaridad e indivisibilidad de las obligaciones en el apartado siguiente.

2.2. SOLIDARIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

Una vez precisada la obligación solidaria en el apartado anterior, es menester abocarnos al estudio de la indivisibilidad o indivisión, la cual se presenta cuando en un derecho de crédito hay pluralidad de sujetos acreedores, deudores o de ambos, y el objeto es indivisible, por lo cual sólo puede cumplirse por entero, y así cada

²⁷ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

²⁸ Idem.

²⁹ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 724.

uno de los acreedores podrá exigirlo, o cada uno de los deudores estará en la necesidad de cumplirlo, sin que ello implique solidaridad activa o pasiva.

En efecto, el artículo 2003 del Código Civil, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 2003.- Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudieren ser cumplidas sino por entero."³⁰

El Código Civil para el Distrito Federal, hace una abstracción del problema para explicar la indivisibilidad de las obligaciones, y determina dos bases para su reglamentación:

a) La divisibilidad o indivisibilidad de una obligación depende absoluta y exclusivamente de la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones.

b) Para saber si la prestación es o no es divisible, se atiende a un punto de vista económico y natural, y de ello resulta que una cosa es divisible cuando al fraccionarse, el valor de la suma de las partes que resultan, no es inferior al del todo; e indivisible, cuando fraccionada, la suma del valor de las partes no reporta el valor del todo.

Sobre esta base de carácter económico, debe considerarse la divisibilidad de las cosas, para el efecto de las obligaciones que se estudian.

Ahora bien, la indivisibilidad puede ser activa, pasiva o mixta.³¹

a) La indivisibilidad activa es cuando hay pluralidad de acreedores y un solo deudor.

b) La indivisibilidad pasiva es cuando hay varios deudores y un solo acreedor.

³⁰ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 356.

³¹ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 743.

c) La indivisibilidad mixta es cuando hay pluralidad de acreedores y deudores simultáneamente.

Las fuentes de la indivisibilidad son: el convenio y la herencia.³²

En el convenio la indivisibilidad se genera al momento de celebrarse un acto de esta naturaleza, se estipula entre acreedores y deudores, que deben éstos cumplir con el objeto indivisible.

En la herencia, la indivisibilidad puede ser testamentaria o legítima; la primera se presenta por testamento, cuando su autor deja a todos sus herederos para que la cumplan, una deuda con objeto indivisible, y así la obligación que tenía un solo sujeto pasivo, se convierte en obligación con sujeto múltiple; en la segunda hipótesis, la indivisibilidad por herencia legítima, se origina cuando son varios los herederos declarados judicialmente, y se hacen cargo de una deuda con objeto indivisible que fue del autor de la herencia.

Los efectos de la indivisibilidad activa son:

a) Cada acreedor, o cualquiera de los herederos de los acreedores, llegado el caso, tienen derecho de exigir el objeto total de la obligación, es decir, cada acreedor puede exigir la completa ejecución.

Para ello, el artículo 2007 del Código Civil, dispone:

"ARTÍCULO 2007.- Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, pero no puede por sí solo perdonar el débito total, ni recibir el valor en lugar de la cosa.

Si uno solo de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible

³² Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 743.

sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor.³³

Lo anterior, en razón si se considera que cada acreedor o cada heredero puede exigir el pago integral de la deuda indivisible, porque un pago parcial no es posible.

b) Cada uno de los acreedores no puede hacer quita o remitir la obligación, y si lo hace, no surte efecto contra los demás; el artículo 2008, del Código Civil, determina:

“ARTÍCULO 2008.- Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella.”³⁴

Por otra parte, los efectos de la indivisibilidad pasiva son:

a) Cada deudor debe pagar el todo del objeto, y ello resulta obvio, pues al ser éste unitario, no se concibe de otra forma su cumplimiento, más no porque se haya pactado solidaridad; así lo dispone el artículo 2005 del Código Civil, el cual a la letra dice:

“ARTÍCULO 2006.- Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad.”³⁵

Lo mismo tiene lugar respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible.”

b) Si la deuda nace pura y simple, pero se trasmite por vía convencional o por la vía hereditaria, todos los causahabientes del autor de la sucesión quedan obligados y el objeto se convierte en indivisible; en este caso el heredero al que se demanda el pago de la obligación, tiene el derecho de pedir un plazo para hacer concurrir a sus coherederos, pues están también ligados por la indivisión del objeto.³⁶

³³ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 357.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 746.

Es decir, el heredero apremiado puede hacer concurrir a sus coherederos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2009 del Código Civil, el cual a la letra dice:

"ARTÍCULO 2009.- El heredero del deudor, apremiado por la totalidad de la obligación, puede pedir un término para hacer concurrir a sus coherederos, siempre que la deuda no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerla el heredero demandado, el cual entonces puede ser condenado, dejando a salvo sus derechos de indemnización contra sus coherederos."³⁷

Ahora bien, las obligaciones solidarias e indivisibles presentan características similares en cuanto a que en las dos formas hay pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos.³⁸

En ambas, el objeto de la obligación es unitario, ante el derecho, y por ello, cada acreedor puede exigir el todo del objeto a cada deudor, y cada uno de éstos, está en la necesidad de cubrirlo por entero.

Por otro lado, las diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad son:³⁹

a) La indivisibilidad deriva de la naturaleza misma del objeto de la prestación, en tanto que la solidaridad deriva de la forma en que se constituya la obligación, ya sea por medio de convenio, de ley o por herencia, pues el objeto en sí es divisible, pero no se fracciona por estar determinado así en el título creador de la obligación.

b) La indivisibilidad no permite que los deudores verifiquen pagos parciales, en tanto que la solidaridad sí permite el pago parcial, llegado el caso.

c) La indivisibilidad termina además por pago, sólo cuando la obligación se incumple, pues se traduce en pago de daños y

³⁷ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 357.

³⁸ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 743.

³⁹ Idem.

perjuicios; la solidaridad puede terminar además, por voluntad del acreedor o por la ley.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA SOLIDARIDAD.

Las características de la solidaridad son: Unidad de prestación u objeto y la pluralidad de vínculos.⁴⁰

La unidad de prestación significa que los diversos acreedores o deudores, pueden exigir, o deben cumplir, la misma prestación, pero solamente una vez, pues cubierta por un deudor, o cobrada por un acreedor, la obligación se cumple y se extingue para todos los demás sujetos.

La pluralidad de vínculos, significa que el vínculo jurídico que obliga a cada acreedor o a cada deudor, es distinto e independiente para cada uno de ellos.

2.4. FUENTES DE LA SOLIDARIDAD.

A efecto, de entrar al estudio del presente apartado, es de precisarse que el artículo 1988 del Código Civil de 1928, establece que la solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

Hecho lo anterior, se precede al análisis de las fuentes de la solidaridad.

En los casos de la solidaridad activa, las fuentes son: El convenio y la herencia testamentaria.⁴¹

La solidaridad convencional, deriva en los casos en que las partes al celebrar un convenio, de manera expresa determinan que cada deudor debe pagar y cada acreedor puede exigir, el todo del crédito.

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 724.

⁴¹ *Ibidem*, p. 725.

La solidaridad que se origina de la herencia testamentaria es la que resulta en vista de una declaración hecha por el autor del testamento.

Por otra parte, en los casos de solidaridad pasiva, además de los supuestos jurídicos antes precisados, la misma puede, en su caso, devenir de la ley.

En efecto, la ley sólo genera solidaridad pasiva, la cual surge cuando una norma jurídica lo establece en forma expresa para determinación tipo de deudores.

En tal tesitura, el Código Civil en su artículo 1901 segundo párrafo, determina lo que se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 1901.- La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria."⁴²

Asimismo, el artículo 1917, establece otra hipótesis donde surge la solidaridad pasiva, a saber:

"ARTÍCULO 1917.- Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este capítulo."⁴³

También se establece esta solidaridad pasiva en el artículo 2510 del Código Civil, el cual a la letra dice:

"ARTÍCULO 2510.- Siendo dos o más los comodatarios, están sujetos solidariamente a las mismas obligaciones."⁴⁴

Finalmente, el artículo 2611 del Código Civil, señala que se genera solidaridad pasiva en los supuestos en los que se encomienda un negocio en la prestación de servicios profesionales, precepto legal que señala:

⁴² Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 726.

⁴³ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 344.

⁴⁴ Ibidem, p. 437.

"ARTÍCULO 2611.- Si varias personas encomendaren un negocio, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios del profesor y de los anticipos que hubiere hecho."⁴⁵

2.5. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA.

Según los artículos 1389 y 1391 del Código de 1884, la mancomunidad o solidaridad activa "es el derecho que dos o más acreedores tienen para exigir, cada uno por sí, al deudor el cumplimiento total de la obligación". El Código de 1928, en su artículo 1987, dice: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno por de por sí, el cumplimiento total de la obligación." Agrega el mismo Código en su artículo 1989 que: "Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir ... el pago total o parcial de la deuda."

La solidaridad activa se presenta cuando en una misma obligación, existe pluralidad de acreedores y un solo deudor en cuyo caso, cada uno de los acreedores puede exigir al deudor el pago total de la obligación, y se cumple con que entregue el deudor el objeto a uno de los acreedores.⁴⁶

La finalidad de la solidaridad activa es la de atribuir a cada acreedor el derecho de exigir la totalidad del crédito, sin embargo, dicha figura no es frecuente en la práctica, en razón de que la misma pone a todos los acreedores a merced de cada uno de ellos, puesto que cada uno puede al vencimiento cobrar el total y apropiárselo o disiparlo.⁴⁷

Los efectos de la solidaridad activa son:⁴⁸

a) Primer Efecto.- Por lo general cuando un acreedor es pagado, extingue el crédito de los demás, y se libera al deudor, y

⁴⁵ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 454.

⁴⁶ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 726.

⁴⁷ ibidem, pp. 726 y 727.

⁴⁸ ibidem, p. 727.

por ello el acto que realice un acreedor solidario respecto de su deudor, debe producir efectos respecto de los demás acreedores.

b) Segundo Efecto.- Cada acreedor solidario puede cobrar el todo al deudor, y siendo varios- solidaridad mixta- podrá cobrar el todo a cualquiera de ellos, o si lo desea solamente una parte; inclusive si reclama el pago a un deudor que resulta insolvente, puede ante ese estado económico, ir a cobrar a los demás deudores.

El artículo 1989 del Código Civil establece lo anterior, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 1989.- Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad."⁴⁹

c) Tercer efecto.- Si uno de los acreedores interrumpe la prescripción, esa prescripción beneficia a todos los demás.

En este tenor, el artículo 2001 del Código Civil, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 2001.- Cualquier acto que interrumpa la prescripción a favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás."⁵⁰

d) Cuarto efecto.- Se produce con vista de la relación que guardan los acreedores entre sí; toda vez que si uno de ellos demanda el pago y cobra el importe del derecho, puede quedar obligado ante sus coacreedores, si es el caso.

⁴⁹ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 356.

Lo anterior, en términos de lo dispuesto por el artículo 1992 del Código Civil, que determina lo que a continuación se transcribe:

“ARTÍCULO 1992.- El acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda, o que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos.”⁵¹

2.6. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD PASIVA.

El artículo 1987, nos define el concepto de la solidaridad pasiva al establecer que habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

Asimismo, la solidaridad pasiva no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes, lo anterior, conforme a lo establecido por el artículo 1988 del Código Civil.

Los efectos de la solidaridad pasiva, se deben analizar desde dos puntos de vista, a saber:⁵²

1.- Entre acreedor y deudores, efectos a que a su vez pueden ser:

A) Principales.

B) Secundarios.

2.- Entre los deudores.

Ahora bien, los efectos principales de la solidaridad pasiva entre acreedores y deudores, se deben estudiar a la luz de las características de la solidaridad, es decir, en virtud de la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos.

⁵¹ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 355.

⁵² Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., p. 734.

En tal tesitura, al ser unitario el objeto de la obligación solidaria, es decir, todos los deudores deben un solo y mismo objeto; los efectos principales entre acreedores y deudores que derivan de la unidad de objeto son:

1.- Cada deudor debe prestar por sí, en su totalidad la cosa o hecho materia del contrato. En otros términos, el acreedor puede exigir de alguno de los deudores, a su elección, toda la prestación a que están obligados solidariamente, sin que el requerido pueda impugnar el beneficio de la división.⁵³

En efecto, los artículos 1987 y 1989 del Código Civil, disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 1987.- Además de la mancomunidad ... y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad la prestación debida."⁵⁴

"ARTÍCULO 1989.- Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad."⁵⁵

El autor Ernesto Gutiérrez y González,⁵⁶ define a ésta primera consecuencia, en los siguientes términos:

"Cada deudor debe pagar en su totalidad, el objeto debido, el artículo 1987, ya transcrito determina precisamente que cada deudor debe cubrir por sí la totalidad de la prestación que se debe.

⁵³ Borja Soriano, Manuel.- Op. Cit., p. 639.

⁵⁴ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit, p. 724.

Además, puede el acreedor prorratear entre los deudores la deuda si lo desea, y en consecuencia, pedir una parte de la prestación a uno de los deudores y el resto al otro u otros.

Asimismo, el acreedor, puede exigir a su arbitrio a cualquiera de los deudores que cumpla la obligación, o bien, puede exigiársela a todos ellos simultáneamente. Así lo autoriza el artículo 1989 ya transcrito.⁵⁷

2.- El segundo efecto principal entre acreedores y deudores que deriva de la unidad de objeto es: Cuando uno de los codeudores ha pagado el monto de la deuda, ésta se extingue por efecto de este pago y los vínculos obligatorios que unían al acreedor con los otros codeudores, desaparecen al mismo tiempo.

En tal tesitura, el artículo 1990, del Código Civil, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1990.- El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda."⁵⁸

3.- El tercer efecto principal entre acreedores y deudores que deriva de la unidad de objeto es: Cuando el deudor solidario demandado puede oponer las excepciones que sean comunes a los demás codeudores o, en otros términos, el deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación.⁵⁹

En este tenor, el artículo 1995, del Código Civil, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1995.- El deudor solidario sólo podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales."⁶⁰

⁵⁷ Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit., pp. 735 y 736.

⁵⁸ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

⁵⁹ Borja Soriano, Manuel.- Op. Cit., p. 670.

⁶⁰ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 355.

Asimismo, el autor Manuel Borja Soriano,⁶¹ señala en lo relativo a éste tema, que el deudor demandado puede igualmente invocar el pago y otras causas de extinción de las obligaciones, entre las que destacan: la novación; la compensación; la confusión; la remisión y la prescripción.

a) Novación.- Hay novación de un contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua.⁶²

"ARTÍCULO 2223.- Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios quedan exonerados todos los demás codeudores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1999."⁶³

b) Compensación.- En efecto, el artículo 2185 del Código Civil establece que: Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.⁶⁴

En este caso, cada deudor debe el total; esta circunstancia permite al que es demandado oponer al acreedor la compensación por el total si es el mismo acreedor por una suma suficiente. Cuando compensa la deuda con lo que le es debido es como si pagará efectivamente; todos los otros son liberados. Si uno de los codeudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensación de lo que debe al mismo ya vencido en el juicio, bien podrá otro codeudor aprovecharse de la sentencia, pues en este caso se reputa que opone la extinción de la deuda más bien que una compensación.

"ARTÍCULO 1991.- La ... compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación."⁶⁵

⁶¹ Borja Soriano, Manuel.- Op. Cit., pp. 670 y 671.

⁶² Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 388.

⁶³ Ibidem, p. 389.

⁶⁴ Ibidem, p. 384.

⁶⁵ Ibidem, p. 354.

c) Confusión.- Se presenta cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona.

Es importante destacar que el artículo 2207 del Código Civil, establece que la confusión que se verifica en la persona del ... deudor solidario, sólo produce efectos en la parte proporcional de su ... deuda. En contra de esta disposición se encuentra el artículo 1991 del Código de 1928, que establece que la confusión ... hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación. En la opinión de Borja Soriano, es éste último precepto el que debe prevalecer sobre el primero de los nombrados, en virtud de que la confusión forma un sistema con los demás medios de extinción de las obligaciones, amén de que si bien es cierto que en la solidaridad hay pluralidad de sujetos y unidad de objeto, también lo es que cuando el objeto se extingue por cualquier medio legal, la obligación queda extinguida por falta de objeto.

d) Remisión.- Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.

"ARTÍCULO 1991.- La ... remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación."⁶⁶

Es importante señalar en éste punto que en el sistema romano se consideraba que la deuda y el crédito no obstante, de haber pluralidad de sujetos, es único, y por ello si alguno de los acreedores hacía remisión de la deuda, o en general se practicaba cualquier otro acto modificativo de la relación jurídica entre acreedor y deudor, ella aprovechaba o perjudicaba a los demás acreedores.

e) Prescripción.- Acorde al artículo 1135 del Código Civil, es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley.

⁶⁶ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit. p. 354.

La excepción que por prescripción adquiriera un codeudor solidario, no aprovechará a los demás sino cuando el tiempo exigido por la ley haya debido correr del mismo modo para todos ellos, conforme a lo establecido por el artículo 1145 del Código Civil.

Asimismo, en éste caso, el acreedor sólo podrá exigir a los deudores que no prescribieren el valor de la obligación, deducida la parte que corresponda al deudor que prescribió.

Por otro lado, es menester resaltar que en la pluralidad de vínculos cada deudor está obligado por un vínculo obligatorio distinto del de los otros, es decir, cada uno de los deudores está obligado frente al acreedor, por un vínculo que puede presentar características diversas del vínculo de los demás codeudores, y entre los efectos principales entre acreedores y deudores por la pluralidad de vínculos, se encuentran:

Primer efecto: La acción deducida por el todo o parte de la deuda contra alguno de los deudores solidarios, no quita al acreedor el derecho de proceder contra los otros en caso de insolvencia del requerido, o en otros términos, si el acreedor o los acreedores reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligado, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.

Lo anterior, conforme a lo establecido por el artículo 1989 del Código Civil, que señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 1989.- Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o alguno de los deudores, podrán reclamar el todo de los

demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.”⁶⁷

Segundo efecto: Cualquiera de los vínculos puede presentar una particularidad que no se encuentre en los otros.

Dicho sea en otras palabras, el vínculo de cada uno de los deudores puede presentar modalidades o vicios especiales. Así:

a) El acreedor, puede tener con un codeudor, su crédito puro y simple y con otro codeudor, sujeto a plazo o condición.

b) Uno de los codeudores puede obligarse dando su voluntad por error, ser incapaz o haber asumido la obligación violentado, etc.

c) Puede suceder que uno de los vínculos esté garantizado con un derecho real, o con fianza, y los demás vínculos no lo estén.

Tercer efecto.- La obligación puede extinguirse respecto de un deudor y quedar subsistente respecto de los otros, porque el vínculo de aquél se extinga por una causa que no afecte a los demás.

Ahora bien, los efectos secundarios entre acreedor y deudores solidarios son:

a) Interrupción de la prescripción: Si se interrumpe la prescripción respecto de uno de los codeudores, la interrupción afecta a los otros; así lo dispone el artículo 1169 del Código Civil, el cual a letra dice:

“ARTÍCULO 1169.- Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto de los otros.”⁶⁸

b) Responsabilidad Civil.- Los codeudores son responsables también, solidariamente, por el hecho ilícito, conforme a lo establecido por el artículo 1997 segundo párrafo, del Código Civil, al señalar:

⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 354.

⁶⁸ Ibídem, p. 246.

"ARTÍCULO 1997.- Si la cosa hubiere perecido, o la prestación se hubiere hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida.

Si hubiere mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos responderán del precio de la indemnización de daños y perjuicios, teniendo derecho los no culpables de dirigir acción contra el culpable o negligente."⁶⁹

Asimismo, se complementa esta responsabilidad con el artículo 2002 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 2002.- Cuando por el no cumplimiento de la obligación se demanden daños y perjuicios, cada uno de los deudores solidarios responderá íntegramente de ellos."⁷⁰

Finalmente, el artículo 1917 del Código Civil, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 1917.- Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligados de acuerdo con las disposiciones de este capítulo."⁷¹

Ahora bien, los efectos de la solidaridad pasiva entre los deudores, son:

a) División de la deuda: El deudor solidario que paga la deuda por entero, tiene derecho de exigir de sus coobligados la parte que en la deuda les hubiere correspondido, y si no se determinó cuanto deben cubrir, se entiende que les corresponden partes proporcionales.

Lo anterior, conforme a los tres primeros párrafos del artículo 1999 del Código Civil, el cual a la letra dice:

⁶⁹ Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 355.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 356.

⁷¹ *Ibidem*, p. 344.

"ARTÍCULO 1999.- El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda.

Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales.

Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aún entre aquellos a quienes el acreedor hubiere libertado de la solidaridad."⁷²

b) Subrogación.- En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor, conforme a lo establecido por el último párrafo del artículo 1999 del Código Civil.

Es importante destacar, que el autor Manuel Borja Soriano,⁷³ destaca que la subrogación resulta una consecuencia entre la solidaridad pasiva entre deudores y señala que; "En la medida que un deudor satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor y que dicha subrogación tiene lugar ipso jure..."

c) Recurso del codeudor que ha pagado: Si los coobligados no quisieren pagarle voluntariamente al codeudor que cubrió la deuda, la parte que le corresponda, la ley le confiere los derechos que le asistían al acreedor para cobrar coercitivamente.

⁷² Código Civil para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 356.

⁷³ Borja Soriano, Manuel.- Op. Cit., p. 677.

De todo lo vertido con antelación, se colige que la Apertura de Crédito desde un punto de vista bancario, debe entenderse como aquella operación activa por virtud de la cual la banca se constituye en acreedor de sus clientes, como consecuencia de los créditos que le otorga.

En la práctica bancaria han nacido muchos contratos que después han sido reglamentados por el legislador. Tal aconteció con la apertura de crédito, que en nuestro país se reglamentó por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El autor Joaquín Garrigues,⁷⁶ define al contrato de apertura de crédito como "aquél contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a la medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente".

Diversos autores como Raúl Cervantes Ahumada,⁷⁷ Octavio Hernández,⁷⁸ Pablo Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño,⁷⁹ para definir a la apertura de crédito, utilizan el concepto precisado por el legislador en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 291.- En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen."

⁷⁶ Garrigues, Joaquín.- Contratos Bancarios.- Madrid.- 1958, p. 183.

⁷⁷ Cervantes Ahumada, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial Herrero, S.A.- México, 1994, p. 245.

⁷⁸ Hernández, Octavio.- Derecho Bancario Mexicano, Tomo I.- Primera Edición.- Editorial Mexicana de Investigaciones Administrativas.- México, 1956, p. 297.

⁷⁹ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Lecciones de Derecho Bancario.- Textos Jurídicos Bancomer.- Primera Edición.- Editorial Siquisiri, S.A. de C.V.- México, 1997, p. 104.

Por otro lado, este contrato tiene su origen y regulación en nuestra legislación, como operación de crédito, en los artículos 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismos que para mayor claridad se transcriben a continuación:

“ARTÍCULO 292.- Si las partes fijaron límite al importe del crédito se entenderá, salvo pacto en contrario, que en él quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado.”

“ARTÍCULO 293.- Si en el contrato no se señala un límite a las disposiciones del acreditado y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina, o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo.”

“ARTÍCULO 294.- Aun cuando en el contrato se haya fijado el importe del crédito y el plazo en que tiene derecho a hacer uso de él el acreditado, pueden las partes convenir en que cualquiera o una sola de ellas estará facultada para restringir el uno o el otro, o ambos a la vez, o para denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o a falta de ésta, por ante notario o corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia, siendo aplicables al acto respectivo los párrafos tercero y cuarto del artículo 143.

Quando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándolo así a la otra, como queda dicho respecto del aviso a que se refiere el párrafo anterior.

Denunciado el contrato o notificada su terminación de acuerdo con lo que antecede, se extinguirá el crédito en la parte de que no hubiere hecho uso el acreditado hasta el momento de esos actos; pero a no ser que otra cosa se estipule, no quedará liberado el acreditado de pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto, sino

cuando la denuncia o la notificación dichas procedan del acreditante.”

“ARTÍCULO 295.- Salvo convenio en contrario, el acreditante puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato.”

“ARTÍCULO 296.- La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

Son aplicables a la apertura de crédito en cuenta corriente, en lo que haya lugar, los artículos 306, 308 y 309.”

“ARTÍCULO 297.- Salvo convenio en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito el acreditado se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o en general a aparecer como endosante o signatario de un título, por cuenta del acreditado, éste quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso, el aval o la suscripción del documento, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, deba éste o no constituir la provisión de que antes se habla, disminuirán desde luego el saldo del crédito, a menos que otra cosa se estipule; pero aparte de los gastos, comisiones, premios y demás prestaciones que se causen por el uso del crédito, de acuerdo con el contrato, el acreditado sólo estará obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído y a cubrirle únicamente los intereses que correspondan a tales sumas.”

“ARTÍCULO 298.- La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las

cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.”

“ARTÍCULO 299.- El otorgamiento o transmisión de un título de crédito o de cualquier otro documento por el acreditado al acreditante, como reconocimiento de adeudo que a cargo de aquél resulte en virtud de las disposiciones que haga del crédito concedido, no facultan al acreditante para descontar o ceder el crédito así documentado, antes de su vencimiento, sino cuando el acreditado lo autorice a ello expresamente.

Negociado o cedido el crédito por el acreditante, éste abonará al acreditado, desde la fecha de tales actos, los intereses correspondientes al importe de la disposición de que dicho crédito proceda, conforme al tipo estipulado en la apertura de crédito; pero el crédito concedido no se entenderá renovado por esa cantidad, sino cuando las partes así lo hayan convenido.”

“ARTÍCULO 300.- Cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto dentro del mes que siga a la extinción de éste último.

La misma regla se seguirá acerca de los premios, comisiones, gastos y demás prestaciones que corresponda pagar al acreditado, así como respecto al saldo que a cargo de éste resulte al extinguirse el crédito abierto en cuenta corriente.”

“ARTÍCULO 301.- El crédito se extinguirá, cesando en consecuencia el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro.

I.- Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente;

II.- Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, conforme al artículo 294, cuando no se hubiere fijado plazo;

III.- Por la denuncia que del contrato se haga en los términos del citado artículo;

IV.- Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o sustituya debidamente la garantía en el término convenido al efecto;

V.- Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o quiebra;

VI.- Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor de hubiere concedido el crédito.”

Con base en el concepto anterior, el maestro Raúl Cervantes Ahumada,⁶⁰ considera que la apertura de crédito es un contrato estructurado en la práctica bancaria, y de reciente reglamentación en los ordenamientos positivos.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO.

Raúl Cervantes Ahumada,⁶¹ hace referencia a la “teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo”, para explicar la naturaleza jurídica de la apertura de crédito, manifestando que es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos y de contenido complejo, esto es porque produce un doble efecto: “el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer) y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.

⁶⁰ Cervantes Ahumada, Raúl.- Op. Cit., p. 245.

⁶¹ Ibidem, pp. 247 y 248.

Joaquín Garrigues,⁸² para explicar la naturaleza jurídica de dicho contrato, sostiene que es un contrato consensual, principal, bilateral y atípico, cuyo objeto consiste en atribuir al acreditado una variada disponibilidad sobre los fondos del banco.

3.3. CLASES DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO.

El autor Raúl Cervantes Ahumada,⁸³ en su obra "Títulos y Operaciones de Crédito", establece las clases de apertura de crédito, a saber:

- a) Por el objeto: de dinero y de firma;
- b) Por la forma de disposición: simple y en cuenta corriente.

En efecto, si se atiende al objeto del contrato de apertura de crédito, se podrá establecer que el mismo se refiere a dos clases: de dinero y de firma.

Será apertura de crédito en dinero cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados; y será apertura de crédito de firma, cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de éste una obligación.⁸⁴

Ahora bien, si se atiende a la forma de disposición la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente.

Los autores Pablo E. Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño,⁸⁵ con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito, realizan un pertinente estudio comparativo de la apertura de crédito simple y en cuenta corriente.

⁸² Garrigues, Joaquín.- Op. Cit., p. 248.

⁸³ Cervantes Ahumada, Raúl.- Op. Cit., pp. 247 y 248.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 248.

⁸⁵ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., pp. 104 y ss.

Para ello, consideran que es indispensable determinar los elementos del contrato de apertura de crédito, a saber: objeto, partes y obligaciones de las partes, y consecuentemente, realizan una breve explicación de los mismos, los cuales se mencionan en el apartado siguiente.

Por otra parte, el autor Octavio A. Hernández,⁸⁶ al referirse al Contrato de Apertura de Crédito, señala que las partes que intervienen en la celebración del mismo, se denominan: acreditante y acreditado.

Para ello, define al acreditante como la persona que otorga el crédito y al acreditado como la persona que recibe el crédito o a cuyo favor el acreditante contrae una obligación.⁸⁷

Precisa no confundir el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, con otros contratos cuya denominación es semejante: el contrato en cuenta corriente y el depósito bancario en cuenta corriente; en virtud de que el contrato en cuenta corriente se caracteriza, principalmente, por la reciprocidad de las remesas que se hacen los cuentacorrentistas y el de depósito bancario de dinero en cuenta corriente, es depósito a la vista en cuenta de cheques, que erróneamente ha sido denominado "en cuenta corriente".

3.4. LA APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

En esta modalidad de la apertura de crédito, el acreditante pone a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, durante determinado plazo y, en consecuencia, dicho contrato termina cuando el acreditado dispone de la totalidad de la suma de dinero puesta a su disposición, o bien, cuando fenece el término dentro del cual el acreditado tiene a su disposición la suma de dinero, objeto del crédito.⁸⁸

En efecto, la apertura de crédito simple, es aquel contrato mediante el cual el acreditado no puede hacer remesas en abono en cuenta, antes del vencimiento del plazo fijado para la devolución de

⁸⁶ Hernández, Octavio.- Op. Cit., p. 297.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Mendoza Martel, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 104.

las sumas que dispuso, y en el caso, de que lo haga, no puede retirarlas nuevamente.⁸⁹

Objeto: Respecto de la "apertura de crédito simple", se crea el derecho a favor del acreditado de disponer de manera diferida de la suma otorgada por el acreditante, es decir, que el acreditado podrá disponer de los fondos en distintos momentos y hasta por el límite pactado; siempre y cuando las disposiciones que lleve a cabo antes de que se extinga el término del crédito. Correlativamente al derecho del acreditado, el acreditante queda facultado para cobrar al acreditado el importe del crédito, así como los intereses, comisiones y gastos que se hayan generado (ARTS. 291, 292, 293, 294 y 295 LTOC).⁹⁰

Partes del Contrato: El acreditante (acrededor) y el acreditado (deudor) los cuales pueden ser personas físicas y/o morales; de tal suerte que se conforma un acto jurídico bilateral.⁹¹

Obligaciones de las Partes: Conforme al principio de autonomía de la voluntad de las partes, consignado en la legislación mercantil, ellas pueden comprometerse de acuerdo con lo que a sus intereses convenga, siempre y cuando las estipulaciones que contenga el respectivo contrato no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres, ni quebranten las normas prohibitivas, ni las de orden público, lo anterior, conforme a lo establecido por el artículo 78 del Código de Comercio.⁹²

Dentro de las principales obligaciones del acreditante se encuentran las siguientes:⁹³

a) Poner una suma de dinero a disposición del acreditado en los términos del contrato, misma cantidad que le será restituida conjuntamente con los intereses pactados, en el plazo correspondiente.

⁸⁹ Hernández, Octavio.- Op. Cit., p. 298.

⁹⁰ Mendoza Martel, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 105.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem.

⁹³ Ibidem, p. 105 y ss.

b) Contraer por cuenta del acreditado las obligaciones correspondientes, las que deberán ser cuantificables y cuantificadas (ART. 291 LTOC).

Asimismo, las obligaciones primordiales del acreditado son las siguientes:

a) Pagar las sumas de dinero de las que haya dispuesto al amparo del crédito, así como los intereses, comisiones, gastos y demás prestaciones que se hayan estipulado en el contrato (ART. 291 LTOC).

b) Constituir provisión de fondos suficientes a favor del acreditante (salvo pacto en contrario) en caso de que éste asuma por cuenta del acreditado, una obligación cuya fuente sea un título de crédito, provisión que deberá ser hecha a más tardar al día siguiente en que el acreditante haya asumido la obligación (ART. 297 LTOC).

Ahora bien, los contratos de apertura de crédito simple, podrán entre otras, contener las siguientes cláusulas:

Garantías, prescripción, gastos del contrato, límite de crédito, plazo y monto, término y extinción, etc.

Garantías: Las obligaciones derivadas de los contratos de apertura de crédito simple, pueden quedar aseguradas mediante la constitución de garantías de carácter real y personal.⁹⁴

Gastos del contrato: Estos se considerarán comprendidos dentro del límite de crédito (salvo pacto en contrario) (ART. 292 LTOC).⁹⁵

Límite de crédito: En el caso de que no se estableciere un límite de crédito en el contrato, el acreditante podrá determinarlo en cualquier momento; en la inteligencia de que si éste no lo fija, podrá

⁹⁴ Menoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 106.

⁹⁵ Idem.

entonces el acreditado, actuando de buena fe, disponer del crédito sin más límite que su solvencia económica (ART. 293 LTOC).⁹⁶

Plazo y monto: En el caso de que no se convenga un plazo para la devolución de las sumas de las que el acreditado puede disponer, el mismo termina, salvo pacto o uso en contrario, a los seis meses de su celebración. No obstante, lo anterior, el acreditado, salvo pacto en contrario, podrá disponer, a la vista, de la suma total puesta a su disposición, o de una cantidad menor al monto del crédito (ARTS. 295, 296 y 308 LTOC). Para el caso en que se estipule el monto y plazo del crédito, cualquiera de las partes, previa notificación a la otra podrá restringirlos e inclusive denunciar el contrato, en los términos y condiciones pactados en el mismo o a través de fedatario público (ART. 294 LTOC).⁹⁷

Término y extinción: En este aspecto resulta importante distinguir nuevamente las dos posibilidades antes indicadas, es decir, cuando las partes han estipulado un plazo y aquella cuando no se ha fijado término para el contrato. En el primer caso, el contrato queda sin efecto en el momento mismo en que el término se cumple; en la segunda hipótesis, cuando no se pactó un plazo, el contrato se extingue:⁹⁸

a) Por denuncia unilateral de alguna de las partes.

b) En el momento en que el acreditado disponga de la totalidad de la suma puesta a su disposición.

c) En los casos en que opere una disminución en las garantías.

d) En el supuesto de que cualquiera de las partes sea declarada en suspensión de pagos, quiebra o liquidación.

Garantía del contrato de apertura de crédito: Comúnmente, en la práctica bancaria, los contratos de apertura de crédito que

⁹⁶ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 106.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

otorgan las instituciones de crédito se aseguran con garantías personales (fianza) o con garantías reales (prenda e hipoteca).

Dichas garantías tienen su fundamento en lo establecido por el artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual a la letra señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 298.- La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.”

3.5. LA APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE.

En el contrato de apertura en cuenta corriente, el acreditado tiene derecho a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente haya hecho, y que queda facultado, mientras el contrato no concluya a disponer en la forma estipulada, del saldo que resulte a su favor.

En efecto, en la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado.⁹⁹

El artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: “La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

Objeto: Por lo que se refiere a la “apertura de crédito en cuenta corriente”, el acreditado tiene la facultad de disponer durante

⁹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl.- Op. Cit., p. 248.

la vigencia del contrato, de la suma de dinero otorgada, siempre y cuando no exceda el límite de crédito, y realice el pago total o parcial de las sumas de dinero de las que hubiere dispuesto al amparo del contrato respectivo (ART. 296 LTOC).¹⁰⁰

Partes del Contrato: El acreditante (acreedor) y el acreditado (deudor) pueden ser personas físicas y/o morales.

Obligaciones de las Partes: Conforme al principio de autonomía de la voluntad de las partes, consignado en la legislación mercantil, ellas pueden comprometerse de acuerdo con lo que a sus intereses convenga, siempre y cuando las estipulaciones que contenga el respectivo contrato no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres, ni quebranten las normas prohibitivas, ni las de orden público (ART. 78 CCo.).¹⁰¹

Dentro de las principales obligaciones del acreditante se encuentran las siguientes:

a) Poner una suma de dinero a disposición del acreditado en los términos del contrato, misma cantidad que le será restituida conjuntamente con los intereses pactados, en el plazo correspondiente.

b) Contraer por cuenta del acreditado las obligaciones correspondientes, las que deberán ser cuantificables y cuantificadas (ART. 291 LTOC).

Asimismo, las obligaciones primordiales del acreditado son las siguientes:

a) Pagar las sumas de dinero de las que haya dispuesto al amparo del crédito, así como los intereses, comisiones, gastos y demás prestaciones que se hayan estipulado en el contrato (ART. 291 LTOC).

b) Constituir provisión de fondos suficientes a favor del acreditante (salvo pacto en contrario) en caso de que éste asuma

¹⁰⁰ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 105.

¹⁰¹ Ibidem, pp. 105 y ss.

por cuenta del acreditado, una obligación cuya fuente sea un título de crédito, provisión que deberá ser hecha a más tardar al día siguiente en que el acreditante haya asumido la obligación (ART. 297 LTOC).

Ahora bien, los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente podrán entre otras, contener las siguientes cláusulas:

Garantías, prescripción, gastos del contrato, límite de crédito, plazo y monto, término y extinción, etc.

Garantías: Las obligaciones derivadas de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, pueden quedar aseguradas mediante la constitución de garantías de carácter real y personal.¹⁰²

Gastos del contrato: Estos se considerarán comprendidos dentro del límite de crédito (salvo pacto en contrario) (ART. 292 LTOC).¹⁰³

Límite de crédito: En el caso de que no se estableciere un límite de crédito en el contrato, el acreditante podrá determinarlo en cualquier momento; en la inteligencia de que si éste no lo fija, podrá entonces el acreditado, actuando de buena fe, disponer del crédito sin más límite que su solvencia económica (ART. 293 LTOC).¹⁰⁴

Plazo y monto: En el caso de que no se convenga un plazo para la devolución de las sumas de las que el acreditado puede disponer, el mismo termina, salvo pacto o uso en contrario, a los seis meses de su celebración. No obstante, lo anterior, el acreditado, salvo pacto en contrario, podrá disponer, a la vista, de la suma total puesta a su disposición, o de una cantidad menor al monto del crédito (ARTS. 295, 296 y 308 LTOC). Para el caso en que se estipule el monto y plazo del crédito, cualquiera de las partes, previa notificación a la otra podrá restringirlos e inclusive denunciar el contrato, en los términos y condiciones pactados en el mismo o a través de fedatario público (ART. 294 LTOC).¹⁰⁵

¹⁰² Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 106.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

Término y extinción: En este aspecto resulta importante distinguir nuevamente las dos posibilidades antes indicadas, es decir, cuando las partes han estipulado un plazo y aquella cuando no se ha fijado término para el contrato. En el primer caso, el contrato queda sin efecto en el momento mismo en que el término se cumple; en la segunda hipótesis, cuando no se pactó un plazo, el contrato se extingue.¹⁰⁶

a) Por denuncia unilateral de alguna de las partes.

b) En los casos en que opere una disminución en las garantías.

c) En el supuesto de que cualquiera de las partes sea declarada en suspensión de pagos, quiebra o liquidación.

Garantía del contrato de apertura de crédito: Comúnmente, en la práctica bancaria, los contratos de apertura de crédito que otorgan las instituciones de crédito se aseguran con garantías personales (fianza) o con garantías reales (prenda e hipoteca).

Dichas garantías tienen su fundamento en lo establecido por el artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual a la letra señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 298.- La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.”

¹⁰⁶ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo.- Op. Cit., p. 106.

CAPÍTULO IV.

LA ACCIÓN.

4.1. DEFINICIÓN.

El Diccionario de la Lengua Española, define a la acción como el ejercicio de una potencia.¹⁰⁷

En estos términos el significado gramatical de la palabra "acción", se refiere al sustantivo femenino que alude al ejercicio de una posibilidad dinámica de una cosa o de una persona.

En efecto, cuando la acción se atribuye a una conducta humana, se hace alusión a una actitud dinámica en la que el sujeto realiza un hecho o un acto, es decir, provoca un acontecimiento en el mundo de la realidad que le rodea, lo que puede dar lugar a una actitud de los demás, ya sea de pasividad, de tolerancia, de respuesta, de indiferencia, de obligación, de secundamiento, de auxilio, de oposición o de crítica.

En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, ya sea física o moral, la que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto que habrá de adoptar, a su vez, una conducta de aceptación parcial o total, o bien, de rechazo también total o parcial, y también de pasividad.

Al hecho de acudir ante el órgano capacitado para atender, como intermediario, las reclamaciones contra otras personas físicas o morales se le ha denominado la acción procesal, de la que nos ocuparemos en este capítulo.

El concepto de "acción" es uno de los más discutidos en el derecho procesal y ha dado nacimiento a numerosas doctrinas, definiciones y no pocas controversias al respecto, de lo que resulta que al día de hoy, los jurisconsultos modernos no se han puesto de

¹⁰⁷ Real Academia Española.- Diccionario de la Lengua Española. Tomo I.- Vigésima Edición.- Editorial: Espasa-Calpe, S.A.- Madrid, 1984. p.13.

acuerdo en dicha materia, toda vez que la acción constituye uno de los pilares en los que descansa el proceso.

Asimismo, es de precisarse que el factor histórico ha contribuido de manera preponderante a la evolución del vocablo "acción", toda vez que las instituciones jurídicas procesales se han transformado con el transcurso del tiempo y han influido en el contenido del derecho de acción procesal.

Los romanos quienes se caracterizaron por su pragmatismo consideraban que mientras hubiera acción había derecho.¹⁰⁸

En efecto, en el derecho romano a la acción se le denominó "Derecho de las acciones" y así la llamó Gayo en la última parte de sus "Instituciones"; los términos de proceso y procedimiento que dieron lugar al calificativo de "procesal", son posteriores. Los romanos utilizaron la palabra "acción" para hacer referencia tanto a la disciplina del derecho romano procesal civil entendida como el derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno, según la definición de Celso, así como para señalar a la pretensión del litigante que iniciaba el proceso o juicio, llamado en latín *iudicium*.

La evolución de dicho vocablo, se dio de la siguiente manera:

Durante la República y el Principado en Roma, el proceso estuvo dividido en dos fases: la primera, *in iure*, la cual se llevaba ante el magistrado cuya función consistía en otorgar o denegar la acción, fijar los términos del proceso y, más tarde, pasar el caso al juez. Éste último era quien dictaba la sentencia en la segunda fase del proceso, llamada *apud iudicem*, y en virtud de la facultad que para ello le atribuía el magistrado, desarrollando con ello, la función conocida como la *iudicatio*.

Es importante precisar en éste punto, que en las provincias el procedimiento anterior era diferente, es decir, de carácter monofásico, toda vez que un gobernador debía conocer desde la acción hasta la sentencia.

¹⁰⁸ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román.- Derecho Romano.- Sexta Edición.- Editorial Haría, México, 1991, pp. 64 y ss.

En Roma se conocieron tres sistemas respecto al procedimiento, cada uno de ellos diferenciado de los restantes, de acuerdo al período histórico-político y a las distintas fases de evolución del derecho privado.

El primero, llamado sistema de acciones de la ley (*legis actiones*), probablemente se inició durante la etapa de la Monarquía, pero no quedó consagrado de manera definitiva, sino hasta la época de la República, en la Ley de las XII Tablas. Dicho sistema solo podía ser utilizado por los ciudadanos romanos.

Las acciones de la ley, eran declaraciones solemnes que, acompañadas de gestos rituales, por regla general los particulares tenían que pronunciar frente al magistrado, para pedir que se les reconociera un derecho que se les discute, o bien para solicitar que se les ejecutara uno previamente reconocido.

En dicho sistema sólo se tenían cinco acciones; las tres primeras declarativas, y las dos últimas ejecutivas. En todas ellas el particular acudía al magistrado para pedir justicia, salvo en una de las ejecutivas, en donde éste trámite no era necesario.

Las acciones declarativas son: la acción de la ley por apuesta (*sacramentum*), la acción de la ley por petición de un juez o un árbitro (*postulatio iudicis*) y la acción de la ley por requerimiento (*condictio*). Las acciones ejecutivas eran la de aprehensión corporal (*manus iniectio*) y la de toma de prenda o embargo (*pignoris capio*), mismas que para mayor precisión se describen a continuación:

1.- La acción de la ley por apuesta (*sacramentum*) servía para pedir el reconocimiento tanto de un derecho real como de uno personal y era aplicable en cualquier caso. Las partes primero debían acudir a los pontífices, quienes les indicaban la declaración que habrían que repetir; después, el actor debía hacerse acompañar por el demandado y, ya ante el magistrado, recitaba la fórmula verbal de carácter solemne.

Si la acción era real, las partes debían afirmar su derecho de manera paralela; a continuación, se simulaba una lucha entre ambas partes y era en este momento cuando el magistrado

intervenía, indicándoles que hicieran una apuesta, cuya cantidad debería quedar depositada hasta que el juez decidiera quien era el ganador. Su decisión recaía en primer lugar sobre la apuesta, pero indirectamente solucionaba la cuestión de fondo.

Si la acción era personal y el actor pedía que le pagaran algo que le debían, el demandado en este caso no opondría una pretensión paralela, sino que solamente negaría lo pretendido por aquél. Por lo demás el trámite era el mismo; los litigantes simulaban un pleito, y se efectuaba la apuesta sobre la cual más tarde decidiría el juez.

Una vez realizado lo anterior, el magistrado citaba a las partes para que comparecieran ante el tribunal treinta días después, momento en el cual se designaría al juez y quedaría terminada la primera fase del proceso, es decir, la fase *in iure*. A esta última comparecencia ante el magistrado se le dio el nombre de *litis contestatio*, la cual marcaba la última actuación del magistrado, y en ella quedaban fijados de forma definitiva los términos del proceso.

La fase *apud iudicem* se desarrollaba ante el juez, quien para dictar sentencia debía basarse en lo ocurrido en la fase anterior; además, examinaría las pruebas aportadas por los litigantes, oíría sus alegatos y pondría fin al proceso al decidir quien ganaba o perdía la apuesta, decidiendo a la vez, sobre el problema que diera origen a la controversia planteada.

2.- La acción de ley por petición de un juez o de un árbitro (*postulatio iudicis*), sólo procedía en dos casos:

a) En el caso de las acciones divisorias, para pedir la división de la herencia indivisa, o de la cosa común en la copropiedad o el deslinde de terrenos.

b) En el caso de créditos resultantes de una estipulación (contrato verbal solemne) en virtud de la cual una persona se podía obligar a cualquier prestación. La acción servía para verificar la celebración del contrato y, en caso afirmativo, en qué términos.

Tanto en la fase *in iure* como en la *apud iudicem* el procedimiento es el mismo que en la *actio legis sacramentum*, sólo que aquí no se encuentra apuesta.

3.- La acción de la ley por requerimiento (*condictio*), fue creada para la recuperación de aquellos créditos referentes a una determinada suma de dinero o de una cosa determinada, o sea una cosa individualmente designada.

El procedimiento era similar al de las dos anteriores acciones; si el deudor negaba la deuda, el actor lo requería a comparecer el nombramiento de juez. Este requerimiento da nombre a todo el procedimiento.

4.- La acción de la ley por aprehensión corporal (*manus iniectio*), era una acción ejecutiva, y el procedimiento que le da nombre a ésta, tiene las características de la defensa privada. En él, el acreedor prende a su deudor y si éste no satisface su obligación en cierto plazo, el primero podía venderlo como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*), o matarlo, lo cual constituía una especie de venganza. Dicha acción, en un principio, sólo estaba sujeta al control de la opinión pública, toda vez que representaba la época en que la justicia era privada, sin embargo, la misma se fue atenuando, hasta el momento en que el Estado asumió la administración de la justicia, etapa en la cual, si bien es cierto que subsistió la *manus iniectio*, también lo es, que fue rodeada de múltiples garantías, a saber:

a) El acreedor debía llevar al moroso ante el magistrado, y recitar una fórmula determinada y, poniendo su mano sobre él (*manus iniectio*), daba a conocer el título sobre el que apoyaba su pretensión y la cuantía de su crédito; después repetía el gesto de aprehender al deudor por el cuello. Si las palabras y gestos del actor se ajustaban al texto prescrito por los pontífices, el magistrado autorizaba al acreedor a llevarse al deudor, que era conducido a la cárcel privada del acreedor quien lo retenía allí durante sesenta días. En este lapso debía exhibirlo por tres veces en el mercado, para ver si alguien se compadecía y lo liberaba pagando por él; si esto no sucedía podía venderlo o matarlo.

b) La Ley de las XII Tablas, fijó los plazos que debían mediar entre la aprehensión corporal y la ejecución de la venganza, para que el deudor pudiera pagar.

c) La ley sólo permitía la *manus iniectio* cuando una deuda había sido reconocida judicialmente en un proceso, o cuando el deudor la reconocía. A partir del pronunciamiento de la sentencia, el deudor tendría treinta días de gracia antes de la aprehensión.

d) Cualquier tercero (*vindex*) o el propio deudor podían oponerse a la *manus iniectio*, si no estuviera justificada, como cuando no se siguieran las reglas del procedimiento, en cuyo caso el magistrado suspendía el proceso y nombraba a un juez que debía establecer si existía o no el título invocado. Si el tercero (*vindex*) perdía el proceso, la *manus iniectio* se dirigía en su contra y por el doble de valor.

5.- La acción de la ley de toma de prenda o embargo (*pignoris capio*), era ejecutiva, y servía para ciertos acreedores que, al no obtener lo debido, podían tomar alguna cosa perteneciente a deudor (una prenda o *pignus*). Se aplicaba en casos de deudas de carácter sagrado, militar o fiscal, dicha acción se desarrollaba fuera del tribunal, frente a testigos, y no se requería la presencia del adversario.

En virtud de las dificultades que contenían las acciones de la ley y que las mismas sólo podían ser utilizadas por los ciudadanos romanos, se creó el sistema formulario, el cual fue implantado por el pretor peregrino, el cual coexistió por algún tiempo con el sistema de las acciones de la ley.

Es de mencionarse que aunque dicho sistema formulario nació en la etapa de la República, su importancia se da en la etapa del Principado.

El sistema formulario nació para resolver los problemas entre ciudadanos romanos y peregrinos o entre peregrinos, el cual al principio fue excepcional, pero con el transcurso del tiempo de convirtió en regla y se aplicó en todas las controversias también por el pretor urbano. Así por disposición de la Ley Aebutia del año 150

a.C., se dejaba a los litigantes en libertad de elegir entre este nuevo procedimiento, y el de las acciones de la ley hasta que, finalmente, la ley Iulia Iudiciaria, de la época de Augusto, abolió el derecho de opción e impuso como único al procedimiento formulario.

El pretor peregrino ayudaba a los litigantes a redactar un pequeño texto, en el cual se reunían los antecedentes y pretensiones de las partes, y que serviría para que el juez tuviese una visión completa del problema existente.

De esta manera el pretor poco a poco fue creando modelos de textos apropiados a los diversos tipos de juicio, modelos que daba a conocer al iniciarse en su cargo como funcionario.

Por otro lado, cabe hacer notar que este nuevo procedimiento seguía dividido en dos fases: la fase *in iure*, en la cual se redactaba y aceptaba la fórmula y la fase *apud iudicem*, que se desarrollaba ante el juez.

La fase *in iure*, comenzaba mediante la aceptación de la fórmula se confería al juez la facultad de poder condenar o absolver al demandado; dicha fórmula debía contener cuatro partes: la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio* y la *adiudicatio*.

La *demonstratio* era la exposición de los hechos y en ella, se señalaba la causa por la cual se llevaba a cabo el litigio; esta era la parte más importante de la fórmula.

En la *intentio*, se indicaba la pretensión del demandante o actor; esto es, la cuestión misma en la que se basaba el proceso. Dicha *intentio* podía ser cierta o incierta (*certa* o *incerta*), la primera era cuando el objeto del litigio estaba perfectamente determinado y la segunda, es decir, la incierta (*incerta*), cuando el objeto del litigio era indeterminado y su determinación se dejaba a criterio del juez.

En la *condemnatio* la fórmula confería al juez la facultad de absolver o condenar al demandado.

La *adiudicatio* facultaba al juez a adjudicar total o parcialmente el objeto del litigio, esta parte sólo existiría en aquellos casos en los que se ejerció una acción divisoria.

Ahora bien, independientemente de los requisitos antes señalados, toda fórmula podía contener una serie de objeciones o aclaraciones que permitiera al magistrado adaptar los términos de aquélla a las exigencias del actor y del demandado. Entre ellas se distinguen, según Gayo, las excepciones (*exceptiones*) y las prescripciones (*praescriptiones*).

La *litis contestatio* era el último acto llevado ante el magistrado, con él, se terminaba la primera fase del procedimiento formulario, la fase *in iure*. A partir de este momento el proceso estaba completamente entablado, en virtud de que dicha *litis contestatio* producía los siguientes efectos:

a) Efecto regulador.- Una vez fijadas y aceptadas las pretensiones de ambas partes, ninguna de ellas podrá efectuar cambio alguno, es decir, no se admite modificación alguna ante el juez.

b) Efecto consuntivo.- La *litis contestatio* consume o extingue la acción, de tal modo que no puede intentarse por segunda vez. Este efecto consuntivo podía operar de dos maneras:

i) Si se trataba de una acción personal, el magistrado tenía la facultad de rechazársela al demandante que vuelva a intentarla, es decir, el efecto consuntivo era *ipso iure*.

ii) Si la acción era real, sólo podía rechazarla si existía la excepción de cosa juzgada interpuesta por el demandado.

c) Efecto creador.- Por ser la *litis contestatio* una especie de contrato entre las partes, el cual quedaba establecido en la fórmula, ambas partes debían sujetarse a las consecuencias que nacieran de esta nueva relación; es decir, dicha *litis contestatio* implicaba una novación, toda vez que la obligación anterior a la fórmula se veía reemplazada por el acuerdo que las partes hayan establecido en ella.

Ahora bien, terminada la primera fase del proceso, comenzaba ante el juez la segunda fase (*apud iudicem*), la cual fundamentalmente, siguió siendo igual a la de las acciones de la ley, en virtud de que el juez se basaba en las pruebas aportadas por las partes para resolver el problema planteado en la fórmula.

En este sistema la sentencia sólo podía contener la absolución o condena del demandado; en ningún caso el juez tenía derecho a corregir el error cometido por las partes al exponer sus pretensiones en la fórmula, y debía dictar la sentencia de acuerdo a lo establecido en ella.

Con la sentencia se terminaba la fase *apud iudicem* y el juez debía dictarla de manera pública y en voz alta; para su ejecución se tenía que dirigir nuevamente al magistrado, en virtud de que éste era la única persona que gozaba del *imperium*.

Hasta finales de la República la sentencia tenía fuerza de cosa juzgada y no podía obtenerse una nueva decisión, ya que las partes habían elegido libremente al juez que conocería del asunto, sin embargo, como excepción se encontraba la *revocatio in duplum* y la *in integrum restitutio*.

En el primer caso, el afectado podía reclamar la nulidad de la misma, pero una reclamación mal fundada acarrearía una condena equivalente al doble de lo debido; en el segundo caso, el que se creyere lesionado podía solicitar al magistrado la *in integrum restitutio*, la cual era un recurso extraordinario con carácter rescisorio, que también se aplicaba en relación con otros actos jurídicos, siempre y cuando se encontrasen comprendidos dentro de los casos señalados expresamente por el magistrado.

Ahora bien, una vez dictada la sentencia el deudor contaba con un plazo de sesenta días para cumplir con la sentencia; en caso de no hacerlo, el acreedor podía ejercer la *actio iudicati*, la cual reemplazó a la *manus iniectio* de las acciones de la ley, y se ejercía sobre los bienes del deudor mediante cualquiera de las siguientes tres medidas: la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio* o la toma de prenda.

i) La *bonorum venditio* consistía en la venta en bloque del patrimonio del deudor y entrañaba para el mismo la nota de infamia, aunque para evitarla el deudor podía hacer cesión voluntaria de sus bienes (*bonorum cessio*).

ii) La *bonorum distractio* era la venta al menudeo de los bienes del deudor. se llevaba a cabo para sustituir la nota infamante y la operación era efectuada por un curador nombrado *ex profeso* para ello.

iii) La toma de prenda o *pignus in causa iudicati captum* era el procedimiento empleado por el magistrado para asegurar el efecto de sus decisiones cuando juzgaba *extra ordinem*; en ella, el acreedor se quedaba con los bienes del deudor, a título de prenda, por un período de dos meses, después de los cuales podía venderlos para cobrarse el adeudo, entregando el sobrante al deudor.

Al hablar del procedimiento formulario, es importante señalar que la actividad de los magistrados no sólo se limitó a la elaboración del procedimiento formulario, sino que también crearon medidas extraprocesales encaminadas a proteger situaciones especiales no contempladas en la fórmula o que ameritaban una solución más rápida, entre las que se encontraban: las estipulaciones pretorias (*stipulationes praetoriae*), la *in integrum restitutio* y los interdictos (*interdicta*).

El último sistema fue el procedimiento extraordinario o *extraordinaria cognitio*, en donde el proceso era de carácter monofásico y la persona que conocía de la acción, debía conocer de todo el procedimiento hasta llegar a la sentencia. Éste sistema extraordinario corresponde al Imperio Absoluto y a la fase del derecho posclásico, y su nombre de extraordinario se debe a que en un principio se aplicó de manera excepcional, cuando el procedimiento formulario era todavía el sistema preponderante.

Las características generales del procedimiento extraordinario son:

a) El Proceso se hace monofásico, desaparece la división de dos fases *in iure* y *apud iudicem*. En esta etapa, la persona que conoce de la acción es la misma que conoce de todo el procedimiento y dicta la sentencia. Esta persona es el juez funcionario en quien se reúnen las funciones que antes estaban distribuidas entre el magistrado y el juez privado, de tal suerte, que es dicha persona, quien tiene la facultad de otorgar o denegar la acción y fijar los términos del proceso (*iurisdictio*), así como la facultad de dictar sentencia (*iudicatio*).

b) Se produce un viraje de lo privado a lo público, en virtud de que la jurisdicción se hace una de las funciones del Estado y las partes en el proceso se encontraban supeditadas a la autoridad del juez.

c) El procedimiento sigue siendo escrito, pero se suprime la fórmula.

d) Desaparecen los efectos de la *litis contestatio*, que surgían de la aceptación de la fórmula.

e) La *litis contestatio* del procedimiento extraordinario señalaba un momento procesal determinado, toda vez que a partir de este momento se contaba con un plazo de tres años como máximo para terminar el proceso.

f) El juez podía condenar por menos de lo que pedía el actor.

g) Se admitió la contrademanda o reconvencción, en virtud de la cual la sentencia podía contener también condena del actor.

h) La condena ya no era forzosamente pecuniaria, toda vez que la misma podía recaer sobre una cosa determinada.

i) Apareció la apelación como recurso en contra de la sentencia; en la cual un juez superior conoce del asunto y puede revocar, confirmar o modificar la sentencia primera.

El proceso extraordinario se desarrollaba de la siguiente manera:

a) Notificación (*litis denuntiatio*), hecha a petición del actor, por un empleado del juzgado, quien le presentaba la demanda (*libellus conventionis*) al demandado.

b) Contestación del demandado (*libellus contradictionis*), también efectuada a través del empleado judicial.

c) *Litis contestatio*, en la que las partes exponían sus argumentos.

d) Procedimiento probatorio, en el que se ofrecían, desahogaban y valoraban las pruebas; entre estas, las más importantes eran la testimonial, la documental y la pericial.

e) La sentencia, la cual podía ser impugnada, por medio de la apelación o la *in integrum restitutio*.

Los juristas romanos a la vez que concibieron a la acción como un sentido unitario e independiente, es decir, como el derecho de perseguir en justicia los que se nos debe (*Jus perseguendi in iudicio, quod, sibi debeatur*), según la definición de Celso; también la contemplaron como parte del derecho subjetivo que la acción viene a proteger, y así hablaron de tantas acciones cuantos derechos subjetivos pudieron existir.

De esta manera, el derecho clásico nos ofrece un verdadero repertorio o catálogo de acciones de las que se han hecho varias clasificaciones, desde Gayo hasta el derecho posclásico, así como las realizadas con posterioridad por las diferentes escuelas jurídicas europeas.

Ahora bien, antes de proceder a enumerar las más importantes teorías sobre la acción, es indispensable considerar que cualquiera que sea la teoría que se prefiera, la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados, cuyo ordenamiento procesal no puede ser comprendido, por lo que es a su estructura positiva y empírica, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos importantes a la acción.

El tratadista italiano José Chiovenda define a la acción como el poder jurídico de dar vida (porre in essere) a la condición para la actuación de la voluntad de la ley.¹⁰⁹

Para ello, establece que la acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla ni para satisfacerla. Tiene la acción naturaleza pública o privada, según sea pública o privada la norma cuya actuación produce.¹¹⁰

En contraposición a lo anterior, el procesalista italiano Ugo Rocco, define a la acción como un derecho subjetivo del individuo contra el Estado, y sólo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, puede oponer a la realización de los intereses privados.¹¹¹

En otras palabras, Ugo Rocco, define a la acción como el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo.¹¹²

Los mexicanos José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, establecen que: "La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno determina la exigencia de dotar a los particulares y la Ministerio Público, en su caso, la facultad (en aquéllos) y del poder (en éste) que permita provocar la actividad de los órganos

¹⁰⁹ Chiovenda, José - Principios de Derecho Procesal Civil.- Tomo I.- Editorial Reus.- Madrid 1977. p. 69.

¹¹⁰ Ibidem, p. 70.

¹¹¹ Rocco, Ugo.- Tratado de Derecho Procesal Civil.- Parte General, Tomo I.- Depalma Editores.- Argentina, Buenos Aires, 1976. p. 33.

¹¹² Ibidem, p. 34.

jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción."¹¹³

Por su parte, José Becerra Bautista, distinguido procesalista mexicano, manifiesta que la acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto.¹¹⁴

En forma sucinta, el maestro Cipriano Gómez Lara, señala que la acción es el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.¹¹⁵

Dicho autor señala que el concepto de acción es, pues, una preocupación fundamental de todos los procesalistas y es en torno precisamente a este concepto como surge la ciencia procesal moderna que se edifica sobre un concepto autónomo de la acción.¹¹⁶

Eduardo J. Couture, sostiene que el vocablo acción en sentido procesal, puede tener tres acepciones distintas:¹¹⁷

a) Como sinónimo de derecho. Se identifica a la acción con el derecho de fondo o sustantivo o, en todo caso, se le considera como una prolongación del derecho de fondo, al ejercitarse ante tribunales.

b) Como sinónimo de pretensión y demanda. La acción en este sentido es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva.

¹¹³ Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1997, p. 157.

¹¹⁴ Becerra Bautista, José.- El Proceso Civil: en México.- Décimo Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1999, p. 1.

¹¹⁵ Gómez Lara, Cipriano.- Teoría General del Proceso.- Novena Edición.- Editorial Harla.- México, 1997, p. 99.

¹¹⁶ *Ibidem*, 119.

¹¹⁷ Couture, Eduardo J.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Depalma Editores.- Buenos Aires, 1958, p. 60.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción.

Humberto Briseño Sierra, al hablar de la naturaleza de la acción procesal, señala con toda precisión que la acción ha sido conocida desde la antigüedad, la cual ha sido objeto de estudios y descripciones que van desde la confusión con el derecho sustantivo, hasta su concepto abstracto, pasando por tesis que sostienen la calidad de un derecho concreto a una tutela, o la índole de condición legal prevista para la aplicación de la norma respectiva.¹¹⁸

Briseño Sierra sostiene que la acción es el concepto elemental de derecho procesal, no sólo porque como instancia es estructuralmente individualizable, sino porque la institución procesal se integra con acciones.¹¹⁹

El autor Carlos Arellano García, define a la acción como el derecho subjetivo de que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o ante un órgano arbitral a exigir el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material.¹²⁰

Para explicar dicho concepto realiza una breve explicación de los elementos que conformaron al mismo, en los siguientes términos:¹²¹

a) La acción es un derecho subjetivo porque el actor tiene la prerrogativa de exigir de un sujeto obligado la realización de una conducta de hacer. En la relación jurídica existen dos sujetos: uno obligado y otro pretensor. El titular del derecho de acción es el sujeto pretensor, a quien se le denomina actor. El sujeto obligado es el órgano estatal o arbitral que tiene la obligación de hacer, consistente en el desempeño de la función jurisdiccional. Como la

¹¹⁸ Briseño Sierra, Humberto.- Derecho Procesal.- Segunda Edición.- Editorial Harla.- México, 1995, p. 465.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Arellano García, Carlos.- Teoría General del Proceso.- Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1997, p. 240.

¹²¹ Ibidem, pp. 240 y ss.

relación jurídica que deriva del derecho de acción es compleja, existe otro sujeto obligado, como destinatario del derecho de acción, a contestar sobre la acción hecha valer y a soportar las consecuencias de una situación de rebeldía o de resolución contraria.

b) Sólo la persona jurídica es la susceptible de tener derechos y obligaciones, por tanto, el titular del derecho de acción, ha de ser forzosamente una persona física o una persona moral.

c) La persona física o moral goza del derecho de acción. Esto significa que, tiene el derecho de acción, aunque no lo llegue a ejercitar. De esta manera se distingue el derecho de acción del ejercicio de la misma.

d) El derecho de acción permite a su titular, acudir ante quien va a desempeñar la función jurisdiccional. Pueden ejercer la función jurisdiccional para resolver una controversia planteada un órgano del Estado o un órgano arbitral. El órgano del Estado será un juez desde el punto material, pues procederá a decir el derecho ante una situación controvertida. Desde el punto de vista formal podrá pertenecer al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Cuando se ha pactado someter la controversia al arbitraje, el derecho de acción se ha de ejercitar ante el órgano arbitral. Por ello, establece como sujeto obligado a ejercer la función jurisdiccional al órgano del Estado o al órgano arbitral.

e) Se utiliza el vocablo "exigir", en atención a que el titular del derecho de acción tiene la prerrogativa de reclamar la intervención del órgano estatal o del órgano arbitral y tal órgano la obligación de realizar su actividad intermediadora.

f) La exigencia se dirige a obtener una actuación del órgano estatal o del órgano arbitral para que desempeñen la función jurisdiccional. La función jurisdiccional es la aplicación del derecho a dos situaciones en antagonismo para llegar a una solución. Se distingue de la función administrativa en que en ésta no hay antagonismo.

g) El objetivo del derecho de acción es obtener la tutela o protección de un presunto derecho material. Esto significa que, el derecho de acción está apoyado en la presunta existencia de un derecho subjetivo material. El actor se considera a él mismo como titular de un derecho subjetivo material que pretende tener, aunque de hecho no lo tenga. El derecho de acción no es independiente o autónomo de un derecho material. Por el contrario, está condicionado a la existencia de un derecho que dice tener el actor. Le llamamos en el concepto "presunto" derecho, porque el actor afirma tenerlo y da algunos elementos acreditativos para demostrar que lo tiene, aunque, en definitiva, puede resultar que no tuvo ese derecho. Por otra parte, le denomina derecho material para distinguirlo del derecho de acción que es un derecho procesal.

h) Como antecedente inmediato del derecho de acción es indispensable que haya una presunta conducta contraria al derecho material que se reclama ante un órgano estatal o arbitral. Esta presunta conducta se imputa al sujeto destinatario último del derecho de acción. Por tanto, en el concepto se incluyó al tercer sujeto de la relación jurídica que entraña el derecho de acción y se menciona a la persona física o moral, presuntamente obligada a respetar ese derecho material.

i) De esta manera, consideró que un concepto de acción que no mencione al destinatario último del derecho de acción, ha de ser un concepto incompleto pues, si ese sujeto no existiera no habría derecho de acción, sólo se habría ejercido un derecho de petición.

Por otra parte, los estudiosos del derecho, con el objeto de explicar la naturaleza jurídica del derecho de acción, han elaborado un sinnúmero de teorías para ello, entre las que destacan:

La teoría clásica sobre la acción, la cual es de carácter monolítica, es decir, no tiene variantes y se le denomina así porque viene desde el derecho romano, o sea, desde la concepción que los romanos tenían de la acción, identificando a ésta con el derecho sustantivo. Esta identificación de la acción con el derecho sustantivo o de fondo, propició que desde Roma hasta el siglo XIX las acciones fueran parte del estudio de las disciplinas sustantivas.

Es importante señalar en este punto que lo que permitió la emancipación y autonomía de la ciencia procesal fue la afirmación de que la acción era algo distinto y diverso al derecho sustantivo, de tal suerte, que esta nueva concepción fue sostenida con cinco teorías modernas que siguieron a la teoría clásica, a saber:

a) La teoría de la acción como tutela concreta.- Dicha teoría fue postulada por Windscheid, Muther y Wach, en ella, precisaron que la acción tiene como presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, aunque esté condicionada por el derecho subjetivo, es independiente de éste y, su regulación corresponde al derecho público. De allí sus caracteres: es un derecho público al que corresponde por parte del Estado la obligación de dispensar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario: la acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable.

b) La teoría de la acción como derecho a la jurisdicción, fue sostenida por diversos procesalistas, sin embargo, entre ellos destacó Eduardo J. Couture, el cual define a la acción como el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción; y para ello, establece que la acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal, existe aun cuando no se ejerza efectivamente.

Eduardo J. Couture considera a la acción como una forma típica del derecho de petición, es decir, como un derecho de pedir ante todas y cualesquiera autoridades, sin que haya razón, para que el poder judicial quede excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición.

Esta opinión de la acción como derecho a la jurisdicción, también la encontramos, en cierta forma, en Hugo Alsina¹²² quien establece lo siguiente: si concebimos a la acción como un derecho contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica

¹²² Alsina, Hugo.- Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.- Editorial Ediar.- Buenos Aires, 1963, pp. 309 y ss.

fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal, en tanto que el demandado será el sujeto pasivo de la pretensión fundada en la relación substancial. En este orden de ideas, la acción tiene como fundamento una doble pretensión, en virtud de que por una parte existe la pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son los sujetos activos y por la otra, esa pretensión dirigida contra el demandado, tiene como fin de que éste cumpla la prestación a que se obligó o para que se declare la inexistencia de una obligación, y para que en su caso, el Estado actúe coactivamente para la satisfacción del derecho.

c) La teoría de la acción como derecho potestativo, fue sostenida por José Chiovenda y se deriva de la definición que el mismo autor nos proporciona de la acción, entendida como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional.

La acción para Chiovenda, es pues un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a los cuales corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido dicho poder jurídico, no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita. Así, mediante la acción, el demandado queda sujeto, aún contra su voluntad, a la actuación de la ley, que es lo que caracteriza la función jurisdiccional. La acción se caracteriza entonces como un derecho contra el adversario y frente al Estado, y, mediante ella, el órgano jurisdiccional se sustituye a la actividad del actor para la protección de su derecho y a la del demandado, en su caso, para el cumplimiento de su obligación. Por otra parte, la acción se concibe dentro de esta teoría como un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede a quien tiene razón.

d) La teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, resulta de gran significación para el desenvolvimiento de la ciencia procesal, en virtud de que representa el punto máximo de la autonomía de la acción. En esta teoría la acción es un derecho que se tiene para provocar la función jurisdiccional, con o sin fundamento. Es decir, se tiene derecho a una sentencia, independientemente de que ella sea favorable o desfavorable a los

intereses de quien haya iniciado el proceso. En esta teoría no es precisamente la acción lo que se rechaza, sino lo que viene a rechazarse es precisamente la pretensión.

Los sustentantes de dicha teoría son Degenkolb, Liebman, Alfredo Rocco, Ugo Rocco y Ludovico Mortara.

e) La teoría de la acción como instancia proyectiva, fue sustentada por Briseño Sierra,¹²³ en ella refiere que en todas las instancias, ya sea, la petición, la denuncia, la querrela, la queja, el reacertamiento o recurso administrativo, la relación gobernado-autoridad, es siempre lineal; por el contrario, en la acción, como instancia proyectiva, esa relación deja de ser lineal, porque surgiendo o naciendo de un gobernado, asciende hasta el órgano estatal jurisdiccional, que es el juez y, de éste, desciende hacia otro tercero sujeto al que liga y vincula. En esta radica la esencia del proyectivismo; y es que el acto provocatorio de la función jurisdiccional, es decir, la acción, es precisamente una instancia proyectiva, porque no se queda ni se detiene en el órgano jurisdiccional, sino que se proyecta hacia otro tercer sujeto vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal.

Finalmente, el maestro Carlos Arellano,¹²⁴ sugiere que para determinar la naturaleza jurídica del derecho de acción, es menester considerar lo siguiente:

1.- El derecho de acción no es el mismo derecho sustantivo o material en movimiento. Se trata de dos derechos diferentes y para ello, establece que la mejor prueba para determinar de que se trata de dos derechos diferentes, es que puede haber acción sin que se tenga realmente el derecho sustantivo o material y hay, en ocasiones, derecho material o sustantivo aunque no se tenga derecho de acción, o se haya perdido el derecho de acción.

2.- El derecho de acción no puede prescindir del derecho material o sustantivo pues, es objetivo de la acción pretender, mediante el desempeño de la función jurisdiccional, la obtención de la tutela de ese derecho sustantivo o material. Por supuesto que,

¹²³ Briseño Sierra, Humberto.- Op. Cit., pp. 483 y ss.

¹²⁴ Arellano García, Carlos.- Op. Cit., pp. 250 y ss.

para ello el derecho de acción se funda en un presunto derecho y en una presunta violación a ese derecho.

3.- En el derecho de acción encontramos una relación jurídica compleja en la que el órgano jurisdiccional, estatal o arbitral, es un intermediario con ciertos deberes pero, los fines últimos del derecho de acción están encauzados contra el sujeto pasivo destinatario de los efectos trascendentes de la acción, este sujeto pasivo, en forma genérica se denomina el demandado.

4.- El derecho de acción lleva la intención del actor a la resolución favorable pero, el actor es sabedor de que toda acción lleva el riesgo de que no obtenga el fallo conforme a sus pretensiones y que la decisión le sea adversa total o parcialmente. Por tanto, el derecho de acción no es la prerrogativa a la sentencia favorable pero, sí es la facultad que conduce a todo el procedimiento jurisdiccional hasta la sentencia y aún, en su caso, hasta la ejecución forzada de lo fallado.

5.- Si no existiera la institución arbitral se diría que el derecho de acción es un derecho que se ejerce ante un órgano jurisdiccional estatal pero, como se admite la existencia del arbitraje privado, se debe admitir que la acción se puede ejercer ante el órgano jurisdiccional estatal o ante un órgano jurisdiccional arbitral.

6.- El derecho material o sustantivo presunto que sirve de fundamento a la acción puede ser un derecho de carácter privado o de carácter público.

7.- El derecho de acción existe y tiene un titular que no lo ejercita. Tiene la facultad de ejercitarlo o de no ejercitarlo pero, si no lo ejercita puede prescribir o puede caducar. Si ni existiera antes de su ejercicio no se concebiría que se extinguiera por prescripción.

8.- El derecho de acción elimina la violencia entre particulares. Nadie puede hacer violencia para reclamar un derecho y el poder público está disponible para administrar justicia como un derecho subjetivo público para los gobernados.

9.- El derecho de acción se hace valer ante un órgano con facultades jurisdiccionales que no pertenece única y exclusivamente al Poder Judicial, puesto que se ha extendido la tendencia a dotar a órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de facultades para resolver cuestiones controvertidas.

10.- El derecho de acción tiende a la tutela del derecho sustantivo o material. El derecho es por naturaleza propia coercible, o sea, que en caso de incumplimiento, se puede obligar directa o indirectamente al cumplimiento forzado de la conducta debida. Si el sujeto pasivo de la relación jurídica no cumple con su deber, el pretensor tiene la prerrogativa de solicitar al órgano jurisdiccional que diga el derecho que debe forzar al cumplimiento de la conducta debida. Por tanto, es una forma de proteger o tutelar un derecho. Es importante señalar, que esta aseveración no significa que se rechace la posibilidad de que tal derecho no exista y se intente la acción, puesto que puede ser un presunto derecho como una presunta violación del mismo.

Consideramos que los puntos enumerados con antelación, son los adecuados para explicar la naturaleza jurídica del derecho de acción.

4.2. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y PRETENSIÓN.

Antes de comenzar a definir las diferencias entre los conceptos pretensión y acción, resulta de vital trascendencia señalar que si bien es cierto, que ambas figuras van entrelazadas y fueron confundidas en el derecho romano, también lo es, que la doctrina moderna nos ha indicado que son totalmente distintas y que ameritan un tratamiento diverso, por sus sujetos, por su función y por su objeto.

El Diccionario de la Lengua Española define el vocablo pretensión como la solicitud para conseguir una cosa que se desea.¹²⁵

¹²⁵ Real Academia Española.- Diccionario de la Lengua Española, Tomo I.- Vigésima Edición.- Editorial Espasa-Calpe, S.A.- Madrid. 1984, p.13.

En efecto, este vocablo, como la mayoría de los tecnicismos jurídicos de los países de derecho romano-canónico, procede del latín, que corresponde a *postulare*, *postulatio-onis*, que significa petición, solicitud, reclamación y también acusación o demanda.

En concepto de Eduardo Palières,¹²⁶ las pretensiones que se formulan en los juicios civiles, respectivamente por el actor y el demandado, son declaraciones de voluntad, formuladas verbalmente o por escrito, apoyadas generalmente, en fundamentos legales, mediante las cuales se exigen determinadas prestaciones.

También pueden ser contempladas desde otro punto de vista, y se consideran entonces como la declaración de voluntad que el actor y el demandado formulan al órgano jurisdiccional para que actúe en determinado sentido, sea en contra del demandado o a su favor.¹²⁷

Por otro lado, Rafael de Pina¹²⁸, al tratar de definir la locución "pretensión procesal", señala que la acción y la pretensión son entidades jurídicas diferentes pero no opuestas. La acción, como poder o facultad de provocar e impulsar la actividad jurisdiccional, al ser ejercitada, abre la posibilidad legal de que el juez resuelva sobre una pretensión que, integrando el contenido de una demanda, constituye el objeto del proceso.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al señalar los requisitos de la demanda, hace referencia a la pretensión en su artículo 255, fracción IV, cuando establece el de expresar en ella el objeto u objetos que se reclaman, con sus accesorios.

A su vez, Ennecerus¹²⁹ determina que la pretensión es el derecho a un acto o a una omisión dirigido contra una persona determinada y agrega que la acción no es sino que otra palabra para expresar la pretensión accionable.

¹²⁶ Palières, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998. p. 626.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de.- Op. Cit., p. 397.

¹²⁹ Citado por Palières, Eduardo.- Op. Cit., p. 588.

La pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del litigio. Si no hay pretensión no puede haber litigio.¹³⁰ Es Carnelutti, quien no da el concepto más aceptado de la pretensión, dentro de la Ciencia Procesal al señalar que la pretensión es la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio. Es entonces la pretensión, un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio.¹³¹

La pretensión puede ser discutida, fundada, impugnada, infundada, insatisfecha, resistida, o bien sin derecho.¹³²

Ahora bien, del concepto que nos proporciona Carnelutti, respecto a la pretensión, se desprenden las siguientes consideraciones: La pretensión es uno de los elementos del litigio, sin embargo, no siempre da nacimiento al mismo, porque donde hay sometimiento a la pretensión el litigio no nace. La pretensión, no siempre presupone la existencia de un derecho, y además, por otra parte, también puede existir el derecho sin que exista la pretensión y, consecuentemente, puede también haber pretensión sin que exista el derecho.

Arellano García,¹³³ señala que la pretensión es la determinación de la reclamación o exigencia de un sujeto frente a otro que hipotéticamente deberá desplegar una conducta para satisfacer tal reclamación o exigencia.

Para este autor, la acción no debe confundirse con la pretensión, en virtud de que en la primera se tiene el derecho de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar su intervención para someter al demandado al cumplimiento de cierta conducta de dar, hacer, no hacer o tolerar, y en la segunda, sólo se delimita lo que abarca la reclamación del sujeto que exige a otro una determinada prestación.

¹³⁰ Gómez Lara, Cipriano.- Op. Cit., p. 15.

¹³¹ Citado por el maestro Gómez Lara, Cipriano.- Op. Cit., p. 15.

¹³² Idem.

¹³³ Arellano García, Carlos.- Op. Cit., p. 254.

Asimismo, señala que no se debe confundir a la pretensión con el derecho subjetivo, en virtud de que el derecho subjetivo entraña una facultad derivada de una norma jurídica para exigir del sujeto obligado en la relación jurídica, una conducta, ya sea de dar, hacer, no hacer o tolerar y la pretensión es algo que se hace o que no se hace, es decir, la pretensión es actividad, es conducta. Es claro que de la existencia de un derecho subjetivo, se puede derivar una pretensión y, de la existencia de la pretensión, se puede llegar a la acción, como una de las formas de hacer valer la pretensión.

Para ello, señala las diferencias entre el derecho subjetivo y la pretensión, como son: a) en la pretensión ya hay una conducta del sujeto activo en la que delimita su exigencia; b) la pretensión es un hecho, mientras que el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico y no fáctico; c) la pretensión puede ser consecuencia del derecho pero, puede producirse sin tener como fundamento derecho alguno.¹³⁴

Por lo tanto, la mejor forma de demostrar de que el derecho subjetivo, la pretensión y la acción, son diferentes, estriba en el sentido de que puede haber derecho subjetivo sin pretensión y sin acción, así como, puede haber pretensión sin derecho, e igualmente, puede haber acción sin derecho.

Ahora bien, en la pretensión, existen dos sujetos: uno activo, que se empeña en obtener algo; y otro pasivo; que debe realizar la prestación que intenta el activo, a cargo del pasivo. En otras palabras, en la pretensión, el acreedor es el facultado para exigir del deudor una prestación consistente en dar, hacer o no hacer, y el obligado es aquel que tiene a su cargo el cumplimiento de tal pretensión.

Por otra parte los sujetos activos en el derecho de acción, son los titulares del mismo, que son aquellos que como el actor o demandado imploran una administración de justicia y el sujeto pasivo obligado es el órgano jurisdiccional, que tiene a su cargo la administración de la justicia.

¹³⁴ Arellano García, Carlos.- Op. Cit., p. 254.

Asimismo en la pretensión es objeto de la obligación siempre será un dar, hacer, no hacer o tolerar y,

Por el contrario, en el derecho de acción, el objeto de la obligación es la administración de la justicia a cargo del órgano jurisdiccional o arbitral.

Asimismo, la función de la pretensión es el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, a cargo del deudor y a favor del acreedor.

La función en el derecho de acción será siempre la de evitar la "vindicta privata" y reconocer y provocar la función de administrar justicia por parte del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, la pretensión es privada y el derecho de acción es público, amén de que existen casos en que existe acción pero no hay derecho material.

Eduardo J. Couture, diferencia a la acción de la pretensión, diciendo que la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión, mientras que la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva.¹³⁵

4.3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN.

La doctrina moderna sobre la acción, concebida en los términos que la exponen Couture,¹³⁶ Carnelutti,¹³⁷ Calamandrei,¹³⁸ Redenti¹³⁹ y Satta,¹⁴⁰ tiene varias características, a saber:

¹³⁵ Couture, Eduardo J.- Op. Cit., p. 524.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁷ Carnelutti, Francesco.- Trattato del Processo Civile.- Morano Editor.- Nápoles, 1958, p. 110.

¹³⁸ Calamandrei, Piero.- Derecho Procesal Civil.- Editorial Pedagógica Iberoamericana.- Primera Edición.- México, 1996, pp. 49 y ss.

¹³⁹ Redenti, Enrico.- Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Quinta Edición.- Editorial E.J.E.A.- Buenos Aires, 1962, p. 45.

¹⁴⁰ Satta, Salvatore.- Diritto Procesuale Civile.- Séptima Edición.- Edizioni Cedami, Padua, 1967, p. 103.

a) Derecho subjetivo.- Consiste en la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra una conducta, ya sea de dar, hacer, no hacer o tolerar.

b) Pública.- Toda vez que uno de los extremos de la relación jurídica, es el órgano estatal que tiene a su cargo la administración de la justicia y por ello, el sujeto obligado a tutelar el derecho subjetivo violado.

c) Relativa.- En virtud de que el sujeto obligado a administrar justicia es una persona determinada, ya sea el juez, arbitro o tribunal ante quien se ejercita la acción.

d) Abstracta.- Toda vez que tanto en el derecho de acción como el de excepción y sus proyecciones en el proceso, son abstractos, en mérito de que las facultades del uno y la otra son independientes, autónomas de los derechos sustantivos o pretensiones que se hacen valer en el proceso.

e) Autónoma.- En tanto que subsiste, independientemente, de la existencia de un derecho material o sustantivo, amen de la pretensión.

f) Innominada.- Toda vez que la acción es única; en virtud de que cada una tiene la misma finalidad, que consiste en pedir al órgano jurisdiccional que dirima una controversia, que administre justicia, que diga el derecho.

Al efecto, el artículo 2º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que la acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción.¹⁴¹

En tal tesitura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciendo eco de las doctrinas modernas del derecho de acción, a expuesto lo siguiente:

¹⁴¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Editorial Sista, S.A. de C.V.- México, 1999, p. 3.

"ACCIÓN PROCEDENCIA DE LA.- La acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad, cuál es la clase de prestación que se exige del demandado y el título o la causa de la acción, y si bien es verdad que a las partes incumbe formular sus pretensiones, alegar y probar los hechos en que la fundan y al juez decidir conforme a derecho, también lo es que si aquellas no se han expuesto al en que sea aplicable al caso, el juez, que debe saberlo, suplirá esta omisión."¹⁴²

"ACCIÓN PROCEDENCIA DE LA, AÚN CUANDO NO SE EXPRESE SU NOMBRE.- De acuerdo con el artículo 2º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exige del demandado y el título o causa de pedir, dispositivo legal que permite el trámite y resolución del juicio, de conformidad y acorde a su verdadera naturaleza, misma que se deduce de la narración de los hechos que contiene la demanda si estos no dejan duda respecto a la clase de prestación exigida."¹⁴³

"ACCIÓN, PROCEDENCIA DE LA.- Las disposiciones legales que establecen la procedencia de la acción, aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exige del demandado y el título o causa de la acción, deben interpretarse en el sentido de que el juez, al resolver la controversia, atenderá a la naturaleza de la acción ejercitada, según se desprenda de los hechos narrados, sin variar la prestación exigida, ni el título o causa de pedir, sin perjuicio de la facultad del juez para aplicar las disposiciones legales procedentes y no las que equivocadamente hubiera invocado el actor, pues a las partes corresponde alegar y probar los hechos y al juez aplicar el derecho."¹⁴⁴

En virtud de que han sido precisadas las características de la acción de acuerdo a las doctrinas de los autores precisados en el

¹⁴² Quinta Época.- Tomo XXXIV.- Tercera Sala.- Apéndice de Jurisprudencia. 1975, Cuarta Parte, p. 533.

¹⁴³ Amparo Directo 1532/1974. Delfina Aguirre Vda. De Cuevas.- Julio 16 de 1975.- 5 votos. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa. Srco. Miguel Peralta Véldez.

¹⁴⁴ Quinta Época.- Jurisprudencia 6, p. 20.- Volumen 3º.- Cuarta Parte.- Apéndice 1917-1975.

presente subtema, se procede a continuar con el siguiente apartado, en lo referente a la clasificación de las acciones:

4.4. CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN.

Proceder al establecimiento de divisiones o subdivisiones de las acciones desde diferentes perspectivas o puntos de vista es una costumbre que data desde la época del Derecho Romano.

Así, la división más general de las acciones presentadas en las Instituciones de Gayo y las de Justiniano¹⁴⁵ es la de las acciones "in rem" y acciones "in personam". La primera especie se refería a derecho real, de sucesión o de familia y la segunda aludía a toda clase de obligación que no fuera alguna de las anteriores. La acción "in personam" se daba contra un adversario jurídicamente determinado, el deudor, que es el único que podía violar el derecho del acreedor. A su vez, la acción "in rem" se ejercitaba, contra toda persona que ponía obstáculos al ejercicio del derecho del demandante. En las instituciones de Justiniano se consideraron algunas acciones como mixtas con la estimación de que eran tanto reales como personales, sin embargo, a criterio de Eugene Petit,¹⁴⁶ se trataba de acciones personales

Existieron otros criterios de distinción que dieron lugar a la existencia de acciones civiles frente a acciones honorarias o pretorianas; las acciones civiles se subdividieron, a su vez, en acciones reivindicatorias, negatorias, confesorias, de petición de herencia y las acciones pretorianas se subdividieron en publicianas, hipotecarias, prejudiciales, paulianas, de dolo y restitutorias. También se distinguió entre acciones de buena fe y de derecho estricto.

La clasificación romana a que nos hemos referido, ha subsistido hasta nuestros días, aunque con caracteres y procedimientos que, naturalmente, han evolucionado pero, que todavía se contienen en el Código de Procedimientos Civiles del

¹⁴⁵ Petit, Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editorial Saturnino Calleja.- Madrid, 1924, pp. 651 y ss.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 352.

Distrito Federal que hace referencia a las acciones reales y personales.

Dicho criterio clasificativo atiende al tipo de derechos que sirven de fundamento a la acción respectiva, si la acción se funda en un derecho real se tratará de una acción real, Si se apoya en un derecho personal se tratará de una acción personal.

Los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga¹⁴⁷ sostienen que las acciones reales tiene por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, o sea aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con entera independencia de toda obligación personal por parte del demandado.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,¹⁴⁸ se da relevancia a las acciones reales pues, hay disposición expresa que determina cuáles son las acciones reales. mismo que se transcribe a continuación:

“ARTÍCULO 3º.- Por las acciones reales se reclamarán la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene la obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria.”

Asimismo, Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga¹⁴⁹ aseveran que las acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal.

El concepto legal de acciones personales se puede localizar en el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Op. Cit., pp. 168 y 169.

¹⁴⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 3.

¹⁴⁹ Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Op. Cit., p. 169.

¹⁵⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Op. Cit., p. 7.

“ARTÍCULO 25.- Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, hacer o de no hacer determinado acto.”

Cabe destacar que no existe base legal alguna para considerar la existencia de acciones mixtas.

Por otra parte, el criterio clasificativo de las acciones que toma en cuenta las diferentes especies de prestaciones que suelen reclamarse, ha dado lugar a que las acciones se consideren en acciones de condena, declarativas, constitutivas, cautelares o preservativas y ejecutivas, mismas que se detallan a continuación.

a) Las acciones de condena son aquellas que pretenden del demandado una prestación de dar, hacer o no hacer. El objeto de la acción es lo que caracteriza a la acción de condena.¹⁵¹

Hipotéticamente, las acciones de condena deben terminar con un fallo del juzgador por el que se condene al demandado a la realización de una conducta de dar, hacer o no hacer. La sentencia correspondiente ha de ser cumplida por el demandado pero, en caso de incumplimiento procederá la ejecución forzada que lo obligará a la conducta debida mediante la respectiva vía de apremio.

b) En la acción declarativa, el actor pretende terminar con una situación de incertidumbre que gira alrededor del derecho que le sirve de fundamento a la acción. El órgano jurisdiccional se limitará al reconocimiento oficial del derecho en la forma reclamada por el demandante.¹⁵²

Cabe destacar que los procesalistas José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina,¹⁵³ señalan que la finalidad de las acciones declarativas es la de obtener, con la eficacia de la cosa juzgada, la declaración de la existencia de una determinada relación jurídica o de un derecho nacido de un negocio jurídico, y también, excepcionalmente, sobre la existencia o inexistencia de un hecho

¹⁵¹ Arellano García, Carlos.- Op. Cit., p. 260.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Op. Cit., p. 171.

jurídico relevante, que puede dar origen a una relación jurídica o a un derecho.

c) Las acciones constitutivas son aquellas que se dirigen a obtener la creación, la modificación o la extinción de un derecho o una obligación, o una situación jurídica.¹⁵⁴

d) Son acciones cautelares, preservativas o preventivas aquellas que tienen como objeto conservar la futura efectividad de una acción definitiva en la persona o bienes del demandado.

Hay una dependencia de la acción cautelar pues requerirá de una acción definitiva que será necesario intentar si se desea conservar la situación que provisionalmente se ha obtenido a través de la medida cautelar, objeto de la acción preservativa. Si no se intenta o si no prospera la acción definitiva, desaparecerá lo conseguido a través de la acción cautelar.¹⁵⁵

e) Las acciones ejecutivas son aquellas que derivan de un documento con cualidades específicas que permiten, desde que se ejercitan, antes de la sentencia definitiva, afectar provisionalmente el patrimonio del deudor.¹⁵⁶

Por otra parte, existe un tercer criterio clasificatorio de las acciones, de entre los múltiples que se han postulado por la doctrina, el cual divide a las acciones en nominadas e innominadas, a saber:

a) Las acciones nominadas son aquellas que el legislador ha previsto de manera expresa en la legislación e incluso la ha atribuido una denominación, de tal suerte, que el actor podrá mencionarla con la denominación legal y le serán aplicables todas las disposiciones que rijan a ese tipo de acción, pues, la denominación es útil para identificarla con todas sus consecuencias legales procedentes.

¹⁵⁴ Arellano García, Carlos.- Op.Cit., p. 261.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 261 y 262.

¹⁵⁶ *Idem*.

b) Las acciones innominadas son aquellas que el legislador no previó de manera determinada, en las cuales se aplicarán las reglas legales aplicables a las acciones generales, puesto, que no existen reglas específicas que deriven de una categoría especial de acción.

Ahora bien, el tratadista José Becerra Bautista¹⁵⁷ señala que las acciones, atendiendo al derecho sustantivo en disputa, se pueden clasificar en:

a) Acciones reales.- Cuando se controvierte la existencia de un derecho real.

b) Acciones posesorias.- En todo lo referente a la posesión (interdictos posesorios).

c) Acciones personales.- Cuando lo que se reclama es el cumplimiento de una obligación personal, las cuales pueden ser tantas como posibles obligaciones personales puedan catalogarse en el Código Civil.

d) Acciones del Estado Civil.- el status personae da origen a situaciones jurídicas que exigen la intervención de los órganos jurisdiccionales.

Eduardo J. Couture¹⁵⁸ a su vez clasifica a las acciones en: ordinarias, sumarias, ejecutivas, penales, y mixtas, mismas que se detallan a continuación:

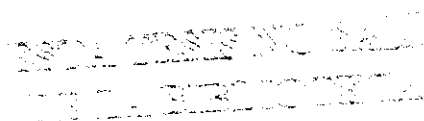
a) La acción sumaria, equivale a la pretensión que se hace valer en un proceso sumario.

b) La acción ejecutiva, es aquella en la cual se pide la efectividad coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución.

c) La acción civil, es aquella que se dirime en un conflicto de interés netamente civil.

¹⁵⁷ Becerra Bautista, José.- El Proceso Civil en México.- Décimo Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1999, p 46.

¹⁵⁸ Couture, Eduardo J.- Op. Cit., pp. 81 y 82.



d) La acción penal, es aquella que se dirige en un conflicto de carácter penal.

e) La acción mixta, es aquella que participa de las cualidades de las acciones civiles y penales.

De todo lo anterior, se colige que las acciones se pueden clasificar de infinidad de maneras, de tal suerte, que dichas clasificaciones, si bien pueden ser útiles para la práctica del derecho procesal, también lo es que las mismas no constituyen garantía alguna de validez científica, en virtud de que para ser considerada como tal, debería inspirarse en un único criterio clasificador.

4.5. EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL DERECHO DE PETICIÓN.

El derecho de petición es una garantía específica de libertad que se encuentra consagrada en el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 8º.- Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve tiempo al peticionario.”¹⁵⁹

En efecto, la existencia de este derecho como garantía individual es la consecuencia de una exigencia jurídica y social en un régimen de legalidad.

A mayor abundamiento, el derecho de petición se revela como una exclusión de la vindicta privada, en cuyo régimen a cada cual le era dable hacerse justicia por su propia mano.

¹⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998, pp. 8 y 9.

El régimen de venganza privada fue dejando paso al régimen de autoridad en la solución de los conflictos y contiendas surgidos entre los miembros de la sociedad humana. Por consiguiente, el individuo que veía menoscabo sus derechos por cualquier causa, ya no ejercía directamente represalias contra aquél o aquéllos a quienes consideraba como autores de tal menoscabo o afrenta, sino que ocurría a las autoridades, miembros del gobierno de la sociedad a que pertenecía, para que por conducto de ellas se resolviera el conflicto suscitado.

Fue así como el individuo tuvo potestad de ocurrir a la autoridad para que ésta, en ejercicio del poder soberano social, obligara al incumplidor o al delincuente a realizar, en beneficio del ocurrsante, las prestaciones omitidas o violadas o a reparar el daño producido y purgar una pena, respectivamente. Esa mera potestad de solicitar la actuación autoritaria, con el transcurso del tiempo se ha convertido en una terminante prohibición para el ofendido en general, en el sentido de que no debía hacerse justicia por su propia mano; y más tarde en una obligación pública individual, tal y como se contiene en el artículo 17 de nuestra constitución, en relación con el derecho de pedir o solicitar la actuación de los órganos del Estado consagrado en el artículo 8º de nuestra Carta Magna.

El derecho de pedir, contrario y opuesto a la vindicta privada, es por tanto, la potestad que tiene el individuo de acudir a las autoridades del Estado con el fin de que éstas intervengan para hacer cumplir la ley en su beneficio o para constreñir a su coobligado a cumplir con los compromisos contraídos válidamente.¹⁶⁰

La potestad jurídica de petición, cuyo titular es el gobernado en general, es decir, toda persona física o moral que tenga ese carácter, se deriva como derecho subjetivo público individual de la garantía respectiva consagrada en el artículo 8º de la Ley Fundamental. En tal virtud, la persona tiene la facultad de ocurrir a cualquier autoridad, formulando una solicitud o instancia escritas de

¹⁶⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio.- Las Garantías Individuales.- Trigésima Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998, p. 376.

cualquier índole, la cual adopta, específicamente, el carácter de simple petición administrativa, acción, recurso, etc.¹⁶¹

Ahora bien, el derecho de acción se encuentra fundamentado en el artículo 17 de nuestra Ley Suprema, el cual contempla lo siguiente:

"ARTÍCULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas puramente civil."¹⁶²

En efecto, el maestro Don Juventino V. Castro,¹⁶³ señala que si algún paralelismo podemos establecer entre el artículo 17 constitucional y el artículo 8º constitucional, es el que se debe fincar en relación con la acción procesal, de tal suerte que se puede afirmar que el derecho de petición es el género, y la acción procesal ante los tribunales constituye una especie de aquel derecho. Esta petición (concepto genérico usado por el artículo 8º), es la acción que se utiliza ante los tribunales (artículo 17), y por lo tanto es una referencia aun derecho ejercitado ante los funcionarios judiciales o jurisdiccionales, que son los que imparten justicia.

Finalmente, Couture¹⁶⁴ señala que cuando el derecho de petición se ejerce ante un poder judicial, bajo la forma de acción

¹⁶¹ Burgoa Orihuela, Ignacio.- Op. Cit., p. 377.

¹⁶² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Op. Cit., p. 15.

¹⁶³ Castro, Juventino V.- Garantías y Amparo.- Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1989, p. 100.

¹⁶⁴ Couture, Eduardo J.- Op. Cit., p. 78.

civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamiento.

CAPÍTULO V.

EL DESISTIMIENTO.

5.1. CONCEPTO DE DESISTIMIENTO.

La palabra desistimiento proviene del latín *desistere* que en términos genéricos se contrae al acto abdicatorio que lleva a cabo el actor en un juicio. En efecto, el desistimiento es un acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia o de no continuar el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho, o la realización de cualquier otro trámite de un procedimiento iniciado.

Los autores de derecho procesal han considerado el desistimiento como un acto de autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso; para ellos constituye uno de los modos extraordinarios diferentes de la sentencia, por medio del cual se puede poner fin a la pretensión planteada.¹⁶⁵

El desistimiento consiste en el acto de desistirse. A su vez este verbo significa, según el Diccionario de la Academia, apartarse de una empresa o intento empezados a ejecutar; en tratándose de un derecho, abdicarlo o abandonarlo. Con más propiedad puede decirse que el desistimiento consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultades procesales, ya iniciados. Por tanto el desistimiento puede referirse a la acción, a la instancia, a un recurso, a una prueba, a un incidente y así sucesivamente.¹⁶⁶

Pallares,¹⁶⁷ señala que el desistimiento procesal es una declaración que contiene un acto de voluntad por virtud del cual, la persona que lo hace se aparta del ejercicio de una demanda, de una acción, de un recurso, y así sucesivamente.

¹⁶⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.- Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo D-H.- Novena Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1996, p.1100.

¹⁶⁶ Pallares, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998, p. 253.

¹⁶⁷ Pallares, Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1986, p.119.

Dicho autor, precisa que todo desistimiento implica la renuncia de los derechos y beneficios que a favor del que se desiste produciría o pudiera producir la actividad procesal de la cual se desiste.

Cipriano Gómez Lara,¹⁶⁸ señala que el desistimiento puede ser definido como una renuncia procesal, de derechos o de pretensiones.

Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga,¹⁶⁹ definen al desistimiento como el abandono expreso del derecho o del juicio.

Carlos Arellano García,¹⁷⁰ conceptúa al desistimiento como la prerrogativa que tiene el titular del derecho de acción para renunciar, expresamente, a su derecho de continuar el ejercicio de la acción, con lo que termina la instancia o la acción, previo cumplimiento de las condiciones legales.

Alsina¹⁷¹ expone que el desistimiento es el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar con el proceso.

Es importante señalar que el desistimiento es una forma anormal de poner fin a la relación procesal, y dependiendo del tipo de desistimiento, ya sea de la instancia, ya de la acción, la terminación del procedimiento será temporal o definitiva.

Ahora bien, para que el desistimiento sea válido, es necesario que se llenen, los siguientes requisitos:¹⁷²

- a) Que se haga en forma legal;
- b) Que la persona que se desista tenga facultades bastantes para ello;

¹⁶⁸ Gómez Lara, Cipriano.- Teoría General del Proceso.- Novena Edición.- Editorial: Haria.- México, 1997, p. 29.

¹⁶⁹ Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1997, p. 174.

¹⁷⁰ Arellano García, Carlos.- Teoría General del Proceso.- Sexta Edición.- Editorial: Porrúa, S.A.- México, 1997, p. 150.

¹⁷¹ Alsina, Hugo.- Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo IV.- Segunda Edición.- Editorial Ediar.- Buenos Aires, p. 483.

¹⁷² Pallares, Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Op. Cit., p. 119.

c) Que la acción o el derecho materia del desistimiento sea renunciable, o lo que es igual que la parte que se desiste tenga respecto de la materia del desistimiento, el jus disponendi;

d) Que el desistimiento no esté sujeto a condición, esto es, que sea puro y simple; y

e) Que la voluntad de desistirse no esté viciada por violencia, fraude o error.

Cabe precisar que es el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el que regula el desistimiento de la instancia o de la acción, el cual se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Artículo 34.- Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrán modificarse ni alterarse, salvo en los casos en que la ley lo permita.

El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado: El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el demandado.

El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario.”¹⁷³

Finalmente, de la lectura de dicho precepto legal se puede arribar a las siguientes conclusiones:

a) El titular del derecho de desistirse de la demanda (de la instancia) y de la acción, lo es el actor. Esto no lo expresa literalmente el citado precepto pero, se deduce del mismo cuando se menciona el consentimiento del reo o del demandado, para ciertos

¹⁷³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Editoria: Sista, S.A. de C.V.- México, 1999, p. 8.

efectos. Si el actor tiene representante legal o mandatario, es preciso que, entre las facultades de este último exista la facultad de desistirse pues, si carece de ese derecho representativo no podrá desistirse. A este respecto, se menciona el artículo 2587 fracción I, del Código Civil que, señala que el mandato judicial, exige poder o cláusula especial para desistirse.

b) En el dispositivo transcrito no aparece la obligación del actor o de su representante legal o de su mandatario de ratificar el escrito de desistimiento, sin embargo, por la trascendencia del acto, es usual que algunos jueces adopten la costumbre de exigir la ratificación del escrito de desistimiento para acordar lo solicitado en tal ocuroso.

c) En el precepto en estudio, se conciben dos especies de desistimiento: 1.- Desistimiento de la demanda, también llamado de la instancia, y 2.- Desistimiento de la acción.

5.2. FORMAS DE DESISTIMIENTO, INSTANCIA Y ACCIÓN.

Eduardo Pallares,¹⁷⁴ señala que el desistimiento de la acción es el acto procesal por medio del cual el actor renuncia a la acción que ha ejercitado en el juicio. Como la palabra acción en este caso está tomada en el sentido del derecho subjetivo que el actor pretende tener contra el demandado, es evidente, que el desistimiento de la acción equivale a la renuncia de ese derecho.

En el desistimiento de la acción no se requiere del consentimiento del demandado y su consecuencia, es la extinción del derecho de acción.

Ugo Rocco,¹⁷⁵ señala que la renuncia al ejercicio del derecho de acción, es una verdadera renuncia de derecho público, toda vez que implica una manifestación de la voluntad dirigida al abandono del derecho de acción frente al Estado.

¹⁷⁴ Pallares, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Op. Cit., p. 254.

¹⁷⁵ Rocco, Ugo.- Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II.- Editorial Depalma.- Buenos Aires, 1976, pp. 230 y 231.

Respecto a dicha renuncia, se debe notar que la misma puede considerarse como causa de extinción del derecho de acción con la condición de que sea pronunciada antes que la actividad jurisdiccional haya llegado a la formulación de un acto terminal de declaración de certeza acerca de la concreta declaración jurídica deducida en juicio (emisión de la sentencia de fondo, de primera instancia).¹⁷⁶

En contraposición a lo anterior, consideramos que en el desistimiento de la acción se pierde el derecho para reclamar judicialmente la pretensión y no el derecho sustantivo, toda vez que el ejercicio de una acción conlleva ineludiblemente una pretensión y no necesariamente un derecho sustantivo, como quedó asentado en el tema relativo a la acción en el capítulo anterior.

En efecto, puede haber desistimiento de la acción sin que ello implique renuncia a un derecho aun cuando no se demuestre tal derecho en un momento dado.

En lo que se refiere al desistimiento de la acción es de señalarse el criterio jurisprudencial que se transcribe a continuación:

"ACCIÓN, DESISTIMIENTO DE LA. El desistimiento que de la acción hace una de las partes en el juicio, entraña para su contraparte, el derecho de que se de por concluido el juicio y se suspenda la tramitación; el proveído judicial que recaiga al desistimiento, no es el que puede dar valor a la renuncia de la acción, sino la voluntad exclusiva de quien hace esa renuncia, que no puede encerrar la facultad discrecional de proseguir el juicio."¹⁷⁷

Ahora bien, por lo que respecta al desistimiento de la instancia, o lo que es igual, de la demanda, sólo se produce la renuncia de los actos procesales realizados, ya que iniciada la acción, lo único que ocurre es que se suspende el procedimiento, por convenir al interés del demandante su abandono, para

¹⁷⁶ Rocco, Ugo.- Op. Cit., pp. 232 y 233.

¹⁷⁷ Quinta Época.- Tercera Sala.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVI, p. 5684.

conservar un derecho y dejar subsistente la posibilidad de exigirlo en un nuevo proceso con elementos distintos.¹⁷⁸

En efecto, el desistimiento de la instancia implica solamente la renuncia de los actos del proceso y deja subsistente la pretensión del actor.

Finalmente, en el desistimiento de la demanda no se extingue el derecho de acción, sólo importa la pérdida de la instancia y requiere del consentimiento de la parte demandada para que opere.

A este respecto se menciona el siguiente criterio jurisprudencial:

"DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA. El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, establece, en forma terminante, que una vez intentada la acción y fijados los puntos cuestionables, el actor no puede desistirse de su demanda, si no es con el consentimiento del demandado, esto es, para que el desistimiento pueda tener lugar, es indispensable la aquiescencia del demandado; cosa natural, porque en virtud de la fijación de los puntos cuestionados, es decir, en virtud del juicio mismo, el demandado adquiere derecho de que la controversia se decida por medio de una sentencia que defina los derechos en disputa, y ese derecho no puede quedar supeditado a la voluntad exclusiva del autor, quien a su vez tiene la obligación correlativa de sostener la demanda, hasta que se dicte la resolución final a menos que se desista de la acción, porque en este caso se extingue el derecho, y la controversia queda definitivamente decidida; cosa que no sucede cuando el desistimiento sólo se refiere a la demanda, porque entonces únicamente se pierde la instancia y queda viva la acción del actor, quien la puede ejercitar de nuevo, con evidente perjuicio para el demandado; por lo que implicando el desistimiento de la instancia, lesión notoria de los derechos de los procesales del demandado, la ley requiere su consentimiento para que pueda tener

¹⁷⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.- Diccionario Jurídico Mexicano, D-H.- Novena Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1996, p. 1101.

lugar, y no para el efecto de que se le paguen los daños y perjuicios y gastos y costas."¹⁷⁹

Cabe destacar en este apartado el siguiente criterio jurisprudencial:

"DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN Y DE LA DEMANDA. DIFERENCIAS. No es lo mismo desistir de la acción que de la demanda o instancia, ya que en el desistimiento de la demanda se pierden todos los derechos y situaciones procesales; y si no ha prescrito la acción, puede volverse a ejercitar mediante la presentación de una nueva demanda, mientras que con el desistimiento de la acción se produce la pérdida del derecho que el actor hizo valer en el juicio, porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho."¹⁸⁰

5.3. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO.

Los efectos del desistimiento de la acción son:

- a) Poner fin al procedimiento;
- b) No se puede volver a incoar una nueva demanda por la misma acción; y
- c) La obligación de pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte emplazada, salvo convenio en contrario.

Los efectos del desistimiento de la instancia son:

- a) Dar por terminados los procesos, sin sentencia, con la conformidad del demandado, cuando se realiza el desistimiento con posterioridad al emplazamiento;
- b) No hay consumación de la acción, por vía de sentencia judicial o arbitral;

¹⁷⁹ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación.- Tomo VIII, p. 185.

¹⁸⁰ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación.- Tomo XIV, p. 547.

c) La persona que se desiste pierde todos los derechos y situaciones procesales favorables a ella que se han producido en la instancia y esta se sobresee;

d) Desaparece la suspensión de la prescripción;

e) Como consecuencia de lo anterior, el actor debe asumir el pago de costas, y la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados a la parte demandada, cuando se hace con posterioridad al emplazamiento, salvo convenio en contrario; y

f) Por otra parte, el abandonar la instancia imposibilita a aquella a recobrar su vida procesal porque las partes no pueden actuar, porque al abandonar las partes su demanda cesó también la jurisdicción del juez para entender de dichas actuaciones y porque el acuerdo judicial firme y consentido teniendo a las partes por desistidas causó estado en dicho procedimiento.

A mayor abundamiento, el desistimiento del juicio en primera instancia, pone las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes de la demanda.

El desistimiento de la apelación en segunda instancia, hace ejecutoria la sentencia de primera instancia, y formulado el amparo uni-instancial o bi-instancial, se deja firme la sentencia de segunda instancia.

CAPÍTULO VI.

EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS, CONTRAÍDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIOS.

6.1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL PROBLEMA Y EFECTOS DEL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN, EN JUICIOS EN DONDE SE CONTROVIERTA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS CONTRAÍDAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIOS.

Durante el desarrollo del presente trabajo se analizaron a la luz de diversas doctrinas, determinadas figuras e instituciones jurídicas relativas al tema que nos ocupa, en los siguientes términos:

En el primer capítulo se estudiaron los conceptos referentes a los hechos, actos y negocios jurídicos, considerando a todos ellos, desde un punto de vista *latu sensu*, como aquellas manifestaciones de la voluntad humana con el objeto de producir consecuencias en el campo del derecho.

En el segundo capítulo se desarrolló el tema relativo a las obligaciones solidarias como parte total del presente trabajo, precisando en este punto, que dichas obligaciones se caracterizan por la unidad de prestación u objeto y la pluralidad de vínculos.

En el tercer capítulo se examinó el contrato de apertura de crédito bancario, en sus diversas modalidades: simple y en cuenta corriente; por resultar dicho contrato una de las fuentes de las obligaciones, amén de ser parte integral del presente trabajo.

En el cuarto capítulo se analizó a la acción como el derecho subjetivo del que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o arbitral para reclamar el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un derecho material, el cual fue presuntamente violado por la persona que se encontraba obligada a respetar dicho derecho sustantivo.

En el quinto capítulo se planteó todo lo relativo a la figura del desistimiento procesal, partiendo desde lo genérico hasta llegar a lo específico: de la instancia o de la acción; y finalmente se precisaron los efectos jurídicos entre ambas clases de desistimiento.

Finalmente, y como consecuencia del desarrollo y análisis de dichos temas, se arribó al tema relativo al presente capítulo, en donde se estudiarán los efectos jurídicos que se producen como consecuencia del desistimiento de la acción, cuando ésta se ejercita ante el órgano judicial para reclamar la potestad de un derecho sustantivo derivado de un contrato de apertura de crédito bancario en el que se contienen obligaciones solidarias a cargo de los acreditados, siempre y cuando éstos hayan sido demandados de manera conjunta por la institución crediticia, parte acreditante en dicho contrato.

Cabe destacar que el desistimiento de la acción conlleva necesariamente, la renuncia de reclamar judicialmente la pretensión, de tal suerte, que la misma no puede volver a ejercitarse ante el órgano judicial, para reclamar el derecho material protegido por aquélla.

En virtud de todo lo anterior, se colige que el desistimiento de la acción respecto de uno de los codemandados solidarios en un juicio donde se reclama el pago del importe dispuesto por uno o alguno de los acreditados en un contrato de apertura de crédito bancario, en el cual se contienen obligaciones solidarias a cargo de los acreditados, constituye la renuncia expresa del actor para ejercitar el derecho de acción ante el órgano judicial, es decir, conforma una renuncia o abandono de la pretensión reclamada en un juicio, la cual debe hacerse extensiva a los demás codemandados, como una consecuencia de la solidaridad de la obligación, por resultar uno solo, el objeto de dicha obligación.

En efecto, se afirma lo anterior, en virtud de que en las obligaciones solidarias pasivas, existe unidad de objeto o prestación, independientemente, de la pluralidad de vínculos; el cual se traduce en el sentido de que cualquiera de los deudores solidarios debe cumplir con el todo del objeto, de tal suerte, que el

cumplimiento de la obligación por parte de alguno de los coobligados solidarios, beneficia a los demás.

Por otra parte, el desistimiento de la acción es la manifestación de la voluntad del actor, con el objeto de renunciar a la reclamación judicial de la pretensión, sin que ello, implique la renuncia al derecho sustantivo, tal y como quedo asentado en el capítulo relativo a este tema.

Hecho lo anterior, se continúa con el subtema relativo a los criterios de los tribunales sobre el problema en cuestión.

6.2. CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES SOBRE NUESTRO TEMA.

Con el objeto de abordar el presente subtema, es importante señalar que la jurisprudencia es una de las fuentes formales del derecho ante las lagunas de la ley, la cual, puede ser interpretativa o supletoria de la ley.

En efecto, en la jurisprudencia interpretativa se explica el sentido del precepto legal y se pone de manifiesto el pensamiento del legislador y, por otra parte, en la jurisprudencia supletoria, se colman los vacíos de la ley, creando para ello, una norma que complementa la ley.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro derecho positivo, le corresponde a los Tribunales Federales, la formación de la jurisprudencia, la cual como se ha precisado con antelación, tiene como objetivo primordial suplir las lagunas de la ley, o en su caso, interpretar la norma jurídica oscura y ambigua.

Es importante destacar que los artículos 192 y 193 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen el principio de obligatoriedad de la jurisprudencia que se dicte por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito, siempre y cuando la misma, satisfaga determinados requisitos que la propia ley de amparo establece.

Hechas las anteriores aclaraciones, resulta procedente transcribir algunos de los criterios jurisprudenciales que se han vertido respecto al tema del desistimiento de la acción, mismos que se detallan a continuación:

"DESISTIMIENTO, NATURALEZA DEL. El desistimiento de la acción es un acto jurídico unilateral que implica la pérdida de la acción e impide el curso del juicio de tal manera que éste se extingue."¹⁸¹

"DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN. El solo desistimiento de la acción nada prejuzga respecto de la existencia o inexistencia del derecho afirmado, aunque lo extinga. Para determinar que la causa petendi no genera el derecho, es menester que recaiga sentencia que así lo establezca."¹⁸²

"ACCIÓN, DESISTIMIENTO DE LA. CONSECUENCIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). La circunstancia de que el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles del Estado señale que: ... en todos los casos el desistimiento produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado en que tenían antes de la presentación de la demanda ..., no significa que cuando el actor se desista de la acción puede intentarla nuevamente por los mismos hechos porque esto se lo impide la extinción de la misma como una consecuencia legal del desistimiento."¹⁸³

"DESISTIMIENTOS DE LA ACCIÓN Y DE LA DEMANDA. DIFERENCIAS. No es lo mismo desistir de la acción que de la demanda o instancia, ya que en el desistimiento de la demanda se pierden todos los derechos y situaciones procesales; y si no ha prescrito la acción, puede volverse a ejercitar mediante la presentación de una nueva demanda; mientras que con el desistimiento de la acción se produce la pérdida del derecho que el

¹⁸¹ Téllez Uilco, Marco Antonio.- Jurisprudencia Mercantil Mexicana, Apéndice 1. Tomo I.- Editorial Sufragio, S.A. de C.V.- Hermosillo, 1992, p. 221.

¹⁸² Quinta Época.- Tercera Sala.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXV, p. 2415.

¹⁸³ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII-Enero, p. 96.

actor hizo valer en el juicio, porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho.”¹⁸⁴

“DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN. IMPOSIBILIDAD DE VOLVER A RECLAMAR LAS MISMAS ACCIONES. Toda vez que el desistimiento de la acción produce la pérdida del derecho que el demandante hace valer en juicio, ya que al renunciar a la acción se renuncia al derecho, no puede condenarse al amparista por las acciones que el mismo actor ya se desistió durante el juicio.”¹⁸⁵

“ACCIÓN, DESISTIMIENTO DE LA. IMPLICA SU EXTINCIÓN Y NO SOLO DE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS EN EL JUICIO DE TERMINACIÓN DE ARRENDAMIENTO. De conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el desistimiento de la acción equivale a la extinción de los derechos sustantivos base de la acción, que se tienen no por razón de juicio, sino con motivo del título o causa generadora de los mismos. De donde se sigue, que no es procedente intentar la misma acción de terminación de contrato de arrendamiento con base en las pretensiones reclamadas con anterioridad, más aún, si en el derecho positivo mexicano existen otros medios legales para obtener la entrega del bien arrendado.”¹⁸⁶

“DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN RESPECTO DE UN CODEMANDADO, DEBE HACERSE EXTENSIVA AL OTRO CUANDO SE TRATA DE LAS MISMAS ACCIONES Y HECHOS, Y POR ATRIBUIRSELES RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Si los actores reclamaron la reinstalación y el pago de otras prestaciones, atribuyendo el carácter de patronos solidarios al quejoso y una persona moral, pero en la audiencia trifásica desistieron de las acciones ejercitadas únicamente en lo concerniente a la negociación, agregando que deban dar por terminado el contrato de trabajo y que no se les adeudaba cantidad por ningún concepto en esas condiciones; al mediar el desistimiento expreso de las acciones respecto de un codemandado, esa situación debe hacerse extensiva

¹⁸⁴ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV-Julio, p. 547.

¹⁸⁵ Téllez Ujeda, Marco Antonio.- Jurisprudencia Mercantil Mexicana, Apéndice 1, Tomo II.- Editorial Sufragio, S.A. de C.V.- Hermosillo, 1992, p. 877.

¹⁸⁶ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII-Septiembre, p. 168.

a los restantes codemandados por tratarse de las mismas acciones originadas en idénticos hechos y por atribuirseles el carácter de responsables solidarios."¹⁸⁷

6.3. REFLEXIONES FINALES.

En los Contratos de Apertura de Crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen. Dicho tipo de contrato se encuentra comprendido dentro de las operaciones activas de la banca.

Ahora bien, de manera frecuente, las Instituciones de Crédito en nuestro país al celebrar Contratos de Apertura de Crédito, en sus diversas modalidades, estipulan obligaciones solidarias a cargo de los deudores con el objeto de garantizar en mayor medida el cumplimiento de las obligaciones contenidas en él.

En este sentido, debe entenderse a la obligación solidaria pasiva, como aquel vínculo jurídico que constringe a cualquiera de los deudores a cumplir con el todo del objeto de la obligación, ya sea de dar o hacer; de lo que se infiere que la solidaridad no se presume, sino que resulta de la voluntad de la partes.

Por otra parte, cuando el acreditado incumple con alguna de las obligaciones derivadas del propio contrato de apertura de crédito, la Institución Bancaria, tiene la facultad de demandar ante los tribunales competentes el cumplimiento de dichas obligaciones.

En la práctica, resulta frecuente, que la parte actora elige la vía ejecutiva mercantil, para reclamar el pago del importe de crédito consignado en el propio contrato, la cual se ejercita ante los juzgados que conocen de materia civil o mercantil, con el objeto de

¹⁸⁷ Octava Época.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo VIII-Diciembre, p. 185.

que a través de un proceso se aplique la norma abstracta prevista por el legislador para la tutela de un derecho sustantivo consignado en dicha norma.

Cabe señalar que el derecho procesal por razón de su esencia, es un derecho instrumental y no sustantivo, en virtud de que no resuelve directamente los conflictos de intereses, sino que establece los órganos y los procedimientos para poder resolverlos, de tal suerte que éste viene a complementar el derecho material.

En efecto, a través del proceso, se pretende alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto.

En tal tesitura, el ejercicio de la acción tiene como finalidad la excitación del órgano jurisdiccional para obtener la tutela de un derecho material presuntamente violado.

De tal suerte, que el mismo puede venir a conceptualizarse como la potestad que tiene un sujeto de derecho para provocar la función jurisdiccional.

Cabe señalar que la acción no debe confundirse con la pretensión, en razón de que en la acción se tiene el derecho de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar se intervenga para someter al demandado al cumplimiento de cierta conducta de dar, hacer, no hacer o tolerar, y en la pretensión, sólo se delimita lo que abarca la reclamación del sujeto que exige a otro una determinada prestación.

Es importante señalar en este punto, que el banco tiene la facultad de demandar de manera exclusiva o conjunta a cualquiera de los coobligados solidarios, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1989 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, cuando opta por demandar de manera conjunta a los coobligados solidarios, el desistimiento de la acción respecto de alguno de ellos, beneficia a los demás.

En efecto, dentro de las formas anormales de terminar con el proceso, se encuentra el desistimiento, el cual es la renuncia procesal de derechos o pretensiones.

En tal tesitura, el desistimiento de la acción es la renuncia que realiza el actor de manera expresa para reclamar judicialmente la pretensión deducida en juicio, sin que ello, implique la renuncia al derecho sustantivo.

A mayor abundamiento, en el desistimiento de la acción, la actora no puede volver a reclamar judicialmente el derecho sustantivo, sin embargo, no implica que éste se extinga de manera permanente, toda vez que puede suceder que de manera posterior a dicho desistimiento, el deudor cumpla de manera voluntaria la obligación a su cargo, sin que ello, pueda considerarse como un pago de lo indebido, toda vez que el derecho sustantivo existe, lo que no se puede intentar es su reclamo por medio de la función jurisdiccional, la cual tiene como objeto constreñir al deudor a su cumplimiento por medio de la aplicación de la norma abstracta al caso concreto.

De todo lo anterior, se infiere que el desistimiento de la acción respecto de uno de los coobligados solidarios beneficia a los restantes; en virtud de que el objeto de la obligación es sólo uno, el cual debe de cumplirse de manera íntegra por cualquiera de los coobligados solidarios, de tal suerte que, al renunciarse en juicio el cumplimiento de dicha obligación solidaria, se pierde el derecho de reclamar judicialmente la pretensión a cualquiera de los coobligados solidarios, por las razones vertidas en el presente apartado.

por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

XI.- La apertura de crédito de acuerdo a la forma de disposición puede ser de dos clases: simple y en cuenta corriente.

XII.- En la apertura de crédito simple el acreditante pone a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, durante determinado plazo y, en consecuencia, dicho contrato termina cuando el acreditado dispone de la totalidad de la suma de dinero puesta a su disposición, o bien, cuando fenece el término dentro del cual el acreditado tiene a su disposición la suma de dinero, objeto del crédito.

XIII.- En la apertura de crédito en cuenta corriente el acreditado tiene derecho a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente haya hecho, y que queda facultado, mientras el contrato no concluya a disponer en la forma estipulada, del saldo que resulte a su favor.

XIV.- La acción es el derecho subjetivo de que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o ante un órgano arbitral a exigir el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material.

XV.- La pretensión es la determinación de la reclamación o exigencia de un sujeto frente a otro que hipotéticamente deberá desplegar una conducta para satisfacer tal reclamación o exigencia.

XVI.- El desistimiento es la prerrogativa que tiene el titular del derecho de acción para renunciar, expresamente, a su derecho de

continuar el ejercicio de la acción, con lo que termina la instancia o la acción, previo cumplimiento de las condiciones legales.

XVII.- El desistimiento de la acción es la renuncia que realiza el actor de manera expresa para reclamar judicialmente la pretensión deducida en juicio, sin que ello implique la renuncia al derecho sustantivo.

XVIII.- En el desistimiento de la acción, la actora no puede volver a reclamar judicialmente el derecho sustantivo, sin embargo, no implica que éste se extinga de manera permanente, toda vez que puede suceder que de manera posterior a dicho desistimiento, el deudor cumpla de manera voluntaria la obligación a su cargo, sin que ello pueda considerarse como un pago de lo indebido, toda vez que el derecho sustantivo existe, lo que no se puede intentar es su reclamo por medio de la función jurisdiccional, la cual tiene como objeto constreñir al deudor a su cumplimiento por medio de la aplicación de la norma abstracta al caso concreto.

XIX.- El desistimiento de la acción respecto de uno de los coobligados solidarios beneficia a los restantes; en virtud de el objeto de la obligación es sólo uno, el cual debe de cumplirse de manera íntegra por cualquiera de los coobligados solidarios, de tal suerte, que al renunciarse en juicio, el cumplimiento de dicha obligación solidaria, hace perder el derecho de reclamar judicialmente la pretensión a cualquiera de los coobligados solidarios.

CERVANTES AHUMADA, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito.- Décimo Cuarta Edición.- Editorial Herrero, S.A.- México, 1994.

COUTURE, Eduardo J.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Tercera Edición.- Depalma Editores.- Buenos Aires, 1969.

CHIOVENDA, José.- Principios de Derecho Procesal Civil.- Tomo I.- Tercera Edición Italiana.- Editorial Reus.- Madrid, 1977.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe.- Derecho Bancario y Contratos de Crédito.- Segunda Edición.- Editorial Harla.- México, 1997.

GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas y Familia.- Décimo Séptima Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998.

GÓMEZ LARA, Cipriano.- Teoría General del Proceso.- Novena Edición.- Editorial Harla.- México, 1997.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998.

HERNÁNDEZ, Octavio.- Derecho Bancario Mexicano Tomo I.- Primera Edición.- Editorial Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas.- México, 1956.

MENDOZA MARTELL, Pablo E. y PRECIADO BRISEÑO, Eduardo.- Lecciones de Derecho Bancario.- Textos Jurídicos Bancomer.- Primera Edición.- Editorial Siquisiri, S.A. de C.V.- México, 1997.

MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ Román.- Derecho Romano.- Sexta Edición.- Editorial Harla.- México, 1991.

ORTÍZ URQUIDI, Raúl.- Derecho Civil, Parte General.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1986.

PALLARES, Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1986.

PETIT, Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editorial Saturnino Calleja.- Madrid, 1924.

PEZA MUÑOZ CANO, José Luis de la.- De las Obligaciones.- Primera Edición.- Editorial McGraw-Hill.- México, 1997.

PINA, Rafael de y CASTILLO LARRAÑAGA, José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1997.

PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Puebla, Editorial Cajica.- México, 1980.

REDENTI, Enrico.- Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Quinta Edición.- Editorial E.J.E.A.- Buenos Aires, 1962.

ROCCO, Ugo.- Tratado de Derecho Procesal Civil.- Tomo I, Parte General.- Editorial Roque de Palma.- Buenos Aires, 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia.- Vigésimo Octava Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Teoría General de las Obligaciones.- Vigésimo Primera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998.

SATTA, Salvatore.- Diritto Procesuale Civile.- Séptima Edición.- Edizioni Cedami, Padua, 1967.

II.- OBRAS DE CONSULTA:

ESCRICHE, Joaquín.- Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.- México, 1993.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.- Diccionario Jurídico Mexicano.- Novena Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1997.

PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Vigésimo Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de.- Diccionario de Derecho.- Vigésimo Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1998.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.- Diccionario de la Lengua Española, Tomo I.- Vigésima Edición.- Editorial Espasa-Calpe.- Madrid, 1984.

TÉLLEZ ULLOA, Marco Antonio.- Jurisprudencia Mercantil Mexicana, Apéndice 1, Tomo I.- Editorial Sufragio, S.A. de C.V.- Hermosillo, 1992.

TÉLLEZ ULLOA, Marco Antonio.- Jurisprudencia Mercantil Mexicana, Apéndice 1, Tomo II.- Editorial Sufragio, S.A. de C.V.- Hermosillo, 1992.

III.- LEGISLACIÓN:

Código Civil para el Distrito Federal.- Sexagésimo Séptima Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1998.

Código de Comercio.- Editorial Sista, S.A. de C.V.- México, 1999.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Editorial Sista, S.A. de C.V. México, 1999.

Legislación Bancaria.- Editorial Porrúa.- Quincuagésima Edición.- México, 1998.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- Editorial Sista, S.A. de C.V.- México, 1999.

FE DE ERRATAS.

En la página 3, pie de página número 1, dice "Messineo, Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melondo, Buenos Aires, 1954, p. 332.", debiendo decir "Messineo, Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melondo.- Doctrinas Generales, Tomo II.- Buenos Aires, 1954, p. 332."

En la página 4, pie de página número 5, dice "Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998, p.724." debiendo decir "Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Quinta Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1979, p.724."

En la página 13, pie de página número 26, dice "Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998, p.724." debiendo decir "Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Quinta Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1979, p.724."

En la página 32, tercer renglón, dice "2.1. CONCEPTO", debiendo decir "3.1. CONCEPTO."

En la página 39, decimonoveno renglón, dice "2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO.", debiendo decir "3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO."

En la página 59, vigésimo cuarto renglón, dice "... los mexicanos...", debiendo decir "... los tratadistas...".

En la página 72, pie de página 140, dice "Satta, Salvatore.- Diritto Procesuale Civile.- Séptima Edición, Edizioni Cedami, Padua, 1967, p.103.", debiendo decir "Satta, Salvatore.- Diritto Processuale Civile.- 7ª Ed.- Edizioni Cedam, Padova, 1967, p.103."

En la página 104, séptimo párrafo, dice "GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Décimo

Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1998.” debiendo decir “Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Quinta Edición.- Editorial Cajica, S.A.- México, 1979, p.724.”

En la página 105, cuarto párrafo, dice “PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Puebla, Editorial Cajica.- México, 1980.”, debiendo decir “PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Introducción, Familia, Matrimonio, Tomo I,1.- Puebla, Editorial Cajica, S.A.- México, 1980.”