

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN MATERIA MERCANTIL

TESIS

PRESENTADA POR:

JOSE ALFREDO LINARES LOPEZ

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN:
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR - EL SALVADOR - CENTRO AMERICA

1976

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

Secretario General:

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano:

DR. LUIS DOMINGUEZ PARADA

Secretario:

DR. MAURO ALFREDO BERNAL SILVA

**

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Dr. JOSE ERNESTO CRIOLLO

Dr. MANUEL ARRIETA GALLEGOS

Dr. OSCAR LACAYO ROSALES

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Dr. RONOLDY VALENCIA URIBE

Dr. SALVADOR HUMBERTO ROSALES

Dr. CARLOS RODOLFO MEYER GARCIA

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Dr. MARIO SAMAYOA

Dr. CARLOS A. RODRIGUEZ

Dr. JOSE GERARDO LIEVANO CHORRO

TRIBUNAL CALIFICADOR DE LA TESIS

Dr. JORGE EDUARDO TENORIO

Dr. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS

Dr. CARLOS AMILCAR AMAYA

ASESOR DE TESIS

Dr. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

1

1

1

DEDICATORIA :

A MIS PADRES :

Luis Antonio López Cáceres

Emelina Linares

A MI ESPOSA :

Ana Mercedes López de Linares

A MIS HIJOS :

José Alfredo

Guillermo Luis

Karla Sofia

A MIS HERMANOS :

Lydia

Ana Yolanda

Eduardo Antonio

Mario Salvador

A MIS SUEGROS :

Guillermo López Cáceres

Clara Luz Bustamante de López

A MIS PROFESORES, AMIGOS Y COMPAÑEROS



ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN MATERIA MERCANTIL

DESARROLLO

PALABRAS PRELIMINARES

CAPITULO I

INTRODUCCION

- 1- Aspectos generales sobre el desarrollo del Tema.
- 2- Consideraciones doctrinarias sobre los actos previos. Su naturaleza jurídica.
- 3- Generalidades sobre los actos previos a la demanda en el Código de Procedimientos Civiles. Su aplicación en materia mercantil.
- 4- Los actos previos en la Ley de Procedimientos -- Mercantiles.

CAPITULO II

EXHIBICION JUDICIAL DE LOS OBJETOS QUE COMPRUEBEN LA COMPETENCIA DESLEAL.

- 1- Generalidades sobre el tema.
- 2- La competencia desleal en materia mercantil. Actos que la constituyen.
- 3- Prueba de competencia desleal.
- 4- Caso del inciso primero del artículo 493 Código de Comercio.

CAPITULO III

LA ORDEN PROVISIONAL DE CESE DE LOS ACTOS DE COM- PETENCIA DESLEAL.

- 1- Generalidades sobre el tema.
- 2- Que es una orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal.
- 3- Forma de proceder y aplicación.



- CAPITULO IV LA FIRMA DEL EJEMPLAR DEL TITULO VALOR REPUES
TO VOLUNTARIAMENTE POR EL EMISOR.
- 1- Generalidades sobre el tema.
 - 2- Casos de reposición de Titulosvalores.
 - 3- Formas de proceder: voluntaria y judicial.
 - 4- Aplicación del caso en estudio.
- CAPITULO V EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCION EN MATE
RIA MERCANTIL.
- 1- Generalidades sobre el Derecho de Retención.
 - 2- Casos en que se ejerce el Derecho de Retención y cosas sobre que recae.
 - 3- Análisis del caso contemplado en el artículo 957 - Código de Comercio y forma de proceder.
 - 4- Análisis del caso contemplado en el artículo 958 y forma de proceder.
- CAPITULO VI REQUERIMIENTO PARA CONTRATAR CON DETERMINADAS
EMPRESAS.
- 1- Generalidades sobre el tema.
 - 2- Análisis del punto en estudio y forma de proceder.
- CAPITULO VII OTROS ACTOS PREVIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY
DE PRODECIMIENTOS MERCANTILES.
- 1- Enumeración de casos.
 - 2- Análisis de cada caso.
 - 3- Forma de proceder en cada caso.
- CAPITULO VIII LEGISLACION COMPARADA Y CONCLUSIONES



CAPITULO I

1.- INTRODUCCION

- 1.- ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DESARROLLO DEL TEMA
- 2.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LOS ACTOS PREVIOS. SU NATURALEZA JURIDICA.
- 3.- GENERALIDADES SOBRE LOS ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. SU APLICACION EN MATERIA MERCANTIL.
- 4.- LOS ACTOS PREVIOS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES.

1.- INTRODUCCION

1.) ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DESARROLLO DEL TEMA

El tema actos previos a la demanda en materia mercantil, es algo que en nuestras leyes es nuevo y tiene en sí una gran importancia, ya que la nueva legislación mercantil ha establecido una modificación al Código Procesal Civil, que además de los casos aplicables en éste, se encuentran los que establece la ley de procedimientos mercantiles. Con respecto al tema en desarrollo, no existe ninguna clase de bibliografía que pueda directamente referirse a él, sino que únicamente sobre aspectos generales.

El artículo 21 de la Ley de Procedimientos Mercantiles que se refiere a los actos previos a la demanda en materia mercantil, dice en su primer inciso: " En materia Mercantil son actos previos a la demanda los comprendidos en el Título III del Libro Primero de la Parte Primera del Código de Procedimientos Civiles "...; entonces nos encontramos que son los comprendidos dentro del Código de Procedimientos Civiles Arts. 134 al 189 inclusive; pero es de notoria importancia que sobre esta parte contemplada en el Código Procesal Civil, se incluyó en este trabajo en un estudio reducido, porque su desarrollo principal es sobre los actos previos que enumera el artículo 21 de la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Comprende este trabajo una aportación mínima para el estudiante que le puede facilitar una guía para ahondar en el tema, ya que esta materia está alcanzando auge de grandeza en el desenvolvimiento comercial actual y la ciencia jurídica reglamentando todo su sistema para la protección y eficacia del Derecho.

2- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE LOS ACTOS PREVIOS. SU NATURALEZA JURIDICA.

Para el desarrollo de este tema: consideraciones doctrinarias sobre los actos previos a la demanda, he consultado diferentes obras de tratadistas en materia Procesal Civil, como la de los autores Eduardo J. Cotare, Hugo Rocco, Eduardo Pallarés, Guillermo Cabanellas, Piero Calamandrei, etc; de las cuales he tomado como base la que ellos determinan en sus obras estudiandolas a través de los sistemas clásicos y la de la teoría moderna, la que tomaré como directris para el desarrollo de este tema, como en la aplicación de los actos previos a la demanda en materia procesal civil como en mercantil, que estudiaré en el desarrollo de esta tesis.

La opinión de los tratadistas mencionados es compartida unánimemente, respecto a que todos los actos previos a la demanda son propios de la llamada jurisdicción voluntaria.

Es propio de todo sistema procesal establecer la existencia de la Jurisdicción voluntaria y así unos la aplican únicamente a los actos administrativos o jurisdicción administrativa y otros a los actos propiamente jurisdiccionales y éstos manifiestan que son actos previos a la demanda los de jurisdicción voluntaria o sea aquellos donde no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces su característica esencial, establecer contención en el acto para determinar la jurisdicción voluntaria.

Por jurisdicción voluntaria se ha conceptualado aquella en la que no existe contención de partes, precisamente esta concepción ha sido la caracterización de los códigos de procedimientos civiles del siglo pasado y de principios del presente.

El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal y el surgimiento de nuevos autores de esta rama, ha sido la causa inmediata de un mayor estudio dentro de la concepción de la jurisdicción voluntaria.

Así encontramos a muchos autores que le niegan la categoría de jurisdicción, sosteniendo que se trata de una verdadera función administrativa ejercida por el Poder Judicial; pero siempre a pesar de esta posición se ha llegado a determinar por los tratadistas de abandonar la postura " no contención " para caracterizar la jurisdicción voluntaria.

El criterio tradicional ha sido problemático, pues, en la mayoría de los casos es correcto afirmar que donde no existe contención - estamos en un acto de jurisdicción voluntaria, lo cual en definitiva no es cierto pues hay unos casos en que nos encontramos en esquemas de verdadera contención, pero que legalmente no se pueden ubicar dentro de la jurisdicción voluntaria; así podemos analizar el caso de la - jactancia, en donde encontramos una verdadera contención, por lo que tendríamos que legalmente ubicarlo fuera de los actos de jurisdicción voluntaria, pero salta a la vista que todos los actos previos no son más que formas de evitar el juicio.

Para resolver ese problema se debe de abandonar la postura tradicional y sin entrar a especulaciones teóricas sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se debe determinar que se trata de procedimientos distintos a la jurisdicción contenciosa y no se puede negar que su conocimiento y tramitación pertenecen al orden Poder Judicial, lo que debe decirse es que el concepto de jurisdicción voluntaria se sustituye por el Procedimientos Jurídicos Especiales entre -- los que se incluyen los actos previos a la demanda.

La situación jurídica en nuestro Código de Procedimientos Civiles de los actos previos a la demanda, es de seguir el sistema tradicional de sostener que jurisdicción voluntaria es aquella en la que no existe - contención de partes, y así establece el Código de Procedimientos Civiles

en el artículo 25, y nos trae a cuenta que en apariencia trata de seguir el sistema tradicional, porque este artículo señala como ejemplo de dicha jurisdicción el caso de los juicios por arbitramento, lo cual es claramente contradictorio, ya que en los juicios por arbitramento es indudable que se trata de una contención de partes, únicamente que el Estado delega a particulares la función jurisdiccional, que son los que dirigen la contienda; de tal manera que nuestro legislador no determinó en forma categórica el planteamiento de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, y esa es la crítica que se ha señalado al artículo 25 Pr., por lo que este concepto debe tenerse como ilustrativo y que los demás casos que se analicen deben establecerse si el esquema corresponde a lo no contencioso, no obstante tener su apariencia de contencioso, por lo que deben incluirse dentro de la jurisdicción voluntaria, entre los cuales se ubican los Actos Previos a la demanda.

En el proyecto del Código Procesal Civil, se encuentra en el libro tercero capítulo 2o. los actos correspondientes a la jurisdicción voluntaria y Procesos Especiales y que son:

- a) Conciliación ;
- b) Medidas cautelares ;
- c) Arraigo ; y
- d) Procesos de jactancia.

Esta clasificación corresponde o equivale a los actos previos a la demanda y únicamente no se regula la parte de los incapaces, porque ésta se encuentra regulada en otro capítulo " procesos relativos a la representación legal en los incapaces y a la exhibición de documentos - en la sección cuarta del capítulo 1o. relativo a la prueba general.

Pues bien, hemos visto la situación clásica de la teoría - - procesal y la moderna determinada en el proyecto del Código Procesal Civil,

por lo que sería el punto determinante para establecer que los actos previos a la demanda son un requisito de viabilidad para la válida interposición de una demanda, y así ya no se habla del problemático sistema clásico de establecer la jurisdicción voluntaria o lo no contencioso para determinar los actos previos, sino que deben ser un requisito de viabilidad, y así lo ha estimado o comprendido la teoría moderna, que además de ello para el cumplimiento del estudio de esta tesis sobre los actos previos a la demanda en materia mercantil, es precisamente su fuente generadora como ciencia moderna que es.

3- GENERALIDADES SOBRE LOS ACTOS PREVIOS A LA DEMANDA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. SU APLICACION EN MATERIA MERCANTIL.

Los actos previos a la demanda en el Código de Procedimientos Civiles se encuentran regulados en los artículos 134 al 189 Pr. y - comprende los siguientes casos:

- a) Incapaces que tienen que demandar o ser demandados;
- b) Demandas contra ausente no declarado que se halle fuera de la República y ausente cuyo paradero se ignora.
- c) Secuestro preventivo de bienes;
- d) Exhibición de documentos;
- e) Acechanza;
- f) Jactancia;
- g) Pruebas que pueden perderse ; y
- h) La conciliación.

La primera parte comprendida en los artículos 134 al 140 estudian la situación de los incapaces que tienen que demandar o ser demandados a saber:

- a) Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que ser demandados y carecen de representante legal o este se halla ausente;
- b) Caso de los menores no habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que demandar y carecen de representante legal o éste se halla ausente;
- c) Caso del hijo de familia que tiene que litigar como actor contra el padre o madre que lo representa; y
- d) Caso del hijo de familia cuyo padre o madre que lo representa - rehusa representarlo o autorizarlo para comparecer en juicio.

El primer caso contemplado bajo el literal a) vemos que trata absolutamente sobre el nombramiento de curador, artículos 134, 135 y 137 inc. 2º Pr., por medio de petición hecha al Juez competente, para que le nombre curador por carecer de representante legal dicha persona y así poder entablar la acción contra legítimo contradictor en el juicio contencioso respectivo.

Ahora bien, este caso contemplado es plenamente aplicable en materia mercantil y para demandar a un menor no habilitado de edad o mayor - declarado inhábil se recurre al Juez de Comercio, a fin de que le nombre a falta de representante legal un curador, por lo tanto se siguen las reglas establecidas en materia procesal civil; a excepción de los menores - que teniendo 18 años cumplidos hayan sido habilitados de edad, los mayores de 18 años que obtengan autorización de sus representantes legales para - comerciar, la cual deberá constar en escritura pública y los mayores de - 18 años que obtengan autorización judicial, artículo 7 Código de Comercio que se reputan como mayores de edad para efectos legales y mercantiles, - sin estar sujetos a las restricciones del Código Civil, artículo 9 Com.

Este es un requisito pleno de viabilidad para la válida interposición de la demanda.

El segundo caso contemplado es del literal b) , que trata " de los - menores de habilitados de edad y mayores declarados inhábiles cuando tienen que demandar y carecen de representante legal o este se halla ausente. En este caso estamos en presencia de la situación de querer entablar la deman da, como sería posible en el caso contemplado en el Código Procesal Civil, también vemos que está regulado en los artículos 134, 135 y 137 Inc. lo. Pr.

Por lo que se establece que el procedimiento civil es aplicable al - mercantil en toda su extensión, ya que el rubro de las incapacidades es de aplicación general en toda la Rama Jurídica, así que para efectos de querer entablar la demanda debe recurrirse al Juez de Comercio competente, a fin - de que se le nombre a falta de representante legal, un curador , quién seguirá el proceso en nombre y representación del incapaz, que puede ser de la misma manera que indica el procesal civil o sea que el menor de edad o simplemente menor, es aquel que no ha cumplido 21 años de edad, artículo 26 del Código Civil, y los mayores de edad pueden ser declarados inhábiles por causa de demencia o de sordomudez, siempre cuando estos últimos no puedan - darse a entender por escrito.

El tercer caso contemplado es el del hijo de familia que tiene que litigar como actor contra el padre o madre que lo representa.

Ante esta disposición, nuestro Código de Procedimientos Civiles, que es de tipo clásico, en su artículo 136, estampa el principio de respeto al Jefe de Familia, que como acto previo a demandar a su padre o madre le exige, como conducta moral, que pida la venia al Juez , quien le dará un curador - para la litis y en segundo lugar establece el principio que como el - -

padre o madre representará legalmente a su hijo, como sería el caso que el menor los demandara, tal cuestión se resuelve jurídicamente a través de la norma establecida en el artículo 136, que tendrá que pedir la venia del Juez para demandar a su representante legal, y no permitir la dualidad de partes que le correspondería a los padres, de actor y reo, por lo tanto se le nombrará un curador al menor.

Debemos de entender que hijo de familia son los no emancipados; artículo 252 Inc. 2º C.

Como vemos en materia procesal civil se establece claramente la posición del menor cuando tiene que demandar a su padre o madre, ahora esta cuestión en materia procesal mercantil se presenta en igual forma, todos los principios procesales, en cuanto actor o reo, que surgen son aplicables en materia mercantil, para el caso en la administración de los bienes del menor ejercida por su padre o madre. Entonces se establece que para efectos de demandar el menor a su padre o madre que lo representa, como acto previo a la demanda que incoare, es necesario cumplir con el requisito de viabilidad del proceso, o sea un requisito de validez, o necesario para ejercer el derecho de demandar en juicio.

Cuarto Caso: El hijo de familia cuyo padre o madre que lo representa rehusa representarlo o autorizarlo para comparecer en juicio.

Esta circunstancia normativa se encuentra regulada en los artículos 138, 139 y 140 del Código de Procedimientos Civiles, que dicen: artículo 138 - Siempre que el hijo de familia deba ser autorizado para comparecer en juicio como demandante, se presentará por escrito al Juez pidiendo la autorización. El Juez dará traslado al padre o a la madre en su caso, quien deberá contestar dentro de tercer día, expresando las razones que tenga para rehusar al hijo su representación o autorización. Pasados los tres días, el Juez, con vista de la contestación del padre o de la madre, recibirá la causa a prueba, si fuere necesario, por ocho días con calidad de todos cargos y vencido concederá o negará la autorización dentro de los tres siguientes, dando en el primer caso al hijo un curador para la litis.

Esta cuestión se platea en el caso que al menor le sea negada la autorización del padre de familia para comparecer en juicio como demandante contra un tercero, en este caso su aplicación es igual que el caso anterior o sea que se recurre al Juez, solicitándole el nombramiento de un curador ad litem para que lo represente.

Pareciere que la norma aludida le dá derecho al menor de demandar en juicio, lo que no debe entenderse en ese sentido, sino que se refiere que

en caso de negativa de la representación se debe nombrar al menor un cura
dor como también en caso afirmativo el padre no lo represente, pero si el Ju
le da la autorización de demandar, se le debe también nombrar un curador
al menor, y es sabido que los menores son incapaces para actuar personal-
mente en juicio.

Por lo expuesto, podemos concluir que en materia mercantil se esta
blece la misma circunstancia procesal y se le dá el mismo trámite para el
caso de rehusar el padre o madre la representación o autorización para -
demandar.

B- Demandas contra ausentes no declarados o cuyo paradero se ignora.

Ausencia procesal , es aquel en que el proceso en su totalidad, se
tramita sin concurrencia de la parte demandada, porque se hace imposible
emplazarlo para la contestación de la demanda, y es así como en todos los
Códigos de Procedimientos civiles se encuentra un trámite especial para lle
var a cabo la formalidad del emplazamiento.

Se pueden establecer dos casos de ausencia procesal, pero siempre
tomando en cuenta que es como acto previo a la demanda o es decir, que -
es un requisito de viabilidad o validez procesal para ejercer el derecho
de demandar y nunca referirse a los casos de rebeldía o acuse de rebeldía
porque esto se dá en el juicio y no en su antesala que es precisamente a
lo que se refieren los actos previos a la demanda, así se establecen: a)
muerte presunta y b) ausentes no declarados.

En primer caso, se establece a través de una situación física del
agente o sea el desaparecimiento de una persona que no deja razón ni hue-
llas de su paradero y que puede tener como efectos civiles de orden moral
o patrimonial afecto a terceras personas, por lo que es necesario e impe-
rioso regular estas situaciones, el caso de su estado civil de fallecimiento
o defunción de donde surge el derecho de herencia o la institución sucesión
por causa de muerte y el segundo de orden patrimonial en cuanto a los acree
dores de ese haber patrimonial, entonces nos enmarcamos dentro de la nece-
sidad de esa regulación jurídica, y como acto necesario o de viabilidad es
necesario establecer la muerte presunta que se verifica por sus tres grados:
1) de mera ausencia, 2) posesión provisoria y 3) posesión definitiva; decla
rada una vez se puede demandar o ejercer propiamente las acciones contra -
sus sucesores. Este caso es en materia mercantil de mucha aplicabilidad
ya que las personas vinculadas en el comercio que se encuentren en la si-
tuación en estudio se resolvería la problemática en ese sentido, pero con
la consecuente discrepancia, que la teoría moderna mercantil a buscado la

agilidad procesal y a reducido todos los actos procesales a lo más mínimo, por ser el comercio pura agilidad, pero en el caso, la situación sería muy complicada a su naturaleza, es decir que el trámite en estos casos es muy largo en la ausencia por muerte presunta.

Decretada la posesión definitiva se abre la sucesión según las reglas generales (artículos 89 y 90 C.) ; los poseedores definitivos, al igual que los provisorios, representan a la sucesión legalmente, teniendo a su cargo la administración de los bienes de la misma, pero sin las restricciones en cuanto a la enajenación a que están sujetos los provisorios, artículos 10 y 429 Código de Comercio.

B- Ausentes no declarados artículo 141 Pr.

El artículo en referencia dice: " Si se intentare la demanda contra un ausente no declarado que se halle fuera de la República o cuyo paradero se ignora, y que no se sepa que ha dejado procurador u otro representante legal, se preparará el juicio pidiendo previamente, y por escrito, el nombramiento de un curador especial, probando sumariamente las circunstancias antes dichas.

Si la demanda hubiere de intentarse contra una persona jurídica que por cualquier motivo carezca de representante legal en la República, se preparará el juicio, nombrándosele a instancia de la parte actora un curador especial que la represente, probando sumariamente la antedicha circunstancia.

Antes de la recepción a prueba a que se refieren los incisos anteriores, el Juez deberá ordenar la publicación por tres veces consecutivas en el Diario Oficial y en dos periódicos de mayor circulación en la capital, que - - aquél designe, de un aviso que indique la solicitud y prevenga que si el ausente tuviere procurador o representante legal, se presente éste y dentro de quince días después de la última publicación, compruebe dicha circunstancia . "

La disposición legal transcrita nos presenta tres casos:

- 1) el de los ausentes no declarados que se encuentran fuera de la República;
- 2) los ausentes cuyo paradero se ignora, no sabiéndose si ha dejado procurador o representante legal; y
- 3) la persona jurídica que carezca de Representante Legal.

Acá la disposición legal no trata los ausentes declarados, y entonces, se resuelve a través de los artículos 473 C y siguientes, que se refieren a la curaduría de bienes del ausente y los artículos 853 y 854 procesal civil, que regula el trámite procesal para declarar ausente a una persona y nombrarle un curador que administre sus bienes.

Pero el artículo 141 Pr. se refiere a los actos previos a la demanda, por lo que se establece que como requisito de viabilidad procesal para demandar es necesario cumplir con este acto previo o requisito de validez procesal; vamos pues que este se aplica cuando no se sabe que el ausente haya dejado procurador y otro representante legal conocido, pues en caso contrario se aplica el artículo 219 Pr. y se debe emplazar a su procurador o representante legal, por lo tanto, una norma se complementa a la otra, en su caso particular, es decir, que el artículo - 141 Pr. se aplica cuando no se sabe que el ausente ha dejado procurador o representante legal y el artículo 219 Pr. cuando se conoce o se sabe que ha dejado procurador o representante legal, lo que indica la armonía existente entre los dos artículos.

En materia mercantil, esto tiene una aplicación más reglamentada en cuanto a que antes no existía registro de poderes pero ahora con la vigencia del Código de Comercio, se creó el registro de poderes que tienen cláusulas mercantiles o que con ellos se quiera tramitar o recoger documentos mercantiles, por lo que es fácil constituirse a dicho registro y poder establecer la existencia de un procurador de una persona ausente no declarada, lo cual a su vez redundará más en la aplicación del artículo 219 Pr., con el consiguiente problema, que a falta de conocimiento de aplicación de demandas mercantiles contra ausentes no declarados no puedo establecer el criterio de los tribunales de comercio en el caso de que establecieren como condición para poder interponer una acción de carácter mercantil, que los poderes de los demandados estuvieren inscritos en el Registro de Comercio, así toda persona comerciante que constituya Apoderado sería como principio de validez para representar que ese poder estuviera inscrito, por lo que se cumpliría en materia mercantil con el principio de agilidad o aceleración que es de su propia naturaleza, pero aún como no es regla general y no hay criterio determinado ni jurisprudencia sobre ello, se está a lo ordenado por la norma legal examinada artículo 141 Pr. en cuanto se aplique en materia procesal mercantil.

No entraré a examinar el caso práctico del artículo 141 Pr. en muestros Tribunales, por no estar de acuerdo con su aplicación, ya que siempre se ha aceptado en los tribunales que con la interposición de la demanda se pide al Juez el procedimiento para el nombramiento del curador del ausente no declarado; pero entonces nos encontramos lógicamente - que ya no sería un acto previo a la demanda, sino una parte procesal de la demanda o sea materialmente debe presentarse la demanda, y creo que la situación jurídica que refiere el artículo 141 Pr. es acto previo -- " antes de presentar la demanda " sin el cual no se puede presentar, por

lo antes expuesto en mi criterio que no debe presentarse el trámite de este acto en la demanda, sino que debe ser un requisito de validez para poder interponer la demanda, y nunca debe darse como justificación - en su procedimiento, que siguen los tribunales, el de Economía Procesal.

C- Secuestro preventivo de Bienes

El Código de procedimientos civiles establece en sus artículos 142 a 155, la regulación sobre el secuestro preventivo como acto previo a la demanda y su forma de proceder.

El secuestro preventivo es una forma de garantía que el actor solicita al Juez competente para garantizar o salvaguardar su derecho contra el deudor que maliciosamente quiere ponerse en insolvencia o insuficiencia de pago.

El insigne jurisconsulto Doctor Eduardo Pallares en su obra " Diccionario de Derecho Procesal Civil ", nos habla de medidas o providencias precautorias que comprenden entre nosotros los actos previos, los cuales pueden ser dos: el arraigo y el embargo precautorio, en cuanto el interés de este punto, sólo trataremos el embargo precautorio, el cual dice el autor, está sujeto a las siguientes normas " a) puede pedirlo quien va a intentar una acción real o personal; b) se puede pedir contra la persona que va a ser demandada o contra sus representantes; c) la necesidad de la precautoria consiste en que: 1º haya temor de que se oculten o dilapiden los bienes sobre los cuales va a ejercitarse la acción real; 2º - - cuando , tratándose de acción personal, el deudor no tuviere otros bienes que aquellos cuyo embargo se solicita, y haya temor de que los oculte o enajene. Cabe decir respecto de este requisito, que los tribunales han interpretado mal la ley porque siempre exigen prueba de que en efecto, el demandado va a ocultar o dilapidar los bienes. El Código no exige esa prueba, lo que debe existir es " el temor " , cosa distinta de la ocultación o dilapidación misma; d) el embargo puede ser decretado tanto como acto anterior al juicio y como providencia dentro del juicio " (1)

(1) " " " Autor Pallares Eduardo, Obra Diccionario de Derecho Procesal Civil, página 657 , 7a. Edición, Editorial Porrúa, S/ A. México 1973 . """"

Como se vé los tratadistas de materia procesal civil establecen esta clase de medida precautoria o cautelar que es propiamente un aseguramiento de los bienes litigiosos, ante las circunstancias que analiza el artículo 142 Pr., como única consecuencia la variación de sus procedimientos.

Nuestra posición doctrinaria concuerda con la orientada a través de sus autores.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles en su artículo 142, reza; " Puede también preceder al juicio el secuestro de bienes muebles o inmuebles a petición de parte, en los casos siguientes:

- 1o) Cuando reivindicándose una cosa corporal hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor;
- 2º) Cuando el deudor pretenda sustraer o enajenar el todo o la mayor parte de sus bienes;
- 3º) Cuando sea extranjero no domiciliado en el país;
- 4º) En el caso del artículo 905 C.
- 5º) Cuando al practicarse inspección por delegados de la Auditoría General de la República o del Tribunal Superior de Cuentas (hoy Corte de Cuentas de la República), en la contabilidad de los - funcionarios que de conformidad con la ley manejen fondos o valores del Estado, se hallaren faltantes cuyo monto sea superior al de la cantidad afianzada para garantía del Fisco, debiendo limitarse al secuestro, en este caso, hasta esa cantidad faltante determinada en la certificación a que se refiere el inciso 2º del - artículo 146 de este Código más los accesorios de Ley. El secuestro podrá dirigirse, a la vez, contra los bienes propios del funcionario responsable y contra los del fiador . "

El primer numeral del artículo en comento lo confirma el artículo 903 del Código Civil, con el cual se complementa para su correcta aplicación en este caso, por lo que unicamente se refiere a cosas muebles.

Este caso es de muy fácil aplicación en materia mercantil, porque los bienes corporales que forman parte del patrimonio de determinada - persona se encuentran asegurando sus relaciones mercantiles, y así pueden estos asegurar una deuda, porque todo comerciante se encuentra dentro de esa actividad mercantil de comprar y vender, y en un momento dado puede representar un peligro para sus acreedores, quienes tienen que estar protegidos por medidas cautelares, como es el secuestro preventivo como acto previo a la demanda; el Código de Comercio a diferencia del - Civil, protege a los acreedores en el sentido que se considera a la Empresa como cosa mueble, por lo que es de fácil aplicabilidad este caso en estudio.

Los numerales 1) - 2) y 3) del artículo 142 Pr. tiene perfecta aplicación en materia mercantil, ya que como consecuencia fundamental se tiene la forma de protección de toda la actividad mercantil con la siguiente protección de que todos los actos mercantiles que tiene como consecuencia a referencia a terceros deben de inscribirse en el Registro de Comercio, quien constituye para todos un registro público y únicamente por su registro nace como válido el acto o contrato; no obstante, también todos los comerciantes se encuentran registrados a través de la obligación de obtener su matrícula de Comercio, por lo tanto es timo que en materia mercantil es más fácil la aplicación de estos numerales que en materia civil.

El numeral 5º del artículo 142 Pr. no tiene ninguna aplicación propia en materia mercantil, ya que sale de la figura mercantil la relación existente entre el Estado y el funcionario, por lo que es propia de la materia civil y aquí está establecido únicamente por celo a la administración de los fondos públicos.

El modo de proceder para la obtención del secuestro preventivo de bienes lo encontramos en el artículo 143 al 154 Pr., lo que perfectamente es aplicable en toda su extensión a materia procesal mercantil.

Nos encontramos luego en la aplicación del artículo 155 Pr., que reza: " Puede también pedirse el secuestro durante el curso del juicio, en los casos del artículo 142 " . Esta disposición legal creo que no debería estar plasmada en el Título III de este Código que trata de los actos previos a la demanda, ya que de su contexto se establece que se refiere al juicio y no a acto previo a él, por lo que es diferente al caso en estudio; sin embargo en el juicio ejecutivo no se daría, ya que es propio de este sistema que al entablar la demanda su acto procesal siguiente es el embargo o secuestro, pero para ello es necesario unas situaciones jurídicas que pongan al acreedor en la condición de poder exigirle el cumplimiento de la obligación al deudor.

El secuestro en materia mercantil es a todas luces provechosa, ya que viene a dar mayor seguridad al cumplimiento de obligaciones y que una vez el deudor se ponga dentro de los casos examinados, el acreedor puede inmediatamente proceder al juicio mercantil con el secuestro o embargo de bienes como medida precautoria y salvaguardar así su patrimonio.

Asimismo el modo de proceder para llevar a cabo el secuestro es aplicable en materia mercantil, con lo complementario que cuando se trate de bienes muebles regidos por el Código de Comercio y que son de obligación su inscripción en el Registro, deben de anotarse los embargos, esto complementa el artículo 151 Pr., 469 Inc. 3º Com. y 476 No. III Com y las demás situaciones jurídicas como son las pruebas, la fianza y los efectos del secuestro son plenamente aplicables en materia mercantil.

Otro acto previo a la demanda, es el que trata los artículos 156 al 159 Pr., y es la Exhibición de Documentos.

El artículo 156 Pr. Dice: " Toda persona tiene derecho para pedir que otra exhiba, ante el Juez Competente, los documentos públicos o privados o bienes muebles que necesite para preparar una acción, o para defenderse de la intentada contra él.

Esta exhibición podrá también pedirse por cualquiera de las partes en el curso del juicio o por un tercero que se presente como opositor. De los documentos exhibidos se tomará razón en el juicio a solicitud de parte. "

Según el estudio de este artículo nos presenta dos formas de aplicación, una como acto previo a la demanda que necesite para preparar una acción, y la otra, que podrá pedirse la exhibición en el curso del juicio.

Por lo que examinaremos únicamente el acto previo por su naturaleza, o sea para preparar su acción; esta circunstancia nos lleva al hecho de que para efectos de intentar o preparar la acción contra el reo es necesario ciertos documentos, públicos o privados o bienes muebles, que se encuentran en su poder pero por celo de la justicia estos casos están -- plenamente previstos en esta parte del Código de Procedimientos Civiles, los cuales sin lugar a duda dan al actor la forma de verificar dicha exhibición para preparar su demanda contra el reo, y así ha llegado nuestro legislador a regular la exhibición forzosa de documentos, estableciendo sanciones a la parte que no cumple.

El mismo artículo nos habla también de que procede la exhibición " para defenderse de la intentada contra él " ; este caso no interesa en este estudio, por no ser un verdadero acto previo a la demanda, sino que se dá dentro del proceso seguido contra el reo.

Los modos de proceder para la exhibición de documentos o bienes muebles, lo encontramos en los artículos 157 , 158 y 159 Pr. que respectivamente dicen: " la persona de quien se exijan los documentos o cosas muebles, deberá presentarlos al Juez si los tuviere, y no teniéndolos, cumple con manifestarlo así, o con dar razón del lugar donde se hallen, o de la persona que los tenga, si lo supiere.

Pero si esto no fuere cierto, pagará dicha persona a la parte contraria, las costas, daños y perjuicios que le haya ocasionado. "

15^o Pedida la exhibición, el Juez dará audiencia por cuarenta y ocho horas a la parte contraria; sino fuere evacuada dicha audiencia, se tendrá desde luego por renunciada y se decretará la exhibición. En caso de que se evacúe dentro de aquel término, se resolverá el artículo si la cuestión fuere de puro derecho, o si fuere de hecho se recibirá la prueba por ocho días improrrogables, concluidos los cuales, sin otro trámite se resolverá lo conveniente " .

"Al decretar el Juez la exhibición fijará un término prudencial para que se verifique. Si concluido el que se designe no cumple la parte obligada, el Juez, a petición de la contraria, la condenará a indemnizar los daños y perjuicios que cause la falta de exhibición".

La forma de proceder presenta tres modalidades:

- 1º Cuando se pide una exhibición, el Juez debe conferir audiencia por cuarenta y ocho horas a la parte contraria y si no fuere evacuada, nuestra Ley presume que la parte tiene los documentos y le ordena su presentación;
- 2º También puede suceder que la parte contraria conteste la audiencia manifestándole al Juez que considera que a pesar de tener efectivamente los documentos, no tiene obligación legal alguna de presentarlos;
- 3º Si la cuestión fuere de hecho, se recibirá a prueba por ocho días improrrogables, después de los cuales se resolverá lo conveniente.

Examinando lo anterior se establece que el Juez tiene a su prudente arbitrio fijar dos circunstancias, una en cuanto el tiempo prudencial para cumplir la exhibición de documentos y la otra, en cuanto al incumplimiento del obligado la de condenarlo al pago de los daños y perjuicios ocasionados, teniendo para ello la base probatoria que debe darle el actor al Juez para que le sirvan de elementos en la condena.

Así el examen verificado de dichas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles es completamente aplicable a materia mercantil, ya que en esta rama es donde constantemente se están elaborando documentos en que se hacen constar todas las relaciones jurídicas mercantiles aún los libros contables en donde se asientan dichas operaciones.

No obstante, en este campo cabe analizar que hoy en día nuestra materia mercantil tiene una facilidad grande en la aplicación de reclamación de derechos, pues a través de la promulgación del Código de Comercio vigente y sus respectivas leyes mercantiles, se obliga que ciertos actos o contratos para surtir efectos legales contra terceros, deben estar inscritos en el Registro de Comercio, en donde redunda más prevechosa la preparación de una demanda mercantil, porque el campo de exhibición de documentos públicos y privados, han quedado reducidas en su mayoría por los documentos auténticos.

e) LA ACECHANZA.

El artículo 160 Pr. se refiere a la acechanza y dice: " Cuando una persona que tiene que ausentarse recela que otro acecha el momento de su partida para estorbárselo moviéndole pleito, podrá presentarse al Juez que debiera conocer de la demanda, para que desde luego se le ponga esta; y el Juez dará traslado de la petición a la parte contraria por tercer día, y con lo que conteste o en su rebeldía resolverá dentro de los tres días - siguientes lo que corresponda, señalando en su caso el término de ocho días para que el demandado entable su acción, se pena de que si no lo hiciere - así, no se dará curso a su demanda, sino hasta que la otra parte vuelva de su viaje ".

Con la acechanza se pretende combatir la conducta de aquellos que con el fin de estorbar el viaje de una persona, le promueven juicio para lograr tal fin. La existencia de este acto previo se justifica en aquellas legislaciones en que es forzosa la concurrencia personal del demandado en el proceso y que desconocen instituciones jurídico-procesales como la declaratoria de rebeldía y la procuración.

Creo que el estudio de este acto procesal no tiene su razón de ser y su inaplicabilidad es suficientemente conocida en nuestro tribunales, y no obstante ello, nuestros jurisconsultos siempre le han negado su existencia, la misma doctrina procesal raras veces la incluye y cuando lo hace es para criticar las legislaciones que contemplan esta situación jurídica.

Por lo expuesto no le daré ningún estudio a este tema porque creo en su ineficacia en la aplicación como acto previo en la Ley de Procedimientos - Mercantiles.

Los casos contemplados pueden facilmente resolverse a través de la procuración lo que confirma el artículo 219 Pr.

f) LA JACTANCIA

El artículo 161 Pr., regula la jactancia, y dice: " Cuando alguno se jactare de que otro le es deudor o responsable de alguna cosa o acción, puede éste pedir que aquel formalice su demanda. El Juez dará traslado de su solicitud por tres días a la parte contraria: si éste en su contestación niega la jactancia, se abrirá el juicio a prueba por ocho días. Sino la - niega o si la confesare, el Juez le ordenará que dentro de ocho días perentorios proponga su demanda en la forma debida; interpuesta se substanciará según la naturaleza de la acción; pero sino se interpone en el término fijado,

el Juez, a petición de la otra parte, impondrá el jactancioso perpetuo silencio con condenación de costas; lo mismo hará en el caso en que, - negada la jactancia, se justificare, entendiéndose que el perpetuo silencio implica en todo caso la prohibición de intentar la demanda en lo sucesivo ".

La palabra jactancia es una voz derivada del latín " Jactantia " que significa alabanza propia, desordenada y presuntuosa. Según manifiesta el autor Uruguayo don Rafael Gallinal, los orígenes de la jactancia se remontan al derecho romano y se permitía su uso aquellos manumitidos a quienes se les negaba la condición de tal, con el fin de que pudiera desafiar al jactancioso para que justificare esa pretensión.

La jactancia puede llevar perjuicios tanto de orden patrimonial como moral, así en el primer caso sería el de una deuda y en el otro el de -- atribuir falsamente la calidad de hijo.

La regla general es que nadie puede ser obligado a mostrarse actor, pero su excepción la encontramos en el artículo en estudio, artículos 14 y 161 Pr.

La jactancia, en cuanto a los efectos que produce ha sido criticada como un procedimiento injusto que atenta contra el derecho sustantivo y - además sus términos son tan cortos para preparar una acción, así se ha llegado a decir que este procedimiento de la jactancia puede ser sustituido - por el de la acción de daños y perjuicios.

En cuanto a ello mi criterio es de acorde al que sustenta el Dr. - Jesús Rafael Funes Araujo, ya que es una situación muy atinente a los casos que plantea la norma jurídica y los Códigos modernos siempre la contemplan dentro de sus procedimientos especiales o actos previos, porque es necesario regular los perjuicios que se cause por el jactanciosos, a la solvencia moral y patrimonial de la persona; pero la enmienda propugnada a dicha disposición legal sería en el sentido de ampliar sus plazos de conformidad al derecho sustantivo a que se refiera y nunca su derogación ni cambio por el sistema de la acción de daños y perjuicios por ser un procedimiento complicado.

El perpetuo silencio, señala concretamente el artículo 161 Pr., implica en todo caso la prohibición de intentar la demanda en lo sucesivo; pero - por otra parte, nuestra Ley no deja desamparado al jactancioso, pues puede interponer tanto el recurso de revocatoria, como el de apelación de la providencia que lo condena a perpetuo silencio, lo cual lo confirman los artículos 426 y 984 Pr., Inc. 3º , este artículo se aplica en lo que dice: " Que se concede apelación en ambos efectos de las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios haciendo imposible su continuación, " el término juicio está tomado en un sentido amplio, tomando para el caso en estudio a lo que se refieren en los actos previos.

El perpetuo silencio involucra para el demandado una excepción de ineptitud de la demanda, porque hay caducidad de la acción para el jactancioso.

La jactancia, en materia mercantil es plenamente aplicable y creó que en este derecho moderno es donde más cabe, ya que está dirigida contra el que crea en una persona una esfera de desconfianza en la relación mercantil, y como consecuencia su campo se puede ver reducido en sus operaciones, por ello esta disposición es propia de la materia mercantil y es donde debe de dársele la importancia necesaria.

Los procedimientos contemplados en el artículo 161 Pr. en nada contrarían con los contenidos en materia mercantil, asimismo el efecto que produce o sea, el perpetuo silencio, con la consecuente agregación, que - en materia mercantil debería de dársele al actor una satisfacción pública, ya que el comercio necesita de una confianza personal que lo hace agilizar.

Por lo tanto la norma del artículo 161 Pr., es aplicable en todos - sus extensiones a la materia mercantil.

Los autores procesalistas, como Guillermo Cabanellas y Eduardo Palla res, consideran la jactancia en cuanto a su definición y efectos igual a - la consignada en nuestra legislación procesal.

g) PRUEBAS QUE PUEDEN PERDERSE

El artículo 162 Pr. dice: "Cuando pudiere perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad, o tuviere que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración, con citación contraria, y será firme y valedera; pero si la otra parte estuviere ausente del lugar del juicio se recibirá la declaración con citación del Sindico Municipal, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el término de prueba si estuviere presente, con la citación contraria, para que surta la declaración su efecto legal.

Con la misma citación del Sindico Municipal se procederá cuando hubiere que sacar testimonio o copia de algún instrumento, si no hubiere parte interesada conocida.

En los mismos casos determinados en el inciso 1º de este artículo, pueden las partes pedirse posiciones antes de entrar en el juicio; y en este caso, se procederá conforme a lo dispuesto respecto de la prueba por confesión en la sección 6º, Capítulo IV, Título IV de este Código, haciéndose precisamente citación personal al que deba absolverlas, y limitando las posiciones al interrogativo que se presente, sin poder hacer preguntas".

El Legislador al plasmar esta situación en nuestra materia en estudio, se aparta totalmente del acto previo a la demanda, como requisito necesario de validez procesal, o sea que estas situaciones contempladas establecen a las partes formas de proteger las pruebas necesarias en el proceso que propongan en determinado momento y sino fuese por ello, las partes que no pudieron realizar estas situaciones, tendrían que ser condenadas y perder así sus derechos, por ser imposible recoger posteriormente estas pruebas.

Así, para la complementación de las pruebas, conforme al artículo en estudio, encontramos que el artículo 242 Pr. nos dice: "Las pruebas deben producirse en el término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el Juez que conoce de la causa y por su requisitoria, pena de no hacer fe. Se exceptúan los casos expresamente determinados por la Ley".

Entonces se establece que con esta disposición el Legislador le dió validez a la forma de recoger pruebas en un momento determinado y antes de incoar la demanda contra el reo o preparar la defensa por parte de éste.

El Legislador en el artículo 162 Pr. estableció, cualquier clase de prueba, así dice: "Cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese una persona anciana, etec.," por lo que no debe entenderse que nuestra ley

únicamente se refiere a las pruebas documental, testimonial y confesión; por lo que no debe entenderse taxativamente, sino que aquí seña la algunos casos.

La forma de concesión del derecho a las partes para solicitar se reciban las pruebas, como la condición de su validez, está acorde con los principios generales que rigen la prueba y la aplicación del artículo 162.

En el artículo 162 Pr., se refiere a la forma que debe seguirse para obtener la prueba testimonial, la documental y el caso de posiciones, tienen plena validez para el juicio y la última aunque se aparta de la regla general según la cual la confesión es válida cuando se hace en juicio, pero por las razones expresadas en el artículo 162 Pr., señalan este caso especial, pero su forma de proceder se remite a las reglas generales con la salvedad que en este caso no se hacen preguntas al que absuelve las posiciones, por lo que se limita al interrogatorio, es decir, no se puede repreguntar por las razones de que no existe conocimiento del hecho en toda su extensión, o sea no hay pruebas que le den al Juez un conocimiento de las pretensiones del actor, lo que si se cumple en el juicio por lo que es sujeta esta prueba a ratificación dentro del proceso.

El artículo 162 Pr. en estudio establece como acto previo a la demanda situaciones jurídicas que se presentan antes del juicio, pero que por circunstancias especiales procesales no se ha iniciado, por lo que la ley le da protección al demandante o demandado, a través de dicha disposición para que recojan las pruebas a las que les dá plena validez; con ello se establece la protección al derecho y en lo que establece su aplicación de esta disposición a la materia mercantil, es plenamente aplicable y aún más en esta rama del derecho, es donde tendría mayor campo de aplicación y protección las partes, por ser este derecho de mayor aplicación en el quehacer comercial, donde con mayor auge cobra diariamente las relaciones jurídicas entre las personas y su esfera debe estar con mayor celo protegida por la ley.

Los comentarios sobre la aplicación, forma procesal y validez son los mismos verificados anteriormente al artículo 162 Pr., por lo que me remito a ello y propugno su aplicación práctica en este campo mercantil.

h) LA CONCILIACION

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, regula ampliamente la conciliación, en los artículos 164 al 189 .

La conciliación está tratada en el capítulo II del Título III del Código de Procedimientos Civiles, como un acto previo a la demanda, pero en su estudio a través de las disposiciones legales antes mencionadas, vemos que la naturaleza del acto previo varía, en el sentido que los anteriores se refieren a formas de prepararse el actor o reo, para entablar una demanda o cumplir con un requisito de validez procesal para incoar la demanda, pero aca la conciliación, es una forma de dar por terminado un derecho que se tiene por lo que ya no se ejercitara o interpondra la demanda o puede ser, que a través de la conciliación, nazca un derecho del cual no se tenía medios formales para exigirlo.

La aplicación de la conciliación en las diferentes ramas del derecho ha tenido aplicaciones especiales, tanto en materia laboral civil y administrativa, así los autores, como Eduardo Pallares, en su obra " Diccionario de Derecho Procesal Civil " , nos dice: " Que el diccionario - define la conciliación como la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disientes acerca de sus derechos en un caso concreto, y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra " ; manifiesta el autor, que la definición anterior no es exacta porque puede haber conciliación cuando las dos partes quieran demandarse mutuamente y no sólo una de ellas lo pretenda hacer y porque algunas legislaciones permiten las diligencias de conciliación, aún ya promovido el juicio. Así también, debe diferenciarse lo que distingue la conciliación de la transacción; para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a los derechos y pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio, tiene lugar también cuando - una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesitar la intervención jurisdiccional del conciliador ". (1)

(1) Pallares Eduardo obra citada, página 167 y 168 .

El Maestro Licenciado Guillermo Cabanellas, en su obra Diccionario de Derecho Usual, dice: " La Conciliación Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación que también se denomina Juicio de Conciliación procura la transigencia de las parte, con objeto de evitar el pleito - que una de ellas quiere entablar. No es en realidad un juicio, sino un acto, y el resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso, las partes se avienen; en el segundo, cada una de ellas queda - en libertad para iniciar las acciones que le correspondan.

Sus efectos son, en caso de avenirse las parte, los mismos de una sentencia, y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido " . (1)

El artículo 164 Pr. nos dice: " La conciliación es un acto preparatorio para el juicio, que tiene por objeto evitar el pleito que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan, o que transijan y comprometan en árbitros o arbitradores el asunto que da motivo - a él.

De lo expuesto por los autores mencionados y por la disposición legal antes citada, /se establece que la conciliación no es un verdadero acto previo a la demanda como requisito de viabilidad procesal, sino que es una forma especial por medio de la cual se evita un pleito, por ende no se entabla la demanda; o se compromete el pleito a árbitros o arbitradores; creo que por ello la teoría moderna establece que la conciliación es un procedimiento especial para evitar el pleito o juicio, porque sin él, en los casos que la Ley no lo exija, se puede entablar - la demanda, por lo que no es el requisito necesario para la válida interposición de la demanda.

La forma procesal que estipulan los artículos 168 a 189 Pr. no tiene objeto de examen en este estudio ya que a su vez su contexto es - bien claro y determinado.

La conciliación en materia mercantil es prodigiosa y debería ser - tratada en un apartado especial para la válida terminación o reconocimiento de derechos que por consecuencia de los actos de comercio que se suscitan continuamente a través de la confianza y credulidad económica que - este acto requiere, necesita una protección especial con un procedimiento especial, en la ley de procedimiento mercantil.

(1) Cabanellas Guillermo - Diccionario Derecho Usual, Tomo I - Página 449, Editorial Heliesta S. R. L. 7a. Edición.

Los actos previos en la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Además de los contemplados en el Código de Procedimientos Civiles, en materia mercantil existen actos cuya realización es impostergable, y a ellos se refiere el capítulo IV de la Ley de Procedimientos Mercantiles. Tales actos son: la exhibición de objetos que comprueben la competencia desleal; la orden provisional de cese de los actos de competencia desleal; la firma del ejemplar repuesto de un títulovalor en el caso de negativa; el ejercicio del derecho de retención a que se refieren los artículos 957 y 958 del Código de Comercio, y el requerimiento para contratar, cuando rehusarse constituya un acto ilícito.

Para cada uno de los actos indicados en la parte final del párrafo anterior, se ha señalado un procedimiento especial, y ningún comentario se hace sobre ello, ya que las formas de proceder en los casos expresados, se justifican por razones obvias.



CAPITULO II

EXHIBICION JUDICIAL DE LOS OBJETOS QUE COMPRUEBEN LA COMPETENCIA
DESLEAL.

- 1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA
- 2º LA COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA MERCANTIL.
ACTOS QUE LA CONSTITUYEN.
- 3º PRUEBA DE COMPETENCIA DESLEAL.
- 4º CASO DEL INCISO PRIMERO DEL ARTICULO 493.
CODIGO DE COMERCIO. FORMA DE PROCEDER.

XXXXXXXXXX

II. EXHIBICION JUDICIAL DE LOS OBJETOS QUE COMPRUEBEN LA COMPETENCIA DESLEAL.

1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA

Competencia desleal .- La esfera jurídicamente protegida por in termedio de la acción contra la competencia desleal abarca por igual la explotación comercial o industrial de la empresa que le sirve de base y de medio e independientemente de la protección jurídica de los elementos heterogéneos que la componen, considerados en su individualidad. Los titulares de los derechos de competencia desleal están protegidos jurídicamente no en atención al trabajo que realizan dentro de la empresa, sino simplemente por disponer legítimamente de la empresa, no de otro modo que el derecho de propiedad garantiza el goce de la cosa, sea ésta o no fruto de la actividad laboral del propietario.

No podemos dejar de reconocer que en la misma forma que la teoría del abuso del derecho protege intereses patrimoniales y hasta derechos específicos, como el de la propiedad del vecino perturbado por la acción abusiva de su colindante, así también la acción de competencia desleal protege el interés patrimonial del comerciante competidor y, particularmente, su instrumento de trabajo, representado por su empresa. Desde que no se concibe hay ejercicio de la actividad comercial sin organización, y por consiguiente, sin fondo de comercio, todo lo que perturbe al empresario en su actividad repercute en su patrimonio empresarial, afectando la integridad económica de su establecimiento. La acción de competencia desleal que controla estos actos viene a constituir, un instrumento de protección de la empresa, pero ello no significa de ninguna manera que pueda considerarse vinculada en sus bases y en sus fundamentos a la defensa exclusiva del derecho sobre la misma, como puede serlo la acción reivindicatoria o las acciones posesorias frente al dominio.

En realidad esa protección se refiere normalmente a la integridad material de la empresa, que tiene en la ley su protección debida; ni siquiera a la competencia lícita de la actividad, sino a la desleal, o sea a los actos de competencia contrarios a la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres.

2º LA COMPETENCIA DESLEAL EN MATERIA MERCANTIL. ACTOS QUE LA CONSTITUYEN

Sobre esta materia su doctrina se construye sobre las disposiciones generales relativas a la actividad ilícita. Decir que las buenas costumbres son las infringidas cuando se habla de competencia desleal, es insuficiente, porque las buenas costumbres lo que hacen es proteger algo y ese algo es el derecho cuya protección constituye la médula del sistema de la competencia desleal. Parece que ese derecho no es otra cosa que el aviamiento. No se comprendería la competencia desleal sino se piensa en la armonía de los diversos elementos que han sido coordinados para el cumplimiento de un fin; la competencia desleal lo es, porque infringe el derecho del propietario al aviamiento. La protección contra los actos de competencia desleal protegen el interés del titular de la hacienda a lo que puede llamarse su cohesión o compacidad.

En este sentido puede decirse que la competencia desleal supone necesariamente un acto desviatorio de la clientela, pues es en el público que acude a obtener mercancía o servicios de una empresa donde claramente se exterioriza el aviamiento.

Así ha podido decirse que la competencia desleal supone actos de concurrencia desviatorios de la clientela y que éstos son los que de un modo o de otro hacen que la demanda afluya hacia un concurrente distinto de aquel al que acudiría según las tendencias naturales. Estas tendencias naturales no son otras que las de adquirir los productos o servicios en las mejores condiciones por cuanto a su precio o calidad.

Es evidente que no todo acto desviatorio de competencia es desleal, sino aquellos que suponen una intención fraudulenta, o que van más allá de lo que el sentido moral medio consciente o autoriza.

LOS ACTOS QUE CONSTITUYEN LA COMPETENCIA DESLEAL

Los actos que constituyen la competencia desleal, pueden ser, según se realicen frente al público en general y en perjuicio de todos los demás concurrentes; o en contra de un concurrente determinado, aunque sin infringir normas contractuales que con él lo ligen, o en relación con un concurrente determinado, pero infringiendo determinadas convenciones establecidas con él.

Los actos desviatorios realizados frente al público en general, en perjuicio de todos los demás concurrentes, cabe mencionar, especialmente las falsas indicaciones de origen o de calidad.

Los actos desviatorios frente a un comerciante determinado, aunque sin infringir pactos establecidos con el mismo. Serían estos los relativos a uso indebido de nombres, marcas y patentes.

Actos desviatorios realizados contra un comerciante determinado con infracción de pactos establecidos con el mismo; o sea violación de pactos de no competencia; y esto es frecuente en la práctica que un comerciante, al vender su empresa o establecimiento, se comprometa a no ejercer la misma actividad comercial en una zona determinada para no competir con su comprador al frente de la empresa i establecimiento -- enajenados.

En las sociedades mercantiles, los socios colectivos y los socios comanditados no pueden dedicarse a realizar actividades del mismo género de aquellas a las que se dedica la sociedad a la cual pertenecen.

En el caso de los factores y dependientes (Artículos 375-386 - Com.) el Código de Comercio establece igual prohibición en lo que atañe a la actividad del principal.

3º - PRUEBA DE COMPETENCIA DESLEAL

Las obligaciones mercantiles, en términos generales, se prueban por los mismos medios que las obligaciones civiles, con ciertas modificaciones, expresadas a continuación.

Los medios de prueba son los siguientes:

I - Instrumentos públicos, auténticos y privados.

El concepto y las reglas aplicables a la prueba instrumental en general y a cada una de sus clases, son las mismas que para el mismo tipo de prueba en asuntos civiles. No obstante ello, en derecho mercantil existen ciertos derechos y relaciones jurídicas que exigen una prueba instrumental específica, la cual sólo puede suplirse mediante la reposición del mismo documento.

II - Facturas.

Las facturas comerciales son documentos mercantiles que comprueban la compra-venta de mercaderías; debidamente aceptadas por el comprador constituyen una prueba escrita de la obligación que tienen de pagar el precio de la misma; si están canceladas, constituyen pruebas del pago del precio y de la adquisición de los bienes.

III - Correspondencia Postal.-

La cual tiene valor de documento privado, por lo tanto su fuerza probatoria se rige por las normas aplicables a los documentos de esta clase contenidas en la legislación común.

IV - Correspondencia telegráfica reconocida.

Si la correspondencia telegráfica no está reconocida solamente - tiene eficacia en caso de que se demuestre en juicio que el mensaje telegráfico en cuestión procede de aquella a quien se atribuye; cuando el mensaje telegráfico haya sido auténticado para ser presentado a la oficina transmisora correspondiente, esta circunstancia deberá hacerse notar en la copia que se entregue al destinatario; en este último caso tendrá la misma fuerza probatoria que cualquier documento privado reconocido.

V - Registros Contables.- Cuando en los diferentes ejemplares de un contrato que presentaron las partes, hubieren discrepancias, la contabilidad mercantil hará fé para derimir la cuestión, en este caso se preferirá la contabilidad llevada en forma legal.

VI - Testigos.- Las normas aplicables a la prueba testimonial son las mismas que rigen para materia civil, con la diferencia, que en materia mercantil, es admisible este tipo de prueba cualquiera que sea la cuantía

del interés que se demanda. El fundamento jurídico del criterio general sobre prueba de testigo, que se aparta de las reglas comunes en materia de prueba, se basa en la naturaleza de las obligaciones mercantiles, las cuales, por su rapidez y por la forma en que se acostumbra -- efectuarse, no permiten en la gran mayoría de los casos, preconstituir la prueba escrita.

VII - Las demás admitidos por la ley.

Hemos visto en una forma rápida la prueba de las obligaciones mercantiles que estipula el Código de Comercio en sus artículos 999 al 1003, y los artículos 30 y siguientes de la Ley de Procedimientos Mercantiles. Entonces se establece las diferentes formas de prueba que se pueden aportar para establecer la competencia desleal, a través de los actos encaminados a atraerse clientela indebidamente, sobre ello -- el artículo 491 del Código de Comercio establece algunos casos, como:

I-) Engaño al público en general, o a personas determinadas, mediante:

1º El soborno de los empleados del cliente para inducirlo a error sobre los servicios o productos suministrados.

2º Utilización de falsas indicaciones acerca del origen o calidad de los productos o servicios, o acerca de premios y distinciones obtenidos por los mismos.

3º Empleo de envases, inscripciones o cualesquiera otros medios que atribuyan apariencia de genuinos a productos falsificados o adulterados.

4º Propagar, acerca de las causas que tiene el vendedor para ofrecer condiciones especiales, noticias falsas que sean capaces de influir en el propósito del comprador, como anunciar ventas procedentes de liquidaciones, quiebras o suspensiones sin que existan realmente. Las mercancías compradas en una quiebra, suspensión o liquidación no podrán ser revendidas con anuncio de aquellas circunstancias. Sólo pueden anunciarse como ventas de liquidación las que resulten de la extinción de la empresa, del cierre de un establecimiento o sucursal o de la terminación de actividades en uno de sus ramos.

5º Efectuar realizaciones en la que los artículos puestos a la venta no lo sean a precios que impliquen una rebaja efectiva respecto a los precios anteriores.

II-) Perjudicar directamente a otro comerciante, sin infringir obligaciones contractuales para con el mismo, por medio de:

1º Uso indebido de nombres comerciales, emblemas, muestras, avisos, marcas, patentes y otros elementos de una empresa o de sus establecimientos.;

2º Propagación de noticias capaces de desacreditar los productos o servicios de otra empresa.

3º Soborno de los empleados de otro comerciante, para que le retiren la clientela.

4º Obstaculización del acceso de la clientela al establecimiento de otro comerciante.

5º Comparación directa y pública de la calidad y los precios de las propias mercancías o servicios, con los de otros empresarios señalados nominativamente o en forma que haga notoria su identidad.

III-) Perjudicar directamente a otro comerciante faltando a los compromisos contraídos en un pacto de limitación de competencia.

IV-) Aprovechar los servicios de quien ha roto sus contratos de trabajo a invitación del comerciante que le de nuevo empleo.
A este efecto, salvo prueba en contrario, la invitación se presume hecha por quien utiliza los servicios de la persona que se halla en este caso.

V-) Cualesquiera otros actos similares encaminados directa o indirectamente a desviar la clientela de otro comerciante.

42- CASO DEL INCISO PRIMERO DEL ARTICULO 493 CODIGO DE COMERCIO.
FORMA DE PROCEDER.

El caso del artículo 493 Inciso Primero, dice: " La acción podrá prepararse mediante la exhibición judicial de todos los objetos - que sean prueba de los actos de competencia desleal, o de un número - suficiente de ellos, siempre que se otorgue la caución correspondiente ."

El artículo 22 Inc. 2ª y 23 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, manifiestan o establecen los actos que debe el solicitante con su libelo de solicitud al Juez competente del acto previo a la demanda, y así dicen: " El solicitante deberá justificar su calidad de comerciante y la propiedad o cualquier otro derecho en virtud del cual explota la empresa mercantil que se dice perjudicada, así como la calidad de comerciante del autor de la competencia desleal y su propiedad o cualquier otro derecho que habilite la explotación de la empresa mercantil, por medio de la cual se realiza la competencia mencionada . "

" Recibida la solicitud a que se refiere el artículo anterior, si el Juez considera que la exhibición irroga perjuicios a la parte requerida, podrá ordenar que se caucionen tales perjuicios para el caso en que, en el juicio que después se promueva, no llegue a probarse la competencia desleal."

La parte requerida podrá, en cualquier estado del procedimiento, solicitar la caución, siempre que funde suficientemente su procedencia, a juicio prudencial del Juez.

El Juez fijará el valor de la caución, estimando prudencialmente los perjuicios que puedan causarse. La caución consistirá en cualquiera de los señalados en el artículo 61 de esta Ley.

Obtenida sentencia firma que reconozca la competencia desleal, se cancelará la caución.

En principio , analizando la disposición del artículo 493 del Código de Comercio se establece que la acción de la exhibición judicial, como acto previo, se realiza teniendo como precedente los objetos que sean prueba del acto de competencia desleal, estos objetos lo establece perfectamente bien el artículo 156 Pr., al decir: " Toda persona tiene derecho para pedir que otra exhiba, ante el Juez competente, los documentos públicos o privados o bienes muebles", o sea los que el Código de Comercio determina a través del artículo 491, por lo que consiguientemente las pruebas deben basarse para probar estos actos que son el objeto de la competencia desleal, mediante sus formas contempladas en los artículos 999 al 1003 del Código de Comercio.

Teniendo bien **determinada** la situación jurídica que da lugar a reclamar la exhibición de los objetos que prueben la competencia desleal, a través del requisito procesal que configura el acto previo a la demanda, se deben de establecer como requisitos propios de las personas del actor y reo, lo que establece el artículo 22 Inc. 2º de la Ley de Procedimientos Mercantiles, y que consisten de parte del demandante: a) su matrícula personal de comerciante _____ y b) - la matrícula de su empresa y de establecimiento, con lo que comprueba la propiedad de su negocio; y justificar además, que el demandado es comerciante y que tiene: 1) matrícula personal de comerciante _____ y 2) matrícula de empresa y establecimiento.

Probadas estas circunstancias por el demandante y la relación en su escrito de la exhibición de los objetos que comprueben la competencia desleal, el Juez competente, si considerará que la exhibición irroga perjuicios a la parte requerida, ordenará que el demandado, - caucine tales perjuicios, para el caso en que, en el juicio que después se promueva, no llegue a probarse la competencia desleal.

Según lo expuesto, el Juez podrá de oficio ordenar que el demandado caucione las resultas del juicio que después se promoviere; esta situación jurídica es propio de la materia mercantil, ya que precisamente en materia procesal civil es un gran _____, pues - devuelve mugatorio el establecimiento de los perjuicios que se ocasionan con la mala intención del demandante y el abuso que hace de la autoridad judicial; y no obstante el Juez, no estableciere la caución, la Ley le da el derecho al demandado para pedir al Juez, que requiera al demandante, ya sea en cualquier estado del procedimiento, de la -- caución a que por la ley está obligado a dar, con fundamento legal a juicio prudencial del Juez y para ello la ley le da la forma de hacer lo, y es a través de la valoración que haga de los perjuicios.

Esta fianza se tramitará de conformidad a lo establecido en los artículos 18 y 19 del Código de Procedimientos Civiles en concordancia con lo establecido en el artículo 60 y 61 de la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Después de que se cumpla con los requisitos que debe llenar la solicitud y la agregación de los documentos relacionados, se tramitará de conformidad a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles artículos 156 al 159 .

Los artículos 157 al 159 se refieren concretamente al modo de proceder.

Los artículos 157, 158 y 159 Pr. disponían lo siguiente: La persona de quien se exijan los documentos o cosas muebles, deberá presentarlos al Juez si los tuviere, y no teniéndolos, cumple con manifestarlo así, o con dar razón del lugar donde se hallen, o de la persona que los tenga, si lo supiere.

Pero si esto no fuere cierto pagará dicha persona a la parte contraria, los costos, daños y perjuicios que le haya ocasionado.

" Pedida la exhibición, el Juez dará audiencia por cuarenta y ocho horas a la parte contraria; sino fuere evacuada dicha audiencia, se tendrá desde luego por renunciada y se decretará la exhibición. En caso de que se evacúe dentro de aquel término, se resolverá el artículo si la cuestión fuere de puro derecho, o si fuere de hecho se recibirá a prueba por ocho días improrrogables, concluidos los cuales, sin otro trámite, se resolverá lo conveniente ".

Al decretar el Juez la exhibición fijará un término prudencial para que se verifique. Si concluido el que se designe no cumple la parte obligada, el Juez, a petición de la contraria, la condenará a indemnizar los daños y perjuicios que cause la falta de exhibición. "

El modo de proceder presenta sus modalidades bien definidas:

1ª Cuando se pide la exhibición el Juez debe conferir audiencia por cuarenta y ocho horas a la parte contraria y si no fuere evacuada, nuestra Ley presume que la parte tiene los documentos y le ordena su presentación. Este es uno de los casos que el silencio de la parte tiene efectos afirmativos y la sanción es impuesta por Ley, pues de lo contrario poco efecto podría tener la exhibición de documentos.

2ª Puede suceder que la parte contraria conteste la audiencia manifestándole al Juez que considera que a pesar de tener efectivamente los documentos, no tiene obligación legal alguna de presentarlos, - aquí el caso es de puro derecho, o sea que el Juez no tiene más que resolver si legalmente existe obligación o no de presentar los documentos y por consiguiente, resulta innecesario cualquier otro trámite.

3ª El artículo 158 Pr. establece que si la cuestión fuere de hecho, se recibirá a prueba por ocho días improrrogables, después de los cuales se resolverá lo conveniente. Este caso puede darse cuando a quien se confiere la audiencia la contesta, manifestando que no tiene

documentos o bien que los tiene otra persona; pues se entiende, que si se limita a confesar que los tiene, la cuestión es realmente de mero derecho y se tramitará de conformidad a lo anteriormente expuesto.

Es lógico que si se ruega la tenencia de los documentos, es necesario abrir a pruebas por ocho días para que las partes presenten las pruebas pertinentes en apoyo a sus afirmaciones, en base a las cuales el Juez resolverá definitivamente lo conveniente conforme a derecho.

Al decretar la exhibición de documentos, el Juez fijará un término prudencial para que se verifique y, en caso de incumplimiento del obligado, deberá condenársele a la indemnización de daños y perjuicios y hacerse efectivo de caución establecida para tal efecto.

.....

.....

.....

.....

CAPITULO III

LA ORDEN PROVISIONAL DE CESE DE LOS ACTOS DE
COMPETENCIA DESLEAL.

- 1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA
- 2º QUE ES UNA ORDEN JUDICIAL PROVISIONAL DE CESE DE LOS
ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.
- 3º APLICACION Y FORMA DE PROCEDER.



III. LA ORDEN PROVISIONAL DE CESE DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA

El número segundo del artículo 493 del Código de Comercio, que dice: " También podrá solicitarse, como acto previo a la demanda, la orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal, rindiendo fianza suficiente, a juicio del Juez de indemnizar los perjuicios causados, si en el juicio que se promoviere posteriormente no se estableciere suficientemente la competencia desleal " .

Esta disposición legal establece que de conformidad al artículo 21 numeral segundo de la Ley de Procedimientos Mercantiles, se puede solicitar como acto previo a la demanda " la orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal " .

El Legislador compartiendo con los fundamentos de la doctrina moderna del Derecho Mercantil, ha protegido a los comerciantes en la lealtad de sus principios de competencia leal, y así limita sus actividades dentro del marco de la ley, los usos y buenas costumbres. Así también ha sido amplio en las facultades concedidas a ellos, validando los pactos que restrinjan la actividad mercantil, pero con la condición de que sea por tiempo determinado y sin que éstas conduzcan a establecer monopolios o perjudiquen la economía nacional o derechos de terceros; así también, las violaciones a estas normas le dan derecho al perjudicado a pedir judicialmente que cese la conducta ilegal y a exigir la reparación del daño.

Entonces considero que para el caso en estudio, nos encontramos ante la situación de una conducta ilegal realizada en el mercado por un comerciante que no ha respetado las leyes que lo rigen en un determinado momento, por lo que el perjudicado en un intento de reparación del daño que se le ocasiona por la conducta ilegal de su competidor, recurre ante el Juez en demanda de cesación de esa conducta, para ello el Legislador, previendo y protegiendo las causas y perjuicios económicos que ello representa, a través de las disposiciones relacionadas, que antes de entablar la demanda correspondiente, y no obstante tener trámite breve, como es el juicio sumario, ha sido más celoso y ha impuesto a través de la norma legal descrita, que antes de entablar la demanda debe cumplirse como requisito previo el acto procesal de la " orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal " .

Con ello el Legislador, cumple con el requisito primordial que exige el comercio como es la rapidez y efectividad en la aplicación del derecho.

2º QUE ES UNA ORDEN JUDICIAL PROVISIONAL DE CESE DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

En términos jurídicos generales, orden es el mandato del superior que debe de ser obedecido, ejecutado y cumplido por los inferiores o subordinados.

Para el caso en estudio, debemos entender que para efectos -- de que el Juez de la resolución y ordene provisionalmente el cese del acto de competencia desleal, como acto previo a la demanda, lleva invítita una advertencia al demandado: que cese en esa conducta ilegal que afecta a través de sus actos al demandante; pero es necesario que para llegar a esta determinación, el Juez, exija al demandante los requisitos necesarios de su intervención como comerciante; o sea deberá exigirse su matrícula personal de comerciante y la de su empresa o establecimiento si lo tuviere, como así también la del demandado; cumplido este requisito deberá determinar cual es la conducta ilegal o el acto que le perjudica, realizado por el demandado; una vez probada la conducta ilegal, el Juez deberá calificarla y previa rendición de la caución establecida, ordenar al demandado que -- cese en la conducta ilegal que perjudica al demandante y se denomina orden provisional de cese del acto de competencia desleal; mientras -- posteriormente, se decreta en el juicio correspondiente la existencia del acto de competencia desleal y ordenará el Juez, además de la cesación de tales actos, las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y evitar su repetición, así como el resarcimiento de daños -- cuando sea procedente.

También es de notoria importancia hacer constar que la orden del Juez es señalar una conducta ilegal; la Ley advierte al Juez, que si -- a su criterio se ha cometido un hecho que pueda constituir delito, deberá certificar los pasajes pertinentes del expediente y remitirlos -- al Fiscal General de la República, especialmente la prueba vertida al respecto, para que dicho funcionario promueva la acción penal que sea procedente.

3º. APLICACION Y FORMA DE PROCEDER

La aplicación y forma de proceder de la orden provisional de cese de los actos de competencia desleal en el desarrollo del trabajo de esta tesis lo había separado en dos numerales, así:

- 3) Forma de Proceder ; y
- 4) Aplicación.

Pero en la realización de su desarrollo, lo he simplificado a un numeral, que es el que he dejado enunciado, por razones prácticas.

La aplicación del acto de competencia desleal, es regulada por la Ley a través de dos formas: en primer lugar solicitar al Juez -- competente la orden provisional de cese de los actos de competencia desleal y en segundo lugar el ejercicio de la acción principal vertida en juicio sumario, de la acción de competencia desleal.

Entonces se determina que la orden provisional, es un requisito de validez procesal, porque con la demanda debe presentarse la certificación de la resolución del Juez, que ordenó a la parte contraria que cesara en su conducta ilegal o en los actos perjudiciales, como podrían ser alguno de los enumerados en el artículo 491 del Código de Comercio.

Luego de su **aplicación** veremos la forma de proceder o sea el trámite que debe realizar el demandante.

Ante la situación perturbadora del competidor, el que se crea directamente perjudicado por la acción u omisión debe de recurrir al Juez competente y solicitarle que como acto previo a la acción de -- demanda de competencia desleal en el juicio correspondiente, ordene provisionalmente a su demandado la cesación de los actos de ilegalidad que realiza en el mercado, como establece algunos casos el artículo 491 Código de Comercio.

Pero ante todo el comerciante solicitante deberá justificar su calidad de tal, y la de su empresa o establecimiento como también la de su adversario, presentada la solicitud el Juez deberá como primera resolución ordenar que el demandante rinda la fianza, que indica el artículo 493 inciso segundo en estudio, la cual servirá para caucionar las resultas del juicio que se promueva posteriormente, sino se establece suficientemente la competencia desleal.

El juez fijará el valor de la caución, estimando prudencialmente los perjuicios que puedan causarse, y ésta podrá rendirse en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 61 de la Ley de --

IV- LA FIRMA DEL EJEMPLAR DEL TITULOVALOR REPUESTO VOLUNTARIAMENTE POR EL EMISOR

1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA

Definir los títulosvalores es una tarea que consiste en señalar de esa especie de documentos, ciertas características que le son propias, es decir, que siempre que nos encontremos con una definición de títulovalor, notamos que se dice que se trata de un documento que tiene determinadas características que son precisamente las que lo configuran. Fue Savigny, quien aparta la incorporación del derecho al título, iniciándose con esto lo que se puede llamar la construcción de los títulosvalores. Beunner, luego agrega, como característica la literalidad; y Jacobi, tomando las características anteriores, agrega para su definición la legitimación (Rodríguez y Rodríguez - Joaquín, " Curso de Derecho Mercantil ". Tomo I - página 251 y 252 Edición Octava. Edit. Porrúa, S/ A.- 1969) . Por último Vivante, al dar su definición, adiciona al concepto, la Autonomía.

Para corroborar lo anterior, veremos la definición de Julio Olivarría Avila, como bien pudiera ser la de cualquier otro autor, que dice, en su manual de Derecho Comercial, que títulovalor es " El documento necesario para permitir al portador legítimo ejercitar contra el deudor, al vencimiento, el derecho literal y autónomo de que él se da cuenta. Como explica el mismo autor, el títulovalor para cumplir debidamente su misión debe determinar por su propia redacción los límites exactos de la prestación a que se refiere, de ahí que se trate de un derecho literal que hace necesaria la existencia del documento para ser ejercitado. Además, agrega, el derecho que emana del título debe ser independiente de su relación jurídica que le dió origen y de los que se han establecido entre sus portadores sucesivos, de aquí que se incluya en la definición la Autonomía " (Oliverría Avila, Julio. " Manuel de Derecho Comercial " Tomo III Segunda Edición-Editora Jurídica de Chile - 1956)

César Vivante, es quien nos ha dado la definición más generalizada de los títulosvalores y nos dice que es " Un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo. (Vivante César. " Tratado de Derecho Mercantil " . Vol. III Traduc. por Miguel Cabeza y Arrido, Edit. Reus, S. A. Madrid 1936)

Nuestro Código Mercantil en el artículo 623, dice: " Son títulos los valores los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna " . Habíamos dicho - que Vivante, lo definía diciendo que es: " Un documento necesario - para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo". Netamos pues, que nuestro Legislador sólo cambia la palabra " ejercitar " por la frase " hacer valor " y en vez de " expresado en el mismo " dice: " que en ellos se consigna " por lo que la explicación que da - Vivante, es valedera en nuestro concepto legal.

Entre nosotros el Código establece la regulación de la literalidad en el artículo 634, que dice: El texto literal del documento determina el alcance y modalidades de los derechos y obligaciones consignadas.

La validez de los actos que afecten la eficacia de los títulos-valores, requiere que consten precisamente en el cuerpo del documento, salvo disposición legal en contrario.

La autonomía en el artículo 635, que dice: " La incapacidad de - algunos de los signatarios de un títulovalor, el hecho de que en éste aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias; o la circunstancia de que, por cualquier motivo, el título no obligue a alguno de los -- signatarios o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones derivadas del título en contra de las demás personas que lo suscriban " .

La parte de la definición que establece: " documentos necesarios" que configuran la legislación, está desarrollada en el artículo 629, que dice: "El tenedor de un título tiene obligación de exhibirlo para hacer el derecho que en él se consigna.

Quando sea pagado, debe entregarlo al pagador. Si es pagado - sólo parcialmente o en lo accesorio, debe hacer mención del pago en el cuerpo del título. En los casos de robo, hurto, extravío, destrucción o deterioro grave, se repondrá de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XIII de este Título II del Libro Tercero.

Sabemos que una de las características de los títulosvalores es - la incorporación y que ésta consiste en una íntima relación entre el - derecho y el documento que lo contiene y esto trae como consecuencia - que el titular del derecho necesita exhibir el documento para ejercitar el derecho en el consignado; y que quien no exhibe el título aunque -- sea titular o dueño del derecho no puede ejercitarlo.

Lo anterior explica la trascendencia que tiene que el titular sufra la desposesión del título, puesto que tal circunstancia lo pone en la imposibilidad de ejercitar su derecho. Aunque con una lógica estricta llegaríamos a la conclusión de que quien pierde el título, pierde como consecuencia inmediata, el derecho en él consignado; para evitar dichas consecuencias injustas, es que la Ley ha establecido procedimientos para proteger los derechos de los tenedores que sufren el extravío, el robo o la destrucción de su título. (Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de crédito " página 51, Edit. Herrero, S. A. México, D. F. Octava Edición 1966). Es pues, en virtud de no llevar la característica de la incorporación a sus últimas y extremas consecuencias que es posible hablar de reposición de los títulosvalores.

El titular puede perder la posesión de su título como consecuencia de un acto voluntario suyo o sea como resultado de un negocio jurídico, configurándose entonces lo que en doctrina se ha dado en llamar la desposesión voluntaria. Pero bien puede suceder, que la desposesión, sea hecha sin o contra la voluntad del titular, surgiendo entonces lo que se llama la desposesión involuntaria.

La desposesión voluntaria, debe de tener como base un negocio jurídico, negocio que por su propia naturaleza es libremente estipulado, tal sucede cuando un títulovalor se da en usufructo, depósito, etc.; el titular entrega el título en cumplimiento al negocio celebrado. Después de esta desposesión voluntaria puede surgir un conflicto entre el dueño del título y el poseedor derivado; pero esta cuestión deberá resolverse de conformidad a las disposiciones que reglan el negocio jurídico que sirvió de base a la desposesión.

La desposesión involuntaria, o sea la pérdida de la posesión - que se produce sin o contra la voluntad del titular puede suceder por destrucción, pérdida o robo del títulovalor.

Cuándo el conflicto se plantea entre el beneficiario original y el poseedor derivado, o sea el que ha recibido el título del dueño - por mediar entre ellos un negocio jurídico o por ser el autor del hallazgo o del robo, si bien es cierto que es una situación anómala y por lo tanto problemática; no es un problema serio, pues en caso de

la desposesión voluntaria, el conflicto debe resolverse con base a las disposiciones que reglan el negocio jurídico, base de la despo_sesión; y en el caso, de la desposesión involuntaria, de conformidad al artículo 931 inciso segundo Com., el titular puede reivindicar el título de las personas que los hubieren hallado o sustraído. El ver_dadero problema surge cuando este poseedor o adquirente lo traspasa a un tercero; pues entonces surge la problemática de la protección de la propiedad material del título y la seguridad del tráfico del comercio.

2º CASOS DE REPOSICION DE TITULOSVALORES

Los casos de Reposición de Títulosvalores pueden suceder: Primero, cuando una persona que ha recibido la posesión de un títulovalor, como consecuencia de un negocio jurídico, con el propietario del mismo, y que a su vez lo transfiere a un tercero, habrá que estarse a la buena o mala fe que haya asistido a este tercero en su adquisición y que haya o no incurrido en culpa grave, para establecer si es posible privarlo de su titularidad; es decir, del derecho que el título incorpora, pues no hay que perder de vista la autonomía de los títulos valores, como otra de sus características esenciales y que es en esta situación donde tenemos la oportunidad de verla funcionar más que en -- ninguna otra y que consiste, como ya vimos, en que el derecho de cada adquirente es nuevo, distinto del derecho que tenía su antecesor; y que es en virtud de la autonomía de los títulosvalores que es posible que alguien que no sea dueño de un títulovalor al traspasarlo al nuevo adquirente, si se reúnen ciertos requisitos formales, éste adquiere el derecho convirtiéndose en titular legítimo del derecho consignado en el título.

Segundo caso, sería, cuando la pérdida de la posesión es involuntaria, habrá entonces que ver si se trata de una destrucción parcial, en la que subsisten o no los elementos necesarios para la identificación del título o bien si se trata del extravío, del robo o del hurto del título y si la persona que ha realizado la sustracción o el hallazgo lo ha transferido a su vez a otra persona que conoce o debió conocer el vicio del derecho de quien se los transmitió; es oportuno establecer con claridad, que a veces la pérdida o el hurto o robo de un títulovalor da lugar al nacimiento de dos acciones para su titular; la primera, es la de reivindicar el título de las personas que los hubieren hallado o sustraído y de las personas que los adquirieron conociendo o debiendo conocer el vicio del derecho de quien se los transmitió, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 931 Com., y la segunda, es la de obtener su cancelación y reposición cuando no sea posible la primera o la prefiera su titular. Asimismo habrá que tomar en cuenta la clase de títulovalor de que se trate, esto es, si se trata de un título nominativo, a la orden o al portador, pues dependiendo de esta circunstan-

cia, cabrá o no una reposición con o sin intervención judicial o una reposición judicial propiamente dicha.

La reposición de los títulosvalores se hace posible por no llevar la característica de la incorporación a sus extremas consecuencias; pero más bien la reposición de los títulosvalores constituye una excepción o derogatoria de esta característica; pues siempre que se va a proceder a la reposición judicial de un títulovalor debe proceder la cancelación del título y en este aspecto, dice Cervantes Ahumada: " se aparta la ley del derecho de cosas y se vuelve al plano del derecho de las obligaciones, al establecerse excepciones a los principios característicos de los títulosvalores, ya que, obtenida la cancelación, los derechos incorporados en el título se desincorporan y cuando el título se repone, resurgen los derechos en el nuevo título. La cancelación es jurídica, no material, ya que el título no se destruye materialmente, sino que, inclusive, tiene la posibilidad de seguir circulando (Cervantes Ahumado Raúl, página 51 Ob. Cit.)

3º FORMAS DE PROCEDER VOLUNTARIA Y JUDICIAL

De las disposiciones legales que regulan esta materia resulta que la reposición de un títulovalor procede:

- 1) Cuando el títulovalor se ha deteriorado o destruido en parte, pero subsisten los datos necesarios para su identificación.
- 2) Cuando en los títulosvalores mutilados faltan los datos necesarios para su identificación o bien se han extraviado o destruido totalmente.

La reposición en estos casos puede ser:

- a- Sin intervención Judicial ;
- b- Con intervención Judicial ; y
- c- Mediante procedimiento Judicial o reposición Judicial propiamente dicha.

a- La reposición sin intervención judicial o voluntaria

La reposición sin intervención judicial, consiste en un procedimiento extrajudicial en el que por un entendimiento directo entre el emisor del título y demás obligados en el mismo, que hubieren, con el actual poseedor o titular, consienten los primeros en poner su firma en el nuevo título (el repuesto), con el mismo carácter que tenían en el anterior que se repone.

Casos que procede:

1º) El tenedor de un títulovalor deteriorado o destruido en parte, en el que subsisten los datos necesarios para su identificación, tendrá derecho a que se lo reponga el emisor, si inutiliza la firma de éste a su presencia; igualmente tendrá derecho a que los demás signatarios pongan su firma en el nuevo ejemplar, siempre que a presencia de ellos la inutilice en el antiguo artículo 930 Com., Inciso Primero.

Cuando los signatarios estén de acuerdo el nuevo ejemplar que se emita, la reposición se hará sin intervención judicial artículo 930 - Código de Comercio Inciso Segundo.

El presente caso tiene lugar en cualquier clase de título; es decir que procede la reposición sin intervención judicial de un títulovalor que se ha deteriorado o destruido en parte y en el que subsisten los datos necesarios para su identificación, ya se trate de un título nominativo, ya de uno a la orden o bien de un título al portador.

2ª) Los títulos nominativos podrán ser repuestos por el emisor, sin necesidad de autorización judicial, siempre que lo solicite aquél a cuyo nombre están registrados artículo 932 Com. Inc. Primero.

Previamente a la reposición el emisor deberá publicar de conformidad al artículo 486 Com., un aviso con todas las características necesarias para identificar el títulovalor de que se trata, indicando claramente que se va a reponer; no podrá procederse a la reposición hasta transcurrido treinta días de la fecha de la última publicación artículo 932 Inc. 2º Com.

Debemos entender que tanto el presente caso, como el siguiente, se trata de títulosvalores deteriorados o destruidos en los que faltan los datos necesarios para su identificación o de títulosvalores que se hayan extraviado o destruido totalmente; esto es, porque los títulos que se han deteriorado o destruido en parte y subsisten los datos para identificarlos caben dentro del caso anterior y corroborado esto por el artículo 931 Com. que dice: " Los títulosvalores en los que faltan los datos necesarios para su identificación y los que se hayan extraviado o destruido totalmente, podrán ser repuestos en la forma indicada en los artículos que siguen....." y el presente caso está contenido en el artículo 432 Com.

3ª) También podrá reponerse por el emisor sin necesidad de intervención judicial los títulosvalores siguientes:

1- Los cheques no endosables a solicitud del beneficiario;

2- Los cheques a la orden, a solicitud del primer beneficiario; siempre que haya transcurrido el plazo, solamente podrá reponerse, sin intervención judicial, en las condiciones que determine el ordinal siguiente;

3- Los títulos a la orden, a solicitud del primer beneficiario - previa publicación de conformidad al artículo 486 Com., siempre que - hayan transcurrido treinta días después de la última publicación. Este aviso se publicará seis veces, tanto en el Diario Oficial como en un diario de circulación nacional, artículo 933 Com.

Cuando se trata de reponer una letra de cambio o un cheque, el emisor queda obligado a dar un aviso oportuno al librado para que se

abstenga de pagar el título sustituido. La falta de este aviso, hace responsable al librador por el valor del título pagado en exceso. Artículo 933 Inc. último Com.

b- La reposición con intervención Judicial.

En principio, la actuación del Juez se concreta a diligencias de viabilidad procesal o que otros autores o Legisladores las califican como procedimientos especiales por no reconocer la jurisdicción voluntaria como procedimiento judicial para calificar los actos previos a la demanda, en consecuencia, ante estas diligencias no se está en presencia de una verdadera contención, aunque por excepción si se quiere, puede en un momento dado surgir la contención, frente a la cual el Juez, estará en la obligación de pronunciarse. Pero aún en presencia de una controversia no se llega a configurar la reposición judicial, pues no es la controversia surgida de la oposición lo que la configura. Posteriormente trataremos este caso.

El inciso 1º del artículo 930 Com., establece que el tenedor de un títulovalor deteriorado o destruido en parte, en el que subsistan los datos necesarios para su identificación, tendrá derecho a que le sean repuestos por el emisor, si inutiliza la firma de éste en su presencia; igualmente tendrá derecho a que los demás signatarios pongan su firma en el nuevo ejemplar, siempre que a presencia de ellos la inutilice en el antiguo. El inciso tercero del mismo artículo, establece a su vez, que si alguno de los signatarios se negare a firmar, el tenedor podrá recurrir a la autoridad judicial, presentando ambos ejemplares para que en presencia de ésta se realice el acto; o para que el Juez la suscriba en rebeldía del signatario que se niega.

Es del caso señalar que conforme al artículo 930 Com. Inc. último, el signatario sólo podrá negarse a cumplir la orden judicial si se compromete a entablar la acción de nulidad correspondiente dentro del plazo que el Juez le señale, el cual no podrá ser mayor de treinta días.

4º APLICACION DEL CASO EN ESTUDIO

El caso en estudio se refiere al numeral 4º del artículo 21 de la Ley de Procedimientos Mercantiles; que dice: " La firma del ejemplar repuesto del títulovalor en el caso del inciso 3º del artículo 930 del Código de Comercio " ; y este artículo en su inciso tercero dice: " Si alguno de los signatarios se negare a firmar, el tenedor podrá recurrir a la autoridad judicial, presentando ambos ejemplares para que en presencia de ésta se realice el acto; o para que el Juez lo suscriba en rebeldía del signatario que se niega" .

En caso de haber varios obligados en el título, vale decir, que pueda darse una doble situación, o sea signatarios que firmen sin intervención judicial y los que lo hagan frente al Juez, o lo firme éste por ellos en rebeldía.

Los artículos 24 y 25 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, señala el procedimiento a seguir en el presente caso, dice el artículo 24 : " El tenedor de un títulovalor que se encuentra en el caso a que se refiere el inciso tercero del artículo 930 del Código de Comercio, solicitará por escrito al Juez ante quien debiera entablar cualquier acción proveniente de los derechos incorporados en el título, - indicando el nombre y dirección del signatario que se ha negado a firmar el nuevo ejemplar, y pidiendo que sea citado para que firme en presencia del Juez. Con la solicitud deberá presentar la porción - que subsista del títulovalor antiguo, la cual ha de contener la firma de la persona requerida y el nuevo ejemplar que ésta ha de suscribir.

Recibida la solicitud, el Juez ordenará la cita del requerido. Sino comparece se le citará por segunda vez a petición de parte o de oficio, previniéndole que si no concurre, el Juez firmará el título en rebeldía " .

El artículo 25, complementa el caso, y dice: " Si el requerido - concurriere a la cita y se negare a firmar el documento, el Juez a solicitud de parte o de oficio, le prevendrá que en un plazo no mayor de treinta días debe entablar la demanda de nulidad del documento de que se trata. Este plazo se contará a partir del día siguiente al de - la notificación respectiva.

Si el requerido no presentare constancia de haber entablado la demanda nulidad dentro del término señalado, el Juez firmará el documento en rebeldía.

En el caso en estudio nos encontramos en una situación que si bien hay intervención judicial, ésta unicamente realiza un acto necesario para darle validez al acto previo a la demanda, pero dentro de sí lleva invívita una situación de aceptación voluntaria con repercusiones de obligatoriedad para el demandado que dentro del plazo que la ley le señala, presente su demanda judicial de nulidad del título y es hasta entonces que se aplica el procedimiento judicial de que habla la Ley de Procedimientos Mercantiles en sus artículos 45 - al 48.

La situación voluntaria se presenta de acuerdo con la situación de los signatarios que no obstante el tenedor del títulovalor les ha solicitado la firma del nuevo ejemplar que se emita, por haberse éste deteriorado o destruído en parte, la ley le establece que en este caso y antes de proceder al procedimiento judicial de reposición, debe recurrir al Juez, presentando ambos ejemplares para que en presencia de ésta se realice el acto; en principio vemos que se trata de un acto voluntario de los signatarios en firmar ante el Juez el nuevo - ejemplar que se emita del títulovalor que se haya destruído o deteriorado en parte; pero el mismo artículo 930 Inc. 3º Com., manifiesta - en su segunda parte " o para que el Juez lo suscriba en rebeldía del signatario que se niega" ; aquí en este caso se complementa con el - inciso 4º del mismo artículo, que dice: " El signatario podrá negarse a cumplir la orden judicial, si se compromete a entablar la acción de nulidad correspondiente, dentro del plazo que el Juez le señale, el - cual no podrá ser mayor de treinta días. Estas situaciones, como ya se expuso necesitan del trámite legal expresado en los artículos 24 y 25 de la Ley de Procedimientos Mercantiles. Pero en sí encierran un acto voluntario de los signatarios porque pueden perfectamente negarse a firmar el títulovalor repuesto, con la única salvedad que la ley protege a su tenedor, y es donde nace esta circunstancia legal, que - la Ley le provee que no obstante sus gestiones han sido negativas al - dirigirse a los signatarios, puede recurrir como acto previo a su demanda judicial, ante el Juez para que cite a los signatarios y firmen el títulovalor repuesto.

Por lo tanto, el caso a que se refiere este estudio es como un acto voluntario, ya que el numeral cuarto del artículo 21 de la Ley de Procedimientos Mercantiles habla concretamente " LA FIRMA DEL -- EJEMPLAR REPUESTO DEL TITULOVALOR " en el caso del inciso 3º del -- artículo 930 del Código de Comercio. Unicamente tenemos que ver - que se trata del acto voluntario de los signatarios que se presentan a firmar ante el Juez el referido titulovalor repuesto.

En el proyecto de Ley Uniforme sobre Titulovalores para Centroamérica, solamente se regula la reposición judicial de estos documentos; en consecuencia, la reposición voluntaria no podrá efectuarse, por no estar legalmente prevista; en este régimen, todos los títulos tendrán que reponerse judicialmente; la regulación es inconveniente, porque aumenta de manera innecesaria el formalismo, ya que obliga a seguir procedimiento judicial aún en aquellos casos en que, por las circunstancias especiales que presentan, pueda autorizarse la reposición voluntaria.

.....

.....

.....

CAPITULO V

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCION EN MATERIA
MERCANTIL

- 1º GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE RETENCION
- 2º CASOS EN QUE SE EJERCE EL DERECHO DE RETENCION Y COSAS SOBRE QUE RECAE.
- 3º ANALISIS DEL CASO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 957 - CODIGO DE COMERCIO Y FORMA DE PROCEDER.
- 4º ANALISIS DEL CASO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 958 - CODIGO DE COMERCIO Y FORMA DE PROCEDER.



V - EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCION EN MATERIA MERCANTIL

1º GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE RETENCION.

Es necesario hacer un comentario breve acerca de esta institución propia del Derecho Civil.

Esta rama jurídica, el Derecho de Retención, tiene su génesis en el Derecho Romano, así se conoce como antecedente la " Manus Injectio " y la " Pignoris Capio " , la primera consistía en el hecho de que cuando el acreedor no era pagado por el deudor, se hallaba facultado para retenerlo en prisión, sometiéndolo a una verdadera esclavitud, y por la segunda, se tenía la circunstancia, de que el acreedor que no recibía la cantidad adeudada, tenía derecho a apoderarse de un bien de su deudor, con el objeto de procurarse el pago de la deuda; en ambos casos el apoderamiento era por intervención directa del acreedor.

Lucius Scévola considera que la " Pignoris Capio " constituía verdadera retención, tanto más por cuanto no resulta inverosímil - la suposición de que el ejercitante de dicha institución romana no podía vender (como era propio de la antigua prenda de los romanos); sino que se pretendía, con esa sustracción de la cosa con respecto al patrimonio del deudor, forzarle a la satisfacción de lo debido.

Pero esta tesis no es admisible, pues es verdaderamente imposible sostener que en el antiguo Derecho Civil o Derecho Estricto, bajo el sistema de las acciones de la Ley, existiera el Derecho de Retención, ya que esta garantía tiene por objeto suavizar el derecho estricto, pues la base de existencia de tal derecho es la equidad, cuyos principios aún desconocidos o no admitidos en esa época rigorista, o sea que no era compatible con los principios del Derecho Estricto, pues la Ley se debía apreciar o aplicar según el sentido literal debiéndose restringir el precepto legal al caso sobre que recaía, sin que pudiera aplicarse a otros diferentes.

Después del sistema de las acciones de la ley, en el derecho estricto, en que los principios jurídicos eran sumamente rigurosos, aparece el Derecho Pretoriano que vino a atenuar esos principios con las excepciones como recurso procesal, introduciendo modificaciones en la vida jurídica y logrando transformar el derecho material, orientándolo en un sentido más justo de acuerdo con la equidad, suavizando así el rigorismo del Derecho Estricto: aparece entonces la - - -

" Exceptio Doli " , que es la excepción de más importancia en el desarrollo de las instituciones jurídicas del Derecho Romano. Esta excepción permite al demandado alegar cuestiones subsidia-- rias, ya que el poseedor puede negarse a restituir la cosa que - posee, al verdadero propietario que la reclama, mientras no se le reconozcan los gastos de las mejoras hechas en ella. Por lo di- cho se comprende, que el demandado ejercita un verdadero derecho de retención, que le dá facultad para retener bajo su poder la - cosa poseída, mientras el propietario no le indemnice por los gas tos y mejoras hechas en la casa, de lo que resultaba que la acción del propietario, cuando reclamaba el dominio de lo que le pertene- cía, al contrario de lo que ocurría bajo las acciones de la ley en el Derecho Antiguo o Estricto, no podía prosperar aunque probara - su derecho de dominio, cuando el poseedor tenía la " exceptio doli ". Excepción que viene a ser el actual origen del derecho de retención; la cual se conocía con el nombre de " retentio " y de "retinere - - potest " , y solo más tarde fue reconocida con el nombre que ahora lleva.

En resumen, lo expuesto se refiere a la evolución del Derecho de Retención, el que aparece en el Derecho Romano como un medio -- equitativo, que el pretor instituyó mediante la " exceptio doli " para suavisar el Derecho Estricto, lo que adquirió en la legisla- ción Romana un gran desarrollo.

En las legislaciones posteriores al Derecho Romano, esta ins- titución fue conocida tal como la desarrollaron los Romanos y de - aquí pasó a las partidas y al Derecho Francés, luego al Derecho Chi leno y de éste a nuestro Código Civil.

En los Códigos modernos pasa el derecho de retención, con los caracteres que se conoce esta Institución en el Derecho Romano, así como se hizo con las otras instituciones jurídicas romanas, pero a pesar a su desarrollo, los redactores de los nuevos códigos no le - dieron la debida importancia a esta institución, pues omitieron re- glamentarla en lugar aparte o tratado especial y no como se encuen- tra en disposiciones esparcidas y lo cual no basta para tener una - teoría sobre este derecho tan importante por su naturaleza, caracte- res y efectos.

También se encuentran otras legislaciones que han adoptado sistemas modernos y han promulgado sus Códigos más recientemente, en los cuales si se ha tratado en una forma especial el Derecho de Retención.

2º CASOS EN QUE SE EJERCE EL DERECHO DE RETENCION Y COSAS SOBRE QUE RECAE.

La legislación Salvadoreña no trata el Derecho de Retención en una forma homogénea y principal como institución jurídica independiente, - sino que siguiendo los lineamientos de la legislación Chilena solo se - refiere a este Derecho en una forma imprecisa y sin ninguna reglamentación, en varios artículos esparcidos a través de nuestro Código Civil, hasta el grado que en algunos de éstos, que se refieren sin duda alguna a esta materia, no mencionan ni siquiera el nombre de este derecho.

Hay dos disposiciones de carácter general que se refieren al Derecho de Retención en el Código Civil, una que trata de la aplicación o - extensión de esta institución, artículo 2142 inciso 2 C. " No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan. " con esta disposición nuestro Código rechaza de una manera terminante la analogía, pues lo limita a los casos previstos por la Ley.

La segunda disposición es el artículo 2221 No. 4 Código " a la -- segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 4º El acreedor hasta conurrencia de lo que se debe con la garantía legal del derecho de retención, sobre los bienes del deudor que tenga en su poder por razón de ese derecho. "

Por lo expuesto vemos que el Derecho de Retención da una garantía la cual constituye un crédito privilegiado de la segunda clase.

En el Código Civil se encuentra el derecho de retención en varias disposiciones sin guardar ningún orden a través del articulado. Y mencionaremos algunos casos: 1º 650 Inc. 2º C " si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo a pagar el valor del edificio, plantación o - sementera; 2º 802 C - El usufructuario, cuando termina el usufructo, no le pagan los gastos hechos por él en obras o refacciones mayores necesarias para la conservación de la cosa dada en usufructo; 3º al poseedor de cosas muebles- artículo 892 C ; 4º al poseedor vencido, que tuviere un saldo que reclamar, artículo 916 C - y otros artículos como el 1629 inc. 4º ; 1674C-1725 C; 1730 C, 1951 C. etc.

Todo lo antes expuesto es aplicable a materia mercantil ya que - siempre ha sido en sus inicios considerada la rama mercantil como par-

te de la Civil de la cual se ha disgregado pero guarda siempre sus relaciones jurídicas en cuanto a los derechos personales y reales, por lo tanto para el caso en estudio los diferentes casos en que se ejerce el Derecho de Retención y cosas en que recae, en materia mercantil podemos estudiar algunos casos, pero siempre será los regidos por el Código Civil o sea que sería aplicable cada caso estudiado anteriormente relacionado en el Código Mercantil, así habla del arrendamiento, el artículo 563 Com. entonces en su aplicación el Código Civil nos habla de las mejoras útiles que el arrendatario realice, podrá retener las cosas dadas en arrendamiento hasta seguridad de la indemnización, entonces se complementan con el artículo 1725 C., lo único que en materia mercantil el trámite procesal varía y es por condiciones de la materia.

Otro caso sería el contrato de comisión, artículo 1066 y 1081 -- Inc. 1º Com. el caso es: " Por el contrato de comisión, el comisionista desempeña en nombre propio, pero por cuenta ajena, " y " los efectos que estén en poder del comisionista, se entenderán preferentemente afectados al pago de los derechos de comisión, anticipes y gastos hechos a causa del encargo, a cuyo efecto tendrá derecho de retención en garantía del pago.

Otros casos es el que figura en el mandato mercantil artículos 1083 y 1097 Com. que dicen: " Por el mandato mercantil, el mandatario se encarga de practicar actos de comercio por cuenta y a nombre del mandante "y" el mandatario mercantil goza de los siguientes derechos y preferencias: 1º por los adelantos y gastos que hubieran hecho por los intereses de las cantidades desembolsados y por remuneración de su trabajo.....etc " . Entonces vemos en este caso de que se trata de un derecho preferente del mandatario y así hemos visto que el derecho de retención es una garantía para asegurar el pago, cuando las cosas se encuentran en manos de quien tiene dicho derecho.

En el caso de transporte de bienes, que señala el artículo 1322 Com. " El último portador representará a los demás para cobrar las prestaciones derivadas del contrato, para ejercer el derecho de retención y los privilegios que le correspondan. "

Hemos visto algunos casos en que se ejerce el derecho de retención y las cosas sobre que recae, y así debe entenderse que lo comentado en materia Civil es aplicable a materia Mercantil.

3º ANÁLISIS DEL CASO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 957 CÓDIGO DE COMERCIO Y FORMA DE PROCEDER

El artículo 957 Com. dice: " El acreedor podrá retener los bienes de su deudor que, por razón de créditos vencidos que deriven de actos mercantiles, se hallaren lícitamente en su poder o los tuviere a su disposición por medio de títulos-valores representativos. El Derecho de Retención no cesará porque el deudor transmita la propiedad de los bienes retenidos " .

Sobre esta situación se ha relacionado al principio de este tema lo prescrito en materia civil, que es donde encuentra su origen, y así se confirma a través del artículo 945 Com., que dice " Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetaran a lo prescrito en el Código Civil, salvo las disposiciones del presente Título " . Vemos pues, que estamos enfrentando el criterio ya expuesto, por lo que únicamente analizaré su cambio total con respecto a su forma de proceder que es por ello que surge su diferencia con las normas procesales Civiles.

El artículo en estudio, se trata de un acto previo a la demanda contemplada en el artículo 21 No. 4 de la Ley de Procedimientos Mercantiles que dice, dicho numeral lo siguiente: 4º El ejercicio del Derecho de Retención contemplado en el artículo 957 " ; el cual tiene su procedimiento descrito a través de las normas legales de los artículos 27 y 28 de la misma Ley, que dicen : " artículo 27 º El acreedor que decida hacer uso del derecho de retención consignado en los artículos 957 del Código de Comercio, deberá notificar su decisión al deudor, judicialmente o por medio de acta notarial.

A partir del siguiente día al de la notificación, el deudor podrá ocurrir al Juez ofreciendo el pago del adeudo, demostrando haber depositado el importe del mismo en la forma establecida en el artículo 953 del Código de Comercio, u ofreciendo garantizar el adeudo a satisfacción del acreedor.

El Juez, recibida la solicitud de pago a que se refiere el inciso anterior, mandará oír al acreedor, por tres días; y , con lo que conteste, o en su rebeldía resolverá lo que fuere procedente. Si el acreedor no aceptare el pago que se le ofrece, el Juez decretará la consignación conforme a las reglas del derecho común.

Si el deudor ofreciere caucionar el adeudo, el acreedor manifestará si acepta la garantía; pero si no la aceptare o no respondiere la audiencia contemplada en el inciso anterior, el Juez lo hará con sujeción a lo dispuesto en el artículo 61 de esta Ley.

Hecho el depósito, decretada la consignación, aceptada la caución o admitida por el Juez, éste ordenará el cese de la retención. La resolución se notificará al acreedor, quien dispondrá de un plazo de tres días para entregar las cosas retenidas, sino lo hicriere en dicho plazo, responderá de los perjuicios que irrogare su incumplimiento, sin perjuicio de la acción penal correspondiente " .

" Artículo 28 - Transcurrido el plazo señalado en el inciso segundo del artículo 959 del Código de Comercio, contado a partir de la notificación mencionada en el inciso primero del artículo anterior, sin que el acreedor haya presentado la demanda reclamando el adeudo en virtud del cual se hizo uso del derecho de retención, el deudor podrá solicitar al Juez que ordene el cese de la retención, con los efectos señalados en el inciso último del artículo anterior".

Establecidas las disposiciones legales y analizando el caso del artículo 957 Com. que se refiere a la protección del acreedor para seguridad de los créditos que otorga en beneficio a la actividad mercantil que realiza a través de los actos de comercio. La ley establece que el acreedor que tenga en su poder bienes del deudor para seguridad de su crédito, puede lícitamente retener dichos bienes hasta que el deudor solvete su deuda, pero siempre que estos créditos se encuentren con un plazo vencido para el pago o por otras circunstancias contractuales que no se hubieren cumplido por el deudor; como así mismo habla la ley que podrá retener el acreedor los títulos-valores que se encuentren a su disposición en seguridad del crédito. También la protección ha sido establecida en la Ley Mercantil en cuanto a que no obstante la propiedad de dichos bienes corresponde a su propietario, quien puede disponer libremente de sus bienes, por regla general, aquí se le establece su excepción y así lo dice " El Derecho de Retención no cesará porque el deudor transmita la propiedad de los bienes retenidos " ; pues, entonces vemos que la seguridad de los créditos en materia mercantil dan un derecho privilegiado y preferente en cuanto al derecho de retención.

Pasaremos analizar la cuestión de como se procede en este caso del artículo en comento cuando se quiere demandar al deudor reclamándole el pago de un crédito, por lo que a través de las disposiciones de los artículos 27 y 28 de la Ley de procedimientos mercantiles los estudiaremos.

Se presenta el caso de que un acreedor, tiene bienes del deudor que se encuentra lícitamente en su poder, como seguridad del crédito, pero es del caso que el crédito se encuentra vencido, y el acreedor en virtud de la disposición legal contemplada en el artículo 21 número 4 procede a reclamar judicialmente y como acto previo a la demanda que posteriormente entablare a su deudor, por lo que procedera a notificar al deudor ya sea en forma judicial o por medio de acta notarial; aquí vemos que la Ley a querido proteger en si el acto mercantil, es decir, que estos problemas se resuelven en una forma rápida y evitan todos los cortapices del proceso, por ello ha establecido estas dos formas de preveer al deudor que se ejercitará el derecho de retención, o sea a través de el Juez competente, a quien se le solicita que haga saber al deudor que su crédito se encuentra vencido y que obran en su poder ciertos bienes del deudor, y que procederá a hacer uso del derecho de retención, dándole la oportunidad de pago; - pues bien, la otra forma es hacerselo saber por medio de acta notarial, la cual levantará el notario al momento de hacerle saber al deudor de la intención del acreedor, de lo que quedará el deudor entendido y se hará constar tal circunstancia en el acta la que será firmada por el acreedor, deudor y notario. En la práctica creo que es más conveniente la primer forma que la segunda, que se ve complicada por llenar más formalidades legales.

Realizada la notificación, el deudor podrá ocurrir al Juez, a partir del día siguiente de la notificación, ofreciendo el pago del adeudo, y para ello demostrará haberlo hecho depositando las cosas en un establecimiento Bancario, si se tratare de dinero o títulosvalores, o en un almacén general de depósito, si se tratare de otras cosas u ofreciendo garantizar el adeudo a satisfacción del deudor, que podrían ser la hipoteca, la prenda o la fianza.

Entonces nos encontramos que el deudor se presenta ante el Juez y le demuestra por los medios antes mencionados su deseo de pagar el crédito que adeuda, por lo que el Juez, examinando y que dá la seguridad de ello, mandará oír al acreedor, por tres días; y, con lo que conteste, el

acreedor o en su rebeldía, el Juez, resolverá lo que fuese procedente.

También se presenta el caso de que el acreedor no acepta el pago que se le ofrece, entonces la ley ampara al deudor y resuelve que en caso de no aceptar el acreedor procederá aquel a la consignación del pago por la repugnancia o negativa del acreedor de rechazar el pago del adeudo y se verificaron los trámites contemplados en el Código Civil, artículos 1468 al 1477 ; esta situación se presenta si el deudor ofrece hacer el pago de conformidad al artículo 953 Com. pero también lo puede ofrecer en la forma establecida en el artículo 27 Inc. 2ª parte final de la Ley de Procedimientos Mercantiles, en ese caso, si el deudor ofrece caucionar el adeudo, el acreedor manifestará si acepta la garantía; en el caso que aceptare no habría problemas y la deuda se caucionará en la forma que se decida por las partes o aceptará el acreedor la propuesta por el deudor; pero en el caso de que el acreedor no la aceptare o en el caso, de que no respondiere la audiencia, que por tres días le hiciera el Juez, ante la solicitud de pago del deudor, el Juez lo hará en ambos casos con sujeción a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, y será admisible la fianza que reúna los requisitos establecidos en el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles, y la que sea rendida por una institución de Crédito o Empresa de Seguros, Fianzas autorizadas legalmente para prestar esta especie de garantía.

Después de todo lo expuesto, puede suceder: Primero, que se haga el depósito, Segundo, se decreta la consignación y Tercero que se acepte la caución o sea admitida por el Juez; en todos estos casos que se dé la satisfacción de pago del adeudo, el Juez ordenará el cese de la Retención. La resolución de cese de la retención se notificará al acreedor quien dispondrá de un plazo de tres días para entregar las cosas retenidas; sino lo hiciere en dicho plazo, responderá de los perjuicios que irrogare su incumplimiento, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Transcurrido los quince días, que sigan a la fecha en que se hubiere negado a devolver la cosa, el acreedor, con todo a partir de la notificación hecha judicialmente o por acta notarial sin que el acreedor haya presentado la demanda reclamando el adeudo en virtud del cual se hizo uso del derecho de retención, el deudor podrá solicitar al Juez que ordene el cese de la retención, con los efectos antes indicados anteriormente o sea, que la resolución de cese de la retención se notificara al acreedor, quien dispondrá de un plazo de tres días para entregar las cosas retenidas; sino lo hiciere en dicho plazo, responderá de los perjuicios que irrogare su incumplimiento, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

4º ANÁLISIS DEL CASO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 958 CODIGO DE COMERCIO Y FORMA DE PROCEDER.

El artículo 958, del Código de Comercio, dice: " El Derecho de Retención podrá ejercerse por créditos no vencidos, cuando se declare al deudor en quiebra, suspensión de pagos o concurso, siempre que la deuda provenga de la enajenación, reparación o conservación del bien retenido ".

El análisis realizado en el punto anterior es el mismo que aplicaríamos a este punto en desarrollo, por lo que omitiré la parte introductiva.

Al analizar esta disposición vemos que el ejercicio del derecho de retención puede hacerse tanto de créditos vencidos como de créditos no vencidos; aquí trataremos, según el artículo en comento, de los créditos no vencidos que por la situación en que se pone el deudor respecto al cumplimiento de la deuda, la ley establece en protección al acreedor y por la derivación de proteger el comercio, que en esta circunstancia, de quiebra, suspensión de pago o concurso, los créditos se tienen todos como si fueran de plazo vencido para ejercitar el derecho de retención.

La disposición legal en comento nos habla de la quiebra, suspensión de pago o concurso, haremos una breve relación de ello en cuanto a sus conceptos.

La quiebra está contemplada en el Título V del Libro Segundo del Código de Comercio, es este un tratado especial del comerciante quien plantea una situación económica deficiente para solventar sus créditos, por lo que se regula especialmente del artículo 498 al 545 del Código de Comercio.

Quebrado. - Comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles, por quiebra, por insolvencia, declarada a petición suya o de sus acreedores. (Autor: Guillermo Cabanelles; obra Diccionario de Derecho Usual Tomo III - 7ª Edición Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires)

Nuestro concepto legal, lo establece el artículo 498 Com., que dice: " La declaración judicial de quiebra será hecha por el Juez de Comercio competente, contra el comerciante que ha cesado en el pago de sus obligaciones, y es constitutiva de un estado del mismo.

Se presume esta situación, en los siguientes casos:

- I - Incumplimientos de sus obligaciones líquidas y vencidos;
- II - Insuficiencia de bienes en los cuales se pueda trabar embargo;
- III - Ocultación o ausencia del comerciante por quince días o más, sin dejar al frente de su empresa a alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones.
- IV - Cierre voluntario de los locales de su empresa, por quince días o más, cuando tenga obligaciones que cumplir.
- V - Cesión de sus bienes en perjuicios de algunos de sus acreedores.
- VI - Acudir a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios, para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.
- VII - Pedir su propia declaración en quiebra.
- VIII - Solicitar la suspensión de pagos cuando ésta no proceda, o cuando concedida, no se concluya un convenio con los acreedores.
- IX - Incumplimientos de las obligaciones contraídas en el convenio hecho con motivo de la suspensión de pagos.
- X - En cualquier otro de naturaleza análoga a la de los anteriores.

El artículo 546 Com., nos dice en que consiste la suspensión de pago, " Todo comerciante, antes de que se le declare en quiebra, podrá solicitar que se le declare en estado de suspensión de pagos y que se convoque a sus acreedores para la celebración de un convenio general preventivo de aquella " .

Esta disposición legal incluye el concurso de acreedores del deudor comerciante, que se pone en estado de insolvencia.

Habiendo establecido de conformidad al Código de Comercio, lo que debe entenderse por quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores del deudor comerciante, analizaremos brevemente las disposiciones referentes al modo de proceder, cuando nos encontramos frente al ejercicio del acto previo a la demanda contemplado en el artículo 21 No. 4 de la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Estas situaciones contempladas en el modo de proceder para la aplicación del artículo 958 Com. como acto previo a la demanda y relacionada a través de los artículos 27 y 28 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, es la misma enunciada en el punto tercero de este capítulo del desarrollo de la tesis, por lo que creo que no sería necesario hacer repeticiones.

CAPITULO VI

REQUERIMIENTO PARA CONTRATAR CON DETERMINADAS EMPRESAS

- 1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA.
- 2º ANALISIS DEL PUNTO EN ESTUDIO Y FORMA DE PROCEDER.

REQUERIMIENTO PARA CONTRATAR CON DETERMINADAS EMPRESAS

VI- REQUERIMIENTO PARA CONTRATAR CON DETERMINADAS EMPRESAS

1º GENERALIDADES SOBRE EL TEMA

El tema en desarrollo se refiere al requerimiento para contratar con determinadas empresas, y especialmente el del artículo 965 Com.

El requerimiento judicial es la intimación, aviso o noticia -- que se da a una persona, por orden del Juez para que cumpla determinada prestación o se abstenga de llevar a cabo determinado acto.

El requerimiento lo ordena el Juez, pero lo lleva a cabo el no notificador, y puede referirse tanto a las partes como a terceros. -- En ocasiones, no lleva aparejada sanción alguna, y en otros se agrega a la intimación la prevención de que lo ordenado por el Juez se hará a costa de la persona requerida o que en caso de que ésta no obedezca, le parará perjuicio. Manuel de la Plaza lo define diciendo que " es un acto formal de intimación, que se dirige a una persona, o sea no litigante, para que haga o deje de hacer alguna cosa.

El Licenciado Guillermo Cabanellas, en su obra " Diccionario de Derecho Usual " manifiesta que Requerimiento es: Intimación que se dirige a una persona, para que haga o deje de hacer alguna cosa, o para que manifieste su voluntad con relación a un asunto. Requerimiento judicial, es un acto de un Juez o Tribunal, dirigido a una de las partes litigantes o a un tercero, para que haga algo o se -- abstenga de lo intimado.

Como forma y trámite, para los requerimientos rige lo dispuesto en cuanto a la notificación. El requerimiento se hará saber al requerido en la forma dispuesta en la resolución judicial que lo ordene de oficio o a instancia de parte. En la diligencia se hará constar la respuesta que el requerido de al requerimiento, contestación que constará sucintamente; es decir, que deberá reflejar la actitud de acatamiento, oposición, silencio, etc.

La Empresa Mercantil está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistémica, bienes o servicios.

Hemos establecido en que consiste cada parte integrante del tema, y luego es notoria la aplicación de esta situación jurídica que el - Legislador previo y por ello estableció la protección al público a - través de los actos que se realizan con las Empresas, estableciendo la confianza mercantil que debe existir en el comercio.

Estas formas de actuar resultan, de la celebración de actos uni laterales, que surten efecto en la vida de quienes los otorguen y que tienen contenido patrimonial.

Estas declaraciones de voluntad pueden ser de dos maneras:

1ª Declaraciones unilaterales, o sea aquellos actos de voluntad de una sola persona, que producen efectos jurídicos; en lo mercantil, - solamente nos interesan aquellos que tienen contenido patrimonial y se refieren a materias de comercio.

2ª Declaraciones de voluntad contenidas en un contrato, o sea en ac tos bilaterales o multilaterales, en los cuales concurren la voluntad de dos o más partes; en lo mercantil, solamente nos interesa los contratos que se refieren a materias de comercio y que, por lo tanto, -- tienen contenido patrimonial.

Por regla general, las disposiciones civiles aplicables a los - actos y declaraciones de voluntad, tienen vigencia en lo mercantil, - salvo las modificaciones propias de esta materia especializada, la re gla es similar a la que se refiere a las obligaciones en general, en consecuencia, en el presente tema, se refiere a la regulación de los actos unilaterales como lo atingente a los contratos, para indicar - sus diferencias.

Este desarrollo se lleva a la cuestión en estudio, porque el re- querimiento para contratar con determinada empresa, está plasmado en el acto unilateral, a que se refiere el artículo 965 Com., en donde se trata de los actos unilaterales.

En materia de actos unilaterales habrá que indicar lo siguiente:

- a) La oferta u opción es el compromiso, libremente contraído por un comerciante, de celebrar un contrato en determinadas condiciones, para con otra persona, que puede aceptarla o rechazarla, pero que no se ha obligado a nada. la oferta puede ser por plazo determina do o sin fijación de plazo; en el primer caso, el comerciante no - puede revocarla hasta que el plazo ha vencido; en el segundo caso, el plazo podrá determinarlo el Juez; en ambos casos, la muerte o incapacidad del comerciante, acaecida con posterioridad, no afec- tan la oferta, a menos que, de la forma en que se haya obligado o

- de la circunstancia del negocio, resulte lo contrario;
- b) La oferta puede ser hecha al público y no a persona determinada, en catálogo, escaparates o en cualquier otra forma de publicidad; esta oferta obliga al comerciante, pero únicamente respecto de aquellos artículos a que específicamente se refiere el precio o las condiciones de venta ofrecidos;
 - c) Finalmente, también puede hacerse oferta al público en promoción de propaganda, como cuando se anuncian concursos, premios y otras prestaciones a cambio de determinados servicios; estos ofrecimientos obligan a quien lo hace en los términos de la publicación; las legislaciones reglamentan los límites de los cuales el promitente tiene libertad de escogitación del favorecido con el premio, en caso de que fueran varios los que llenaren las condiciones señaladas.

En materia de contratos, se abordan sucesivamente ciertas formas de --contratar frecuentemente en lo mercantil y algunas otras disposiciones generales en materia de contratación.

Son maneras de contratar frecuentemente en lo mercantil, los siguientes:

Contratos de Adhesión: son aquellos que se redactan por una de las partes, teniendo la otra únicamente la alternativa de suscribirlos en la forma en que han sido formulados, o abstenerse de contratar. Son innumerables los ejemplos de este tipo de contrato: El de transporte de cosas y personas, los de venta a plazos de bienes muebles, los de seguro y ahorro, en general todos aquellos que se documentan con póliza, títulocontrato y otros documentos mercantiles similares. Siendo redactado los contratos por la Empresa Mercantil que efectúa la negociación, es lógico que acusen la tendencia a favorecer en todo lo posible a la empresa redactora. En consecuencia, las disposiciones legales que reglamentan esta manera de contratar deben orientarse a garantizar un trato equitativo a la otra parte, de acuerdo con este criterio, las disposiciones pertinentes son:

- a) En caso de duda, las cláusulas del contrato de adhesión se interpretan en el sentido más favorable al contratante que se adhiere;
- b) Si existen cláusulas adicionales, esto es que se hayan agregado al texto impreso del contrato, estos se prefieren a las cláusulas originales, aunque las últimas no hayan sido expresamente canceladas; porque las cláusulas originales son generales para todos los contratos del mismo tipo que se celebren y las adicionales son especiales para el contrato en que fueren puestas;

- c) Cuando la prueba consista en póliza o en cualquier otro documento similar emitido por la empresa contratante, la otra parte tendrá derecho a desistir del contrato, dentro de los quince días de recibido el mencionado documento, así como a solicitar su modificación.

Los efectos son lo mismo en el caso de los contratos por correspondencia y contratos por teléfono.

La regla general de que el contrato es un acto voluntario de las partes, que por lo tanto supone su libre consentimiento, tiene aplicación tanto en lo civil como en lo mercantil; no obstante ello, en materia de comercio puede tener una excepción; las empresas que gozan de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público, como son los Bancos, las Instituciones Auxiliares de Crédito y las Compañías concesionarias de determinados servicios Estatales o Municipales, así como las que se encuentran en situación de imponer precios de las mercaderías o servicios que ofrezcan, como cuando son las únicas empresas de su clase que operan en el país, o cuando siendo varios han llegado a un arreglo contractual sobre precios suscritos por todos ellos, pueden ser obligados a contratar, en las mismas condiciones en que lo hacen con la generalidad de las personas; la empresa que celebre un contrato en estas condiciones, deberá además, responder de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la otra parte, con su renuencia o retardo en contratar. El fundamento jurídico de esta disposición reside en el carácter de servicio al público que modernamente se da al comercio, así como en el derecho de las personas que pudieran ser afectadas por la negativa, a no verse privados de determinados servicios, por la renuencia de quien es el único que, en un momento dado, puede prestarlos.

ANÁLISIS DEL PUNTO EN ESTUDIO Y FORMA DE PROCEDER.

El artículo 21 No. 5 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, dice en lo pertinente, lo siguiente: En materia mercantil, son actos - previos a la demanda.....No.5 El requerimiento para contratar, contemplado en el artículo 965 del Código de Comercio, y este artículo dice: " Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando rehusarse constituya un acto ilícito.

Se considerará ilícita la renuencia cuando provenga de empresas que gocen de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público, o se encuentren en situaciones de imponer precios a las mercancías o a los servicios que proporcionen, siempre que no mediare justo motivo para la negativa, a juicio prudencial del Juez que conozca del asunto.

; Quien se negare a contratar en los casos del inciso anterior, podrá ser obligado a celebrar el contrato, en igualdad de condiciones con las que acostumbre pactar con sus demás clientes, sin perjuicio de responder de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado.

El silencio de la empresa requerida para contratar se considerará como negativa a hacerlo " .

Sobre el análisis de esta circunstancia hemos realizado un estudio en el punto anterior, por lo que respecta estableceremos la forma procesal de proceder en este acto previo a la demanda en materia mercantil.

El artículo 29 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, establece la forma de proceder de este acto previo a la demanda en comento, el cual dice: " Quien se crea con derecho a exigir a una empresa que celebre un contrato, al tenor del artículo 965 del Código de Comercio, se presentará al Juez del lugar donde se encuentre situada la empresa requerida, solicitando que se le emplace para que celebre el contrato en referencia.

El Juez calificará los extremos de la solicitud, en especial el de si la empresa requerida está obligada a contratar. Si la estimare procedente, ordenará el emplazamiento solicitado.

Si la empresa no se allanare a celebrar el contrato o no contestare, el requirente deberá entablar la demanda formal, la cual se sustanciará y decidirá en Juicio sumario.

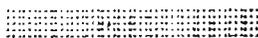
Aquí se establece a través de las disposiciones relacionadas la forma de proceder en el requerimiento para contratar con determinada empresa; por lo que esencialmente debe tenerse el derecho de exigir la celebración del contrato, a cierta clase de empresas, y esta especialidad radica en que son empresas que operan con el público, por lo tanto son de una clase determinada, y así la renuencia se considera un acto ilícito.

La solicitud deberá presentarse al Juez del lugar donde se encuentre situada la empresa requerida, solicitando se le emplazé para que celebre el contrato, así se refiere que se reconoce como domicilio para su demandada la empresa el lugar donde ésta se encuentre, o sea donde tenga su asiento principal, y es donde se le emplazará o sea se le requerirá para que comparezca ante el Juez a celebrar el contrato.

Al decir se le emplazará a la empresa en su domicilio, debe entenderse que a quien se le emplaza es a su titular o sea a la persona natural o jurídica propietaria de la empresa requerida, y el cual debe ser hecho a la persona para que tenga plena validez.

El Juez, vista la solicitud presentada calificará a juicio prudencial, si no existe justo motivo para la negativa, y si es una empresa de los que gozan de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público, o se encuentran en situaciones de imponer precios a las mercancías o a los servicios que proporcionen; y si el Juez, después de examinar la solicitud la estimare procedente, ordenará el emplazamiento solicitado, una vez hecho éste con los requisitos formales, puede suceder que la empresa se niegue a celebrar el contrato o no contestare el requerimiento, el solicitante deberá entablar la demanda formal la que se sustanciará y decidirá en juicio sumario mercantil.

El acto previo a la demanda de celebración del contrato se determinará al hecho de celebrar el contrato o a la negativa de hacerlo ya en forma manifiesta o guardando silencio; la ley ha querido que sea resuelta la situación planteada a través de un simple requerimiento judicial para resolver los problemas que pueden surgir en el mercado y evitar con ello con el proceso sumario respectivo; y así se cumple con dar la oportunidad al comerciante de tener normas legales que resuelvan las situaciones jurídicas que se les planteen en una forma breve o sea a través de un acto previo a la demanda que se intentare por el perjuicio si éste no se cumple en su finalidad y pretensión.



CAPITULO VII

OTROS ACTOS PREVIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY DE PROCE-
DIMIENTOS MERCANTILES

- 1º ENUMERACION DE CASOS
- 2º ANALISIS DE CADA CASO Y SU FORMA DE PROCEDER



VII - OTROS ACTOS PREVIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES

1º ENUMERACION DE CASOS

Los otros casos de actos previos a la demanda en materia mercantil, contemplados en la Ley de Procedimientos Mercantiles son los siguientes:

1- Artículo 50 numeral 3 , que dice " Los Bonos u Obligaciones negociables y los cupones de los mismos para el cobro de intereses, tendrán fuerza ejecutiva, PREVIO REQUERIMIENTO DE PAGO que a solicitud del interesado, hará el Juez al representante de la entidad emisora, la cual deberá manifestar dentro del término que se le señale, las razones que tenga para no efectuar el pago respectivo. A la demanda se acompañarán las diligencias originales de requerimiento y en el término probatorio del juicio respectivo, el Juez de oficio o a petición de parte; practicará inspección personal en la institución emisora, a fin de establecer si los títulos presentados confrontan con los talonarios o títulos que se desprenden. Sino se confrontaren se absolverá al emisor demandado . "

2- Artículo 50 numeral 4, que dice " Los cupones de las acciones para el cobro de dividendos, serán ejecutivos si se acompaña la documentación que comprueba la cuantía de los dividendos que incorporarán.

Tal cuantía puede establecerse con la certificación extendida por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado o por la propia sociedad emisora, o mediante los avisos publicados por esta última. En todo caso, y COMO ACTO PREVIO, a petición del interesado, se requerirá judicialmente de pago al representante de la sociedad emisora, a efecto que dentro del término que se le señale, exprese los motivos que se tengan para no efectuar el pago de los cupones; y se acompañarán a la demanda las diligencias originales del requerimiento. Entablado el Juicio, el Juez de Oficio o a petición de parte, practicará inspección en la sociedad emisora en el término probatorio respectivo, para los mismos fines indicados en el número anterior."

- 3- Artículo 50 numeral 5 que dice " Las acciones que tengan de recho a ser amortizadas, total o parcialmente, serán ejecutivas por las sumas que hayan de amortizarse a cuenta del capital que incorporen, siempre que se acompañe la documentación en que conste su derecho a la autorización y PREVIO EL REQUERIMIENTO judicial que a solicitud del interesado, se haga a la sociedad, para que dentro del término que se le señale, indique las razones que tuviere para denegarla. Entablando el juicio, en el término probatorio respectivo, El Juez de oficio o a petición de parte, practicará inspección en la sociedad emisora para cerciorarse de la procedencia o improcedencia de la amortización.
- 4- Artículo 50 numeral 6, que dice: " Las obligaciones Bancarias están sujetas a los mismos requisitos que los bonos u obligaciones negociables. Que serían las formas contempladas en el numeral 3 del artículo mencionado.

2º ANÁLISIS DE CADA CASO Y FORMA DE PROCEDER

En este numeral he reunido el número tercero desarrollado en este capítulo por circunstancias propias del estudio en particular de cada caso.

1o. Caso.- El artículo 50 numeral 3º L. Pr. M., " Los bonos u obligaciones negociables y los cupones de los mismos para el cobro de los intereses, tendrán fuerza ejecutiva, previo requerimiento de pago que a solicitud del interesado, hará el Juez al representante la entidad emisora, la cual deberá manifestar dentro del término que se le señale, las razones que tenga para no efectuar el pago respectivo. A la demanda se acompañarán las diligencias originales de requerimiento y en el término probatorio del juicio respectivo, el Juez de oficio a petición de parte, practicará inspección personal en la institución emisora, a fin de establecer si los títulos presentados confrontan con los talonarios o títulos de que se desprenden. Sino confrontaren, se absolverá al emisor demandado . "

La ley establece un procedimiento especial para obtener el cobro de los intereses derivados de los bonos u obligaciones negociables son títulosvalores representativos de la participación individual de sus tenedores, en un crédito colectivo a cargo del emisor y de acuerdo con el artículo 678 Com. únicamente pueden ser emitidos por:a) el Estado y el municipio ; b) las instituciones oficiales autónomas; c) las sociedades de economía mixta y las instituciones de interés público; d) las sociedades de economía mixta ; e) las sociedades de capitales; y f) las asociaciones, corporaciones o fundaciones que tengan personalidad jurídica.

Generalmente en el caso de las sociedades de capital tienen su razón de ser en los casos en que la sociedad para continuar sus actividades necesita de nuevas aportaciones extraordinarias, para lo cual emite bonos u obligaciones negociables con el objeto de obtener un crédito colectivo, pero para ellos es necesario previo acuerdo en Junta General Extraordinaria de Accionistas, artículo 224 Com. No. II, una vez aprobado, se autoriza la emisión en escritura pública que debe reunir los requisitos de los artículos 684 y 689 Com. transcurridos seis meses después de la inscripción de la escritura o al estar colocada la tercera parte de la emisión, la entidad emisora convoca a la Primera -

Junta de Tenedores de Bonos en la que se designará un Representante Común Propietario y una Suplente que pueda ser un particular o un Banco pero que en todo caso puede otorgar poderes para litigios y cobranzas; si la entidad emisora no hace la convocatoria a la primera Junta de Tenedores de Bonos, éstos pueden reclamar judicialmente el pago de los bonos; artículo 685 Com. El objeto de dicha primera Junta es exclusivamente nombrar al Representante común Propietario y al Suplente, quien de acuerdo con el artículo 690 Com. tiene entre otras obligaciones las siguientes: a) convocar o presidir las futuras Juntas de Tenedores de Bonos; b) Ejercitar todas las acciones o derechos que corresponda al conjunto de tenedores de bonos; c) Asistir a los sorteos cuando se hayan previsto; d) asistir a las Juntas Generales de Accionistas de la entidad emisora; e) celebrar en nombre de los tenedores de bonos, los contratos o documentos respectivos, etc. No obstante lo anterior los tenedores de bonos individualmente considerados pueden ejercitar de conformidad al artículo 691 literal b) la acción siguiente: exigir de la entidad emisora, en la vía ejecutiva o en cualquiera otra, el pago de los intereses vencidos, de los bonos vencidos o sorteados y de las amortizaciones o reembolso que se hayan vencido o decretado conforme a la escritura de emisión.

Entonces si uno de los tenedores de bonos o el representante común quisiese reclamar los intereses vencidos de conformidad con el artículo 691 No. II Com. , de acuerdo con el No. 3º del artículo 50 L. Pr. M. debe seguir previamente las diligencias de requerimiento de pago contra el representante judicial y extrajudicial de la entidad emisora en el Juzgado de Comercio respectivo; el Juez al proveer de conformidad hará el requerimiento solicitado y el representante de la Sociedad demandada deberá contestarle dentro del término que el funcionario le señale manifestando desde luego, las razones que la Sociedad tenga para no efectuar el pago respectivo. Una vez concluidas las diligencias, se iniciará el juicio ejecutivo mercantil correspondiente y a la demanda respectiva deberán acompañarse las diligencias de requerimiento originales; en el término probatorio del juicio ejecutivo, a petición de parte o de oficio el Juez practicará inspección personal en la institución emisora, a fin de establecer si los títulos presentados en la demanda ejecutiva, confrontan con los talonarios o títulos de que se desprenden; sino confrontan, " se absolverá al demandado . "

Ese es un síntesis el procedimiento en caso de reclamo de intereses provenientes de los bonos.

2o.- Caso. El numeral 4º del artículo 50 L. Pr. dice " Los cupones de las acciones para el cobro de dividendos, serán ejecutivos si se acompaña la documentación que comprueba la cuantía de los dividendos que incorporan. Tal cuantía puede establecerse con la certificación extendida por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado o por la propia sociedad emisora, o mediante los avisos publicados por esta última. En todo caso y como acto previo a petición del interesado, se requerirá judicialmente de pago al representante de la sociedad emisora, a efecto de que dentro del término que se le señale, exprese los motivos que se tengan para no efectuar el pago de los cupones; y se acompañarán a la demanda las diligencias originales de requerimiento. Entablado el juicio, el Juez de Oficio o a petición de parte, practicará inspección en la sociedad emisora en el término probatorio respectivo, para los mismos fines indicados en el número anterior".

La palabra acción a que se refiere este numeral en estudio se toma en el sentido de títulovalor que representa los derechos del socio en las sociedades de capital; y es de tal manera que se entiende la palabra acción en el artículo 144 Com.

Los derechos que ampara la acción mercantilmente hablando son: a) Derechos patrimoniales o Económicos; y b) Derechos Sociales o en Consecución.

Dentro de los Derechos Patrimoniales o económicos se enumeran los siguientes: 1) Derecho a percibir los dividendos, esto es, las utilidades que produce la Sociedad, artículo 35 Com.; 2) Derecho de recibir a la hora de liquidarse la Sociedad, la parte del haber social que se adjudique a cada acción; 3) Derecho de traspasar y gravar la participación social; 4) Otros derechos adicionales como el de opción a suscribir proporcionalmente nuevas series de acciones, artículo 157 Com.

Los Derechos Sociales o de Consecución, son los siguientes: 1) - Derecho activo de participación en la administración social, mediante el voto en las Juntas Generales; 2) Derecho Pasivo de Participación, o sea el derecho de ser elegido para cargos dentro de la organización de la sociedad.

El artículo 149 Com. indica que los títulos de las acciones y los certificados provisionales o definitivos deben contener los principales derechos y obligaciones del tenedor de las acciones, y en su caso las -

limitaciones del derecho de voto; dejando espacio suficiente para los endosos; en consecuencia, el derecho a percibir las utilidades como - derecho económico de los socios está amparado por las acciones y cuando ese derecho se le incumple al accionista, éste puede ejercitar la acción ejecutiva mercantil correspondiente para exigirlo, teniendo por base lo dispuesto en el artículo 50 numeral 4º L. Pr. M., pero para -- ello debe llenar los requisitos siguientes: a) deberá comprobar la cuantía de los dividendos que incorporan las acciones, lo que podrá hacer - de la siguiente manera: 1) mediante certificación extendida por la Su-- perintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles; 2) mediante certi-- ficación extendida por los funcionarios respectivos de la sociedad de - que se trate; o 3) mediante los avisos publicados por la sociedad deudo-- ra; b) deberá acompañar a la demanda ejecutiva, las diligencias origi-- nales de requerimiento hechas por él mismo contra el representante ju-- dicial y extrajudicial de la sociedad demandada en las cuales éste ma-- nifieste los motivos por los cuales no se pagan los dividendos o los cu-- pones respectivos. En el término probatorio del Juicio ejecutivo el - Juez practicará a petición de parte o de oficio inspección personal en la sociedad emisora a fin de establecer si los " cupones de las accio-- nes " presentados confrontan con los talonarios o títulos de que se des-- prenden; sino confrontaren, se absolverá al emisor demandado.

Nótase que al igual que en el numeral anterior, la ley de Proce-- dimientos Mercantiles insiste en hablar de CUPONES de bonos o acciones, cuando el derecho sustantivo, o sea el Código de Comercio no trató de - tales cupones en ninguna disposición salvo en el artículo 1120 Com. El artículo 127 de la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana, de la cual nuestro Código de Comercio tomó muchas disposiciones trata expresamente de los cupones de las acciones cuando dice: " Los títu-- los de las acciones llevarán adheridos cupones, que se desprenderán - del título y que se entregarán a la sociedad contra el pago de dividen-- dos o intereses " , de la redacción de dicho artículo se denota muy - claramente la función de los cupones de las acciones y más que todo se ve a las claras la congruencia que tiene con el numeral en estudio de la Ley de Procedimientos Mercantiles, pero lamentablemente a nuestros legisladores se les olvidó copiar dicho artículo de la Ley Mexicana y eso produce la duda si podrá aplicarse realmente el No. 4º en estudio, o si como se dijo respecto de los cupones de los bonos, hay que atender a la costumbre como fuente de derecho mercantil para poder concebir la disposición tal como está redactada.

3o. Caso- El No. 5º de la Ley de Procedimientos Mercantiles establece " Las acciones que tengan derecho a ser amortizadas total o parcialmente, serán ejecutivas por las sumas que hayan de amortizarse a cuenta del capital que incorporen, siempre que se acompañe la documentación en que conste su derecho a la amortización, y previo el requerimiento judicial que a solicitud del interesado, se haga a la sociedad, para que dentro del término que se le señale, indique las razones que tuviere para denegarla.

Entablado el juicio, en el término probatorio respectivo, el Juez de oficio o a petición de parte, practicará inspección en la sociedad emisora para cerciorarse de la procedencia o improcedencia de la amortización ".

El numeral en estudio se refiere a las acciones que tengan derecho de ser amortizadas; tal situación guarda relación estrecha con lo que se llama disminución de capital en las sociedades de este tipo.

Quando una sociedad de capitales nota que una parte del capital no representa más que un patrimonio ocioso por carecer por ejemplo de posibilidades de invertirlo, dicha sociedad puede acordar una disminución de capital a fin de adaptarlo al valor real del patrimonio, haciendo así posible el reparto de beneficios; tal disminución de capital puede hacerse de dos maneras generales: a) disminución del número de acciones, operación que se realiza o puede realizarse de dos maneras diferentes: 1) amortización, o 2) amortización con emisión de certificados de goce ; y b) disminución del valor nominal de las acciones existentes.

Pero para poder hacer efectiva la disminución del capital es necesario dar cumplimiento a los artículos 181 Com. y siguientes.

Si la disminución se acordó realizarla mediante la amortización de acciones, la designación de los títulos que hayan de cancelarse se hará por sorteo, con intervención de un representante de la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles, levantándose acta notarial en que conste las circunstancias y resultados del sorteo; salvo lo dispuesto en el pacto social, las acciones se amortizarán a su valor contable, esto, a un precio equivalente al resultado de dividir el valor del patrimonio social, según el último Balance entre el número de acciones en circulación, artículo 185 Com. Por lo que se refiere a la amortización de acciones de antiguos accionistas con el objeto de proveerles de certificados de goce o de utilidades repartibles, debe atenderse a las reglas del artículo 217 Com.

Entonces cuando un ex-accionista cuyas acciones tuvieron la suerte de ser amortizadas quiere reclamar las sumas que le correspondieron en la operación iniciará juicio ejecutivo mercantil en contra de la sociedad emisora, pero para ello deberá comprobar el derecho que tiene a reclamar tales sumas en virtud de la amortización, lo que podrá hacer mediante certificación extendida por el respectivo funcionario de la sociedad o por la superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles, ya que un delegado de ésta interviene en la amortización y además como en los casos de los numerales 3º y 4º de este artículo, deberá presentar las diligencias originales de requerimiento practicadas ante un Juez competente contra el representante de la sociedad en las cuales, previo el trámite legal, éste haya manifestado las razones de la denegativa y el término probatorio del juicio ejecutivo, el Juez a petición de parte o de oficio, practicará inspección en la sociedad emisora para cerciorarse de la procedencia o improcedencia de la amortización.

4o. Caso.- El numeral 6º del artículo 50 L. Pr. M. expresa: " Las obligaciones Bancarias están sujetas a los mismos requisitos que los bonos u obligaciones negociables "

El artículo 1184 Com. menciona en su numeral tercero como una operación Bancaria reservada, la emisión de obligaciones Bancarias; tales obligaciones Bancarias consisten en la emisión de Cédulas Hipotecarias y Bonos Bancarios, artículo 1222 Com. El No. V. de esta disposición dice: " Sin perjuicio de las acciones a que den lugar las garantías adicionales, si las hubiere, los títulos y sus cupones serán títulosvalores exclusivamente a cargo del emisor y producirán acción ejecutiva contra el mismo, previo requerimiento de pago, los títulos llevarán adheridos cupones necesarios para el cobro de intereses y en su caso de amortizaciones . "

Por lo que respecta a las cédulas Hipotecarias, de acuerdo con el artículo 1226 Com. son obligaciones emitidas por Bancos que realicen operaciones de crédito hipotecario, las cuales conceden garantía preferente mencionada, artículo 1227 Com. En nuestro país hasta el momento las cédulas hipotecarias únicamente son emitidas por el Banco Hipotecario de El Salvador, y en cuanto a los demás requisitos de su emisión hay que atender a lo dispuesto en -

los artículos 127 y siguientes de la Ley sobre Instituciones de Crédito y 56 y siguientes de la Ley del Banco Hipotecario.

En cuanto a los Bonos Bancarios Hipotecarios, de acuerdo con el artículo 1229 Com. son obligaciones emitidas por un Banco, con garantía de una hipoteca directamente constituida en favor de sus titulares, por la persona a quien el Banco acredita el importe de la emisión; el hipotecante firmará los bonos como avalista del emisor y responderá solidariamente en la vía cambiaria y directamente en la hipotecaria; los deudores que hayan garantizado hipotecariamente los bonos emitidos, no podrán arrendar los bienes hipotecados, sin previa autorización del emisor, a plazos mayores de un año, si se trata de fincas urbanas, o de dos años si de predios rústicos; ni recibir anticipadamente la Renta de más de dos años o de seis meses, respectivamente, artículo 1231 Com.

De los artículos transcritos, especialmente del No. V del artículo 1222 Com. se desprende la acción ejecutiva que involucran este tipo de obligaciones bancarias y el procedimiento que deberá seguirse de acuerdo con el artículo 50 No. 6º L. Pr. M. es similar al detallado respecto de los bonos u obligaciones negociables, siendo necesario como en éstos, seguir en el tribunal competente las diligencias de requerimiento respectivas contra el representante del Banco emisor, a fin de que éste señale los motivos que se tengan para no pagarlos y la demanda ejecutiva deberá entonces ir acompañada de dichas diligencias originales; en el término probatorio del juicio ejecutivo, el Juez a petición de parte o de oficio, practicará inspección personal en la institución emisora, a fin de establecer si los títulos presentados confrontan, de lo contrario absolverá al demandado.

.....
.....
.....
.....

VIII - LEGISLACION COMPARADA Y CONCLUSIONES

En la exposición de motivos de la Ley de Procedimientos Mercantiles los autores del mismo manifiestan: Para formular el proyecto de que se trata, se ha hecho un detenido análisis de las disposiciones del nuevo Código de Comercio, especialmente de aquellas en que se requiere la intervención judicial; y se han tenido como fuentes del mismo, además del contenido de dicho Código, los siguientes instrumentos de trabajo: el proyecto de " Ley Transitoria de Procedimientos Mercantiles " sometido al conocimiento de la Honorable - Asamblea Legislativa por el doctor Roberto Lara Velado con fecha 20 de marzo de 1976 , del cual se han tomado con ciertas variantes una de sus disposiciones, sustituyéndose otras e incluyéndose nuevas; - el texto del proyecto de " Ley Uniforme Centroamericana de Títulosvalores " el Proyecto de Ley Uniforme de Títulosvalores para América Latina; las leyes sobre la materia vigente en otros países; los principios fundamentales del Derecho Procesal, y sobre todo, la experiencia adquirida en nuestro sistema de administración de justicia. También se han consignado algunas disposiciones del Código de 1904 que se ha estimado convenientemente conservar " .

En lo referente a los actos previos en la Ley de Procedimientos Mercantiles, las legislaciones como la Española , La Mexicana, la Guatemalteca, La Argentina y otras que se han consultado no incluyen dentro de su sistema Legal Mercantil una Ley de Procedimientos Mercantiles como la adoptada por nuestro sistema legal; sino que la incluyen dentro de su sistema legal mercantil promulgado en sus Códigos de Comercio acomodando estos trámites especiales en los procedimientos comunes y así alguna de ellas llama a sus Códigos " Códigos Procesales Civiles y Comerciales"; y es talvez aquí donde radica lo especial de nuestra Ley de Procedimientos Mercantiles, por -- contener la enumeración de los actos previos a la demanda, atendiendo a su uso frecuente en la actividad mercantil y así tratar de reducir en lo más posible y en beneficio de las partes que en determinado momento entran en conflicto resolver sus problemas en una forma más pronta y eficaz, y que es la naturaleza propia del comercio. Asimismo se reducen los trámites lo más posible, en benefi-

cio de la Economía Procesal y la celeridad que deben tener los asuntos de comercio y en aras de tal fin, también se permite que prime el principio de oficiosidad más que en lo Civil. Cabe ahora esperar que en la práctica los procedimientos breves establecidos por la Ley no se tergiversen y que el principio de oficiosidad prime en aquellos trámites en donde expresamente se establecieron y no vaya a suceder como ahora que los Jueces hacen caso omiso de tales principios, lo que resulta de ello de los Procesos sean más indefinido en sus trámites, o sea que estos se alarguen indefinidamente y ellos se debe a veces a situaciones especiales, como las que se dan en los Tribunales para la resolución de los procesos, que se hacen a pura práctica sin consultar la Ley, de ahí la necesidad que tiene el Juez de conocer la Ley y aplicarla y en caso de duda por la novedad de la Ley se consulte a personas entendida en la materia y esto debe de hacerse en beneficio propio de la Administración de Justicia y como fin primordial en beneficio del país.

En síntesis con la promulgación de la Ley de Procedimientos -- Mercantiles nuestro Legislador procuró ante todo la adaptación de sus disposiciones a la promulgación nacional, y así poder mantener la armonía indispensable que debe existir en nuestra Legislación, regulando en forma justa las controversias que puedan surgir en las relaciones jurídicas mercantiles; y así la promulgación de la ley constituye la resolución de esa necesidad urgente, ya que sin ella sería casi imposible cumplir en forma adecuada muchas de las disposiciones a que el Código se refiere, e indudablemente la aplicación que de aquella se haga, y así permitirá comprobar su eficacia o indicar los vacíos que pueda -- contener la celeridad que es la característica en las relaciones mercantiles, exige que la decisión judicial de los asuntos controvertidos se obtenga en forma simple y breve, y que a la vez garantice de manera eficaz las pretensiones de los interesados.



BIBLIOGRAFIA

LARRAÑAGA Y PINA	" Derecho Procesal Civil "
HUGO ALSINA	" Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial "
RAFAEL GALLINAL	" Manual de Derecho Procesal Civil "
GUILLERMO CABANELLAS	" Diccionario de Derecho Usual "
EDUARDO J. COUTURE	" Fundamentos de Derecho Procesal Civil "
EDUARDO PALLARES	" Diccionario de Derecho Procesal "
JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ	" Derecho Mercantil "
JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ	" Tratado de Sociedades Mercantiles "
RAUL CERVANTES AHUMADA	" Títulos y Operaciones de Crédito "
JESUS RAFAEL FUNES ARAUJO	" Actos Previos a la Demanda en el Proceso Civil "
CESAR VIVANTE	" Tratado de Derecho Mercantil "
TULLIO ASCARELLI	" Teoría General de los Títulos de Crédito "
ROBERTO LARA VELADO	" Apuntes de Clase "
RUBEN VANEGAS RODRIGUEZ	" El Derecho de Retención "

#####

.....

#####

.....

#####