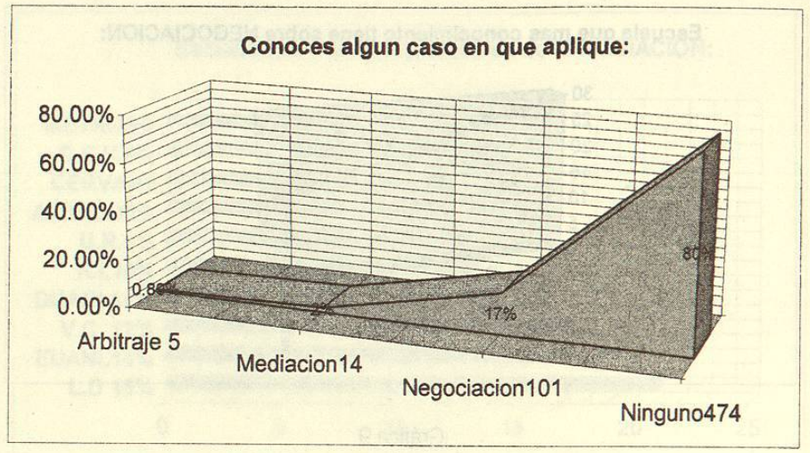

Gráfica 11

Gráfica 12

8. Áreas de aplicación de los MASC

SUMARIO. 8.1. Acciones su clasificación y la posibilidad de entrar en materia de negociación previa; 8.2. Las acciones civiles analizadas en particular; 8.2.1. Acciones de condena; 8.2.1.1. Acción reivindicatoria; 8.2.1.2. Acción publiciana; 8.2.1.3. Petición de herencia; 8.2.1.4. Interdictos (de retener y recuperar la posesión, de obra nueva y obra peligrosa); 8.2.1.5. Enriquecimiento sin causa; 8.2.1.6. Acción proforma; 8.2.1.7. Acción redhibitoria; 8.2.2. Acciones declarativas y constitutivas; 8.2.2.1. Acciones de declaración de certeza; 8.2.2.2. La acción confesoria; 8.2.2.3. Negatoria; 8.2.2.4. Acción de jactancia; 8.2.2.5. Acción de nulidad; 8.2.2.6. Acción pauliana; 8.2.2.7. Constitución de servidumbres; 8.2.2.8. Acción hipotecaria; 8.2.2.9. División de cosa común; 8.2.3. Cautelares y ejecutivas; 8.2.3.1. Las acciones cautelares; 8.2.3.2. Las acciones ejecutivas; 8.2.3.3. Arraigo y embargo precautorio; 8.2.3.4. Ejecutiva civil y mercantil.

Analizaremos las áreas de aplicación en razón del análisis de las diferentes acciones procesales desde un punto de vista dogmático apoyándonos en jurisprudencia[74], determinando que son susceptibles de aplicar la negociación o la mediación previa al proceso judicial, concluyendo que si nuestros códigos contemplaran a la mediación y a la negociación como etapa previa de los diferentes juicios aquí señalados se abatiría considerablemente las cargas de trabajo según análisis realizados en otros Estados[75].

8.1. Acciones su clasificación y la posibilidad de entrar en materia de negociación previa.

El concepto de acción que proporcionan los romanos: "*actio nihil nisi jus persequendi judicio quod sibi debetur*" que significa: La acción es el derecho de perseguir lo que se nos dice. Este antiguo concepto tiene el acierto de enfocar el actuar de un sujeto hacia el

[74] Colaboración de Xaveira Garza Camarena, Becaria del Paicyt 2002 y alumna de la Maestría en Derecho Laboral de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

[75] El presente estudio nace de la propuesta y sistematización del tema elaborado por el Mtro. José Reyes Victoriano Gonzáles, basando en su experiencia en el Poder Judicial del Estado de Jalisco.

juicio para dirigirlo hacia otro sujeto que presuntamente debe algo, o sea que, tiene una obligación jurídica de la que es pretensor del primero. Lo inexacto del concepto está en que, puede acontecer que el primer sujeto carezca de ese derecho que pretende y que el sujeto mencionado en segundo término no tenga a su cargo el deber que pretende hacérsele efectivo.

Hasta mediados del siglo pasado se consideraban la acción y el derecho subjetivo (derechos que corresponden al individuo) conceptos de un significado semejante. Se decía que la acción es el derecho en su aplicación práctica, o lo que es lo mismo, el derecho perseguido en juicio. Con el paso del tiempo fue construyéndose un sistema en virtud del cual se consideraba el derecho como el aspecto sustancial del poder conferido a una persona a través del ordenamiento jurídico y la acción era el aspecto formal del derecho, que habilita la posibilidad de hacerlo valer en un juicio cuando es ignorado o desconocido por propia voluntad.

Hasta tal punto se hizo importante este segundo aspecto que ha dado origen al nacimiento de una disciplina jurídica autónoma: el Derecho Procesal, que tiene como base la acción y origina las diferentes clases de juicio, partiendo del Digesto (44.7,51) y expresa que la acción es el derecho de perseguir en un juicio lo que se nos debe.

La independencia total de la acción respecto del derecho, como concepto civil, genera el concepto de pretensión de tutela jurídica, es decir, el derecho frente al Estado y contra el adversario de carácter público, independientemente del derecho subjetivo o individual, mediante la condena del demandado por sentencia favorable al actor o demandante, que hoy tiene un respaldo constitucional a través de lo que se llama el derecho a la tutela judicial efectiva.

Acción[76] tiene su origen en la expresión latina *actio*, la que era un sinónimo de *actus* y aludía, en general, a los actos jurídicos. Este

[76] V. Cortes Figueroa, Carlos. *Introducción a la Teoría General del Proceso.* Cárdenas Editor. México, 1975. Pág. 153.

significado original era muy amplio, pues podría aplicarse a cualquier acto jurídico. Sin embargo, en el primer periodo del proceso civil romano se denominaron actos solemnes establecidos en la ley que se debían cumplir para obtener la realización de un juicio y la decisión sobre un punto controvertido.

Couture[77], por un convencionalismo de lenguaje que tiene ya varios siglos, se acostumbra llamar al poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de jurisdicción. Pero ese vocablo tiene en el derecho un significado casi infinito. En el derecho penal la acción se opone a la omisión en la acuñación típica de los delitos, en el derecho mercantil, y específicamente en el derecho de las sociedades, su significado nada tiene que ver con el del campo penal; en el derecho civil se utiliza el vocablo seguido de nombres propios que caracterizan ciertos tipos de derechos sustanciales (acción reivindicatoria, posesoria, pauliana, simulatoria, rescisoria; y a veces manteniendo sus denominaciones clásicas; "actio in rem verso"; "actio quanti minoris"; "actio ad exhibendum", etc.); en el derecho administrativo denota, genéricamente, la gestión de los administrados ante la administración. Esas mismas acepciones han variado en el tiempo y aún con relación a nuestra época su significado es diferente en los países de "common law" y en los países de derecho civil"

Couture[78] dice que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de interés. La definición anterior, se fundamenta en las ideas del derecho romano, y hay que tomar en cuenta que en el, la acción tenía un seguimiento limitado.

El jurista argentino Ramiro Podetti[79] nos indica: "la acción es el elemento activo del derecho material y en consecuencia corresponde al titular del derecho defenderlo o esclarecerlo. El titular del derecho sólo tiene la facultad de poner en movimiento al poder judicial, que

[77] V. Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal civil,* Ed. Depalma. Buenos Aires, 1942, Pág. 15.

[78] V. Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal civil.* 2da. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1951.

[79] V. Podetti, Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil.* Ed. Ediar. Buenos Aires. Pág. 198.

implica un deber de someterse a él como sujeto del proceso. La acción en su génesis y en su desarrollo, va dirigida contra los individuos, pero la facultad de ponerla en movimiento se dirige contra el Estado".

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.

Contreras Vaca[80], sostiene que el término acción proviene del latín *actio*, palabra que significa movimiento, actividad, acusación. Es importante recordar que la acción es un derecho humano, elevado en México, al rango de garantía individual, que faculta a los individuos y por la extensión a las personas jurídicas a provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales estatales con la finalidad de lograr que se les imparta justicia de manera pronta y expedita, resolviendo la controversia que en ese momento someten a proceso y en la cual tienen intereses legítimos. Dicha controversia ha de resolverse con base en los criterios legales y con fuerza vinculatoria para los contendientes.

Gómez Lara[81], entiende por acción, el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional. Esta definición no es muy especifica ya que involucra a varios géneros próximos extraídos de la variedad de opiniones formuladas respecto de la acción. Lo importante es dejar asentado que consideramos a la acción como algo que provoca la función jurisdiccional del Estado. Aceptado eso es conveniente dejar asentado la idea de que la acción en este sentido procesal, cuando menos tiene tres acepciones[82]:

[80] V. Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Procesal Civil.* Ed. Oxford University. México, 1999. Pág. 13.

[81] V. Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Octava Edición, Ed. Harla. México, 1990, Pág. 118.

[82] V. Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1958. Pág. 60.

1. *Como sinónimo de derecho.* Es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", o sea, se identifica a la acción con el derecho de fondo o sustantivo, en todo caso, se le considera una prolongación del derecho de fondo al ejercitarse ante los tribunales.
2. *Como sinónimo de pretensión y de demanda.* La acción en este supuesto se interpreta como la pretensión de que tiene un derecho válido y en razón del cual se promueve la demanda respectiva. De ahí que se hable de demanda fundada e infundada.
3. *Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*. Se alude, entonces, a un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en cuyo nombre es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo de su pretensión.

Carnelutti[83] sostiene que la intuición de que competa a las partes un derecho subjetivo de carácter estrictamente procesal es antigua, a esa intuición respondió el nombre de acción (*actio*), con el cual se denota el obrar en juicio, es decir, el desplegar actividad para la tutela, mediante el proceso, del interés de la parte.

Se tiene que distinguir el derecho que se hace valer en juicio, que es un derecho subjetivo material, del derecho mediante el cual se hace valer aquél, el cual tiene el carácter de derecho subjetivo procesal. Precisamente la acción es el derecho subjetivo procesal de las partes.

La acción puede definirse como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de interés. Nace cuando el derecho material es violado, aunque puede aparecer sin la existencia de éste.

Este derecho de acción está integrado por tres elementos fundamentales: el elemento personal, el elemento real y el *petitio.*

[83] V. Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal.* Ed. Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. Págs. 255 y ss.

- El elemento personal, está constituido por las dos personas comprometidas en la situación de hecho, que de compararse con la norma general y abstracta de derecho objetivo.
- El elemento real, más conocido como causa *pretendi*, está conformado por los hechos que al ser comparados con la norma atacan la situación jurídica.
- El *petitio*, es lo que se pide a la jurisdicción.

A falta de uno de ellos, lógicamente no existirá la acción como una realidad jurídica, porque como manifiesta Leal Morales[84] sería inconcebible una acción sin alguien que la ejerza en relación con otro. Una acción que no opere sobre una citación de hecho, y tampoco coincide una acción que no tienda a que la jurisdicción adopte alguna decisión, que no tenga alguna suplica al poder jurisdiccional del Estado.

La acción ordinariamente se encuentra limitada, en cuanto a su vigencia, a un tiempo más o menos prolongado, dentro del cual debe ser ejercida; en caso contrario, se pierde por prescripción.

Sin embargo, la acción dentro del proceso adquiere un significado especial, a que el derecho a la tutela efectiva de carácter constitucional se traduce en una serie de principios como el de que nadie puede ser condenado sin ser oído (lo que a su vez implica la necesidad de hacer las notificaciones y emplazamientos con todas las garantías de que puedan llegar al interesado) que se efectué un juicio contencioso o contradictorio, se permita la oportunidad de prueba y otras alegaciones y recursos que se van incluyendo de una forma gradual de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales, de modo que su consolidación y reconocimiento reiterado, hagan factible su incorporación posterior al derecho positivo de los diferentes países.

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de

[84] V. Leal Morales. *Derecho Procesal del Trabajo*. Ed. Diario Jurídico. Bogotá, 1959. Pág. 114 y ss.

ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: nemo juedes sine actore.

Cualquiera que parezca, entre las varias teorías en oposición, la preferible, lo cierto es que la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados, el ordenamiento procesal de los cuales no puede llegar a ser comprendido según lo que es en su estructura positiva y aparente, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos precisamente esta acción, en torno a la cual se desencadenan tantas teorías: la cual es una realidad, que puede determinar las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la cual no puede dejar de contar quien quiera comprender como está formado, en la civilización contemporánea, el proceso[85].

El procesalista italiano Ugo Rocco[86] define al derecho de acción como: "el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad juridiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo".

Sin embargo, cabe hacer mención respecto de la definición anterior que en el derecho de acción no siempre se pretende la intervención del Estado. Si las partes pactaron someter cualquier controversia que se suscitara al arbitraje o la negociación, pudiera no acudirse al Estado, cuando se ejercita la acción se acude a árbitros o negociadores.

8.2. Las acciones civiles analizadas en particular

La clasificación de las acciones en divisiones o subdivisiones es una tradición que data desde la época del derecho romano, pero que

[85] V. Calamandrei, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961. Pág. 139

[86] V. Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001. Pág. 143.

hasta nuestros días resulta útil puesto que nos permite estudiar las características en particular de cada una y sus semejanzas, además resulta de relevancia en la materia del arbitraje y la negociación por la especialización que se requiere al entrar al estudio de cada una y tratar de resolver un problema práctico.

La división clásica de las acciones y la más difundida es la que las subdividen en acciones reales y personales en este criterio clasificativo se atiende al tipo de derecho que sirve de fundamento a la acción respectiva, si la acción se funda en un derecho real se tratara de una acción real. Si se apoya en un derecho personal se tratará de una acción personal. Las acciones reales tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, es decir, aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con plena independencia de toda obligación personal por parte del demandado.

Las acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal, es decir, se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto.

Así mismo, existe un criterio más moderno de clasificar las acciones el cual atiende a las diferentes especies de prestaciones que suelen reclamarse en ellas las cuales se clasifican en acciones de condena, declarativas, constitutivas, cautelares o preservativas y ejecutivas.

Consideramos adecuado atender este criterio clasificativo a efecto de determinar la competencia en materia de negociación, puesto que es un criterio ampliamente aceptado en la doctrina jurídica, además de que atiende al tipo de resolución que pondría fin a un determinado procedimiento, se propone que para determinar la competencia se dividiría en acciones de condena, declarativas y constitutivas, cautelares y ejecutivas como se describe a continuación.

8.2.1. Acciones de condena

Las acciones de condena[87] aspiran no sólo a obtener la prestación de la actividad jurisdiccional encaminada a la declaración de certeza del derecho, sino también una vez obtenida la declaración de certeza, a obtener de los órganos jurisdiccionales una ulterior prestación encaminada a realizar el derecho, cuando éste haya sido declarado cierto. En las acciones de condena se pide al juez una inducción, dirigida al obligado, para que cumpla las prestaciones que le es preciso cumplir.

Las acciones de condena son aquellas que pretenden del demandado una prestación de dar, hacer o no hacer.

Las acciones de condena son aquellas en las que el actor pide se imponga al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Con ellas se pretende la ejecución inmediata del derecho declarado por la sentencia judicial; su fin esencial es la ejecución del fallo.

La finalidad que se persigue con 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 jurídico relevante, que puede dar origen a una relación jurídica o a un derecho.

1.1.1.1. Acción reivindicatoria

Esta acción tiene caracteres combinados de acción de condena y de acción declarativa y viene prevista en el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco el cual señala textualmente: "La reivindicación compete al propietario de la cosa que no la tiene en su posesión, para que

[87] V. Rocco, Ugo. Op.cit. núm. 86. Pág. 156