

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE CIVIL.

MEDIATION AND CIVIL ARBITRATION.

Artículo Científico Recibido: 14 de septiembre de 2017 Aceptado: 14 de noviembre de 2017

FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ¹
fgorjon@hotmail.com

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad demostrar al lector que la posibilidad de llevar acabo arbitrajes y mediaciones en materia civil es factible, ello derivado de las diversas acciones civiles que por su propia naturaleza aceptan negociación y en consecuencia también mediación y arbitraje, entiendo que de igual forma no contradicen ningún supuesto o marco regulatorio contrario al orden público. Se efectuó una exégesis en las diversas acciones civiles y se abordó su definición desde la parte doctrinal, legal y jurisprudencial, solo refiriendo en el texto nuestra interpretación de las diversas fuentes, ya que previamente se elaboró un estudio señalando la importancia y trascendencia de las acciones en nuestro derecho y sobre todo en el entorno de los MASC.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate to the reader that the possibility of arbitration and mediation in civil matters is possible, as a result of the various civil actions that by their very nature accept negotiation and consequently also mediation and arbitration. They do not contradict any assumption or regulatory framework contrary to public order. An exegesis was made in the various civil actions and its definition was approached from the doctrinal, legal and jurisprudential point, only referring in the text our interpretation of the different sources, since previously a study was elaborated pointing out the importance and importance of the actions in our law and especially in the environment of the MASC.

PALABRAS CLAVE: Negociación, mediación, arbitraje civil.

KEYWORDS: Negotiation, mediation, civil arbitration.

¹ Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Coordinador Académico del Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Controversias de la UANL; Investigador nacional nivel II del CONACyT; Coordinador de la línea de generación y aplicación del conocimiento de los métodos alternos de solución de conflictos en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma universidad. fgorjon@hotmail.com / francisco.gorjon@uanl.mx

SUMARIO: Introducción. 1. Contexto internacional de la mediación y el arbitraje; 2. Arbitraje civil y su relación con la mediación civil; 3. Acciones civiles mediables y arbitrables; 3.1. Acciones su clasificación y la posibilidad de entrar en materia de negociación previa; 3.2. Las acciones civiles analizadas en particular; 3.2.1. Acción *Ad Exhibendum*; 3.2.2. Acción *Aquae Pluvia* o *Aquae Arcendae*; 3.2.3. Acción *Communi Dividundo*; 3.2.4. Acción Confesoria; 3.2.5. Acción de cumplimiento de contrato; 3.2.6. Acción de enriquecimiento sin causa; 3.2.7. Acción estimatoria o *quantis minoris*; 3.2.8. Acción de Jactancia Acción de Jactancia; 3.2.9. Acción de Nulidad; 3.2.10. Acción Oblicua; 3.2.11. Acción de Pago; 3.2.12. Acción Proforma; 3.2.13. Acción Pauliana; 3.2.14. Acción de petición de herencia; 3.2.15. Acción publiciana o plenaria de posesión; 3.2.16. Acción Redhibitoria; 3.2.17. Acción Reivindicatoria; 3.2.18. Acción de responsabilidad objetiva y subjetiva; 3.2.19. Acción rescisoria; 3.2.20. Acción de constitución de servidumbre; 3.2.21. Acción de simulación; 3.2.22. Acción Hipotecaria. Bibliohemerografía

INTRODUCCIÓN

Los métodos alternos de solución de conflicto se encuentran en plena expansión en México a partir de la reforma procesal constitucional penal del 2008 y de igual manera en América Latina. Sin embargo, cuando pensamos en la mediación y el arbitraje civil, su proceso de implementación y difusión no tiene el mismo impacto que el de la mediación familiar o penal, o en su caso del arbitraje comercial internacional aún que es viable su operación² en ambos casos, como ya sucede en Estados Unidos, Canadá, Australia, en la Unión Europea y en algunos países latinoamericanos, expresamente en sus normativas civiles, que derivan dichos asuntos a centros de mediación anexos a los tribunales o privados³. En la actualidad se está pensando seriamente que la mediación sea obligatoria⁴, existiendo ya la posibilidad de generarse como una etapa previa a la implementación del juicio en diferentes partes del mundo, como es el caso español⁵.

La explicación de la falta de su uso es el desconocimiento de las áreas de aplicación de la mediación y del arbitraje civil. Cuando hablamos de otro tipo de mediaciones como es el caso de la penal, existe un catálogo ampliamente señalado de delitos en donde opera, al igual que existe un amplio catálogo de conflictos familiares, sin

2 Jaramillo Zulueta, León José, La conciliación en el procedimiento civil, Ed. Del Profesional, Colombia, 2005.

3 Pérez Martell, Rosa, Mediación civil y mercantil en la administración de justicia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 41.

4 Elaborado por el SIJUPE NL y por el CITEJYC de la UANL, Proyecto de Ley de MASC de NL.

5 Pérez Daudi, Vicente, "Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", En Sotelo Muñoz, Helena, Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos, Ed. Tecnos, España, 2011, p. 385.

embargo, un catálogo de conflictos civiles no lo hay. Por lo que abordaremos este estudio no por tipos de conflicto, si no a partir de las acciones civiles, proclives a que se pueda dar la mediación o la negociación previamente a su implementación y en consecuencia puedan ser arbitrables con la única excepción de la intervención del orden público, o cuando de manera específica una normativa establezca la no arbitrabilidad o la no mediación, entendiendo que en América prevalece una teoría procesal uniforme identificada en las acciones civiles, aunque su tratamiento específico puede variar en la forma más no aun en el fondo, permitiéndonos considerar de *lege ferenda* la factibilidad de la mediación y del arbitraje civil⁶.

Por lo tanto analizaremos las áreas de aplicación en razón del análisis de las diferentes acciones procesales desde un punto de vista dogmático apoyándonos en jurisprudencia, determinando que son susceptibles de aplicar la negociación o la mediación previa al proceso judicial o establecer extraprocesalmente el procedimiento de arbitraje, concluyendo que si nuestros códigos contemplaran a la mediación y a la negociación como etapa previa de los diferentes juicios aquí señalados se abatiría considerablemente las cargas de trabajo en los juzgados, pudiendo ir mas lejos si el acuerdo de mediación causara la incompetencia del juez como sucede con el convenio o la cláusula arbitral.

1. CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

La mediación y el arbitraje han cobrado gran importancia en el mundo, debido a su impacto en todos los niveles sociales; además, se han constituido en un instrumento preeminente en las relaciones internacionales de Estados que por fuerza deben integrarse a un esquema globalizador con todos los países del orbe, en donde se combinan acciones entre naciones y particulares, impulsados por factores culturales, políticos y económicos.⁷

Es en este último esquema globalizador donde han tenido más progreso, sin embargo, su evolución es incipiente a pesar de la influencia de otros sistemas jurídicos en el esquema del derecho comparado, sobre todo en Latinoamérica, donde la codificación del derecho internacional ha sido el *argumentum* de desarrollo y producción

⁶ Para ampliar sobre el tema y ver referentes jurisprudenciales: ver Gorjón, Francisco y Steele, José. Métodos alternos de solución de conflictos. Ed. Oxford, Segunda Edición. México, 2012.

⁷ Fulvio Atina, *Il Sistema Politico Globale*, Gius Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1999.

jurídica,⁸ acorde con la teoría del comercio internacional, que rompe con el círculo vicioso del subdesarrollo⁹, integrando este último a la teoría procesal universal civil que en su magna amplitud considera las diferentes acciones aplicables en ambos universos, derivándose por tanto el uso de los MASC en ambas materias.

De igual forma, los MASC son considerados una garantía para lograr acuerdos. Por otra parte, esos métodos también generan una evolución beneficiosa de los sistemas jurídicos de muchos países, empero se limita solo a la parte mercantil, dejando de lado el área civil, misma que es mucho más amplia y susceptible de entrar en procesos de autocomposición, como mencionamos anteriormente en base a una teoría universal, sin la necesidad de la asistencia de un juez para resolver el problema.

Asimismo, el efecto del derecho comparado se refleja en el derecho comercial, regulador de las relaciones entre particulares, del cual han surgido las cláusulas arbitrales, producto de las relaciones comerciales internacionales.¹⁰ Dichas cláusulas deberían reflejarse en los flujos comerciales nacionales, pero nuestra cultura adversarial impide que terminen por consolidarse, sobre todo en los ámbitos locales.

En la actualidad el marco de desarrollo de la mediación y el arbitraje es muy basto, soportado por convenciones internacionales y leyes modelo, basta con analizar la ley modelo de arbitraje y la ley modelo propuestas por la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, para darnos cuenta de la implementación de políticas públicas internacionales que pretenden crear una cultura en el uso de los MASC, más aún si consideramos que dichas leyes modelos rompen viejos paradigmas, como es el caso de la distinción de la mediación y la conciliación, unificando ambos conceptos en uno.

De igual forma esta tendencia se ve en todos los países latinoamericanos, poniendo como ejemplo a México, ya que según recientes estudios relacionados con el Estado del Arte de la mediación¹¹, México cuenta con mas de 26 leyes específicas relacionadas directamente con la mediación y el arbitraje y mas de 300 leyes vinculadas con ellos

8 Fernández Arroyo, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, EUROLEX, Madrid, 1994, pp. 261 y ss.

9 Torres Gaytán, Ricardo, *Teoría del comercio internacional*, Siglo XXI, México, 1998, p. 14.

10 El arbitraje se constituye como la punta de lanza de los MASC.

11 Gorjón, Francisco y Steele, José, *Métodos Alternos de Solución de Controversia*, Ed. Oxford, Segunda edición, México, 2012.

mismos, lo que genera un marco *ad – hoc* a su desarrollo, evidenciándose una verdadera política pública de desarrollo, derivada de un contexto internacional, evidentemente cada vez más homogéneo.

Dicha evolución de nuestros sistemas jurídicos no se focaliza únicamente en los tradicionales MASC, sino que han evolucionado y adoptamos nuevos conceptos y figuras jurídicas alternas revolucionarias como es el caso de la justicia restaurativa¹² y yendo aun mas lejos catalogamos a la mediación – conciliación y al arbitraje como herramientas de paz¹³, por lo que sus vías de implementación se modernizan y facilitan su acceso a los particulares vía su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos.

Una de las vías mas representativas para el desarrollo e implementación de las MASC son las cláusulas *med–arb*, la dinámica de la mediación y el arbitraje en las relaciones comerciales, así como en otras áreas del conocimiento como le es la civil es más recurrente cada día; al grado que podemos observar frecuentemente cláusulas de mediación y cláusulas de arbitraje en todo tipo de contratos, reglamentos y leyes, que obliga a las partes a someterse a estos procedimientos, sin embargo, las cláusulas *med–arb* no lo son, se encuentran en un proceso de desarrollo y hay poco bibliografía al respecto. Las Cláusulas *med–arb* son consideradas como un esquema de aseguramiento de resolución de conflictos en la vía privada, inhabilitando totalmente la participación del estado en la resolución del conflicto, excluyendo expreso la participación del órgano jurisdiccional¹⁴.

Estas cláusulas son conocidas como un método híbrido o mixto ya que necesariamente iniciarán con una mediación y en caso de no encontrar la solución se remitirán inmediatamente al arbitraje. Esto implica que los beneficios del procedimiento de mediación apoyen el del arbitraje asumiendo como propios los presupuestos de confianza, prontitud, rapidez, equidad, entre otros¹⁵, generando con ello una cultura de uso y una vía mas amplia de implementación.

Las cláusulas *med–arb* son realmente un área de oportunidad y en este momento ya operan de manera específica, en conflictos de carácter comercial, en conflictos post-divorcio y en algunos conflictos de prestación de servicios profesionales como es el caso

12 Ídem

13 Ídem

14 Pinedo Aubián, F. Martín, “La aplicación del sistema medarb e n la resolución de conflictos y sugerencias para su adecuación e implementación en la legislación nacional”, Revista Jurídica del Perú, No. 99. Lima, mayo de 2000, pp. 281 y ss.

15 Saiz Garitaonandía, Alberto, “Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, En Soletto Muñoz, Helena, Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Ed. Tecnos, Madrid, 2011. p. 81.

del Instituto Americano de Arquitectos de Argentina que prevé esta posibilidad entre propietarios y arquitectos¹⁶.

Por ello, surge la necesidad de tratar los MASC de forma especial, siguiendo la tendencia de tratar el derecho comercial como un derecho especial, a pesar de la simbiosis que tiene con el derecho civil¹⁷; empero, sus particularidades y la *lex mercatoria* nos obligan a pensar en este tratamiento¹⁸, prueba de ello como lo mencionamos anteriormente son las leyes modelo de arbitraje y conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y de convenciones internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como Convención de New York del 58, y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida como Convención de Panamá del 75¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, los MASC deben ser tratados de forma similar, en un esquema de universalidad y en un ambiente despolitizado, ya que el espíritu de los MASC no debe contraponerse con políticas públicas arcaicas de Estados determinados, debiéndose suscribir a la mediación y al arbitraje un estadio ecuménico que permita su desarrollo a través del derecho comparado para lograr el *desiderátum* del sistema conciliar y terminar con el conflicto de la impetración de la justicia²⁰.

2. ARBITRAJE CIVIL Y SU RELACIÓN CON LA MEDIACIÓN CIVIL.

¿Porque el arbitraje civil en México y en América latina está en desuso? La respuesta es simple y a la vez dramática, y tiene dos vertientes: La primera de ellas es el desconocimiento de la vía arbitral y los beneficios que esta tiene al igual que sucede con el arbitraje comercial doméstico, con la diferencia que el arbitraje internacional comercial es ya una práctica común en el comercio internacional.

Segunda, la regulación establecida en los códigos civiles, en las leyes de enjuiciamiento civil, en leyes específicas y códigos de procedimientos civiles es contradictoria a los principios del arbitraje, basta con comparar en el caso de México el

16 Cattaneo, María Rosa y Basabe, Nélica, Cláusulas y casos de mediación – arbitraje (med-arb) y su utilidad práctica, <http://www.anupa.com.ar/articulos/page14.html>.

17 Schmidt, Karsten, Derecho comercial, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 9 y ss.

18 Mantilla Serrano, Fernando, "Lex mercatoria: Una contribución del derecho comparado", conferencia presentada durante el seminario de arbitraje comercial organizado por ammac en Guadalajara, marzo, 1998 (inédito).

19 Cfr. Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, Derecho mercantil internacional, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 46 y ss.

20 Gorjón, Francisco, "Arbitraje Solución a la Impetración de la Justicia", Revista HELIAL del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología, Año 2, No. 3, México, Junio, 2002.

Código de Comercio que al igual que otras leyes adoptaron el modelo UNCINTRAL, lo relativo al arbitraje comercial con cualquiera de los otros ordenamientos civiles antes mencionados para darnos cuenta de esta situación, que en muchos de los casos establecen el mal denominado juicio arbitral, Dándose el caso que en algunos ni siquiera se prevé como es el caso del Estado de Guanajuato, México que no lo prevé.

El arbitraje civil es viable²¹, las posibilidades de su implementación son amplias al igual que la mediación, la vía idónea para su desarrollo son las cláusulas *med – arb*, basta con analizar todas las acciones que a continuación describiremos, para ubicarlo en el mismo²². Las áreas de oportunidad están ahí promovámoslo y generemos una cultura de su uso.

3. ACCIONES CIVILES MEDIABLES Y ARBITRABLES

Como lo mencionamos en el proemio de este artículo, la trascendencia de determinar que acciones pueden por propia naturaleza aceptar un procedimiento de negociación, mediación o arbitraje antes de su formalización por vía judicial es de trascendental importancia, ya que crearíamos el área de oportunidad para su desarrollo y generar un catálogo de acciones civiles mediables, esta posibilidad ya se encuentra prevista en los códigos de procedimientos civiles, como sucede con los catálogos de mediación familiar y penal²³ y en sus respectivos códigos procesales, con la excepción que en materia civil no opera. En el mismo sentido si la acción acepta este método alterno en consecuencia podrá aceptar un procedimiento de arbitraje, previsto de igual manera en las normativas procesales, entendiendo que la limitación única será el orden público.

3.1. ACCIONES SU CLASIFICACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE ENTRAR EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN PREVIA Y MEDIACIÓN.

Para definir acción es necesario observar su propia evolución, siendo este un concepto acuñado por la práctica y la asertividad, considerada como una vía de gestión de derechos de los particulares, consolidada y homogénea en el mundo del derecho procesal, que considera conflictos específicos para su operacionalización, siendo este el

21 Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Ed. Oxford, México, 1998, p. 295.

22 Infra. 3.2 y 3.3.

23 Gorjón, Francisco y Steele, José, Métodos Alternos de Solución de Controversias, Ed. Oxford, Segunda edición, México, 2012.

principal argumento para elaborar un catálogo de acciones civiles susceptibles de aplicar los MASC, más aún que en este momento el desarrollo de los MASC se da por la intervención del poder judicial, al grado que se ha clasificado este fenómeno como "mediación en sede judicial"²⁴.

A mediados del siglo pasado se consideraban la acción y el derecho subjetivo (derechos que corresponden al individuo) conceptos de un significado semejante. Se decía que la acción es el derecho en su aplicación práctica, o lo que es lo mismo, el derecho perseguido en juicio. Con el paso del tiempo fue construyéndose un sistema en virtud del cual se consideraba el derecho como el aspecto sustancial del poder conferido a una persona a través del ordenamiento jurídico y la acción era el aspecto formal del derecho, que habilita la posibilidad de hacerlo valer en un juicio cuando es ignorado o desconocido por propia voluntad. Hasta tal punto se hizo importante este segundo aspecto que ha dado origen al nacimiento de una disciplina jurídica autónoma: el Derecho Procesal, que tiene como base la acción y origina las diferentes clases de juicio.

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

Acción²⁵ tiene su origen en la expresión latina *actio*, la que era un sinónimo de *actus* y aludía, en general, a los actos jurídicos. Este significado original era muy amplio, pues podría aplicarse a cualquier acto jurídico. Sin embargo, en el primer periodo del proceso civil romano se denominaron actos solemnes establecidos en la ley que se debían cumplir para obtener la realización de un juicio y la decisión sobre un punto controvertido.

Couture²⁶, por un convencionalismo de lenguaje que tiene ya varios siglos, se acostumbra llamar al poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de jurisdicción. Pero ese vocablo tiene en el derecho un significado casi infinito. En el

24 Gorjón, Francisco, "Arbitraje Comercial. Paradigma del Derecho", Revista de Derecho Notarial, Año XLII, No. 116, México, Julio, 2001, CRDUE. 003185-97, INDA, Dirección de Reservas, SEP.

25 Cortés Figueroa, Carlos, Introducción a la Teoría General del Proceso, Cárdenas Editor, México, 1975, p. 153.

26 Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1942, p. 15.

derecho penal la acción se opone a la omisión en la acuñación típica de los delitos, en el derecho mercantil, y específicamente en el derecho de las sociedades, su significado nada tiene que ver con el del campo penal; en el derecho civil se utiliza el vocablo seguido de nombres propios que caracterizan ciertos tipos de derechos sustanciales (acción reivindicatoria, posesoria, pauliana, simulatoria, rescisoria; y a veces manteniendo sus denominaciones clásicas; "*actio in rem verso*"; "*actio quanti minoris*"; "*actio ad exhibendum*", etc.); en el derecho administrativo denota, genéricamente, la gestión de los administrados ante la administración. Esas mismas acepciones han variado en el tiempo y aún con relación a nuestra época su significado es diferente en los países de "*common law*" y en los países de derecho civil"

Couture²⁷ dice que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de interés. La definición anterior, se fundamenta en las ideas del derecho romano, y hay que tomar en cuenta que en él, la acción tenía un seguimiento limitado.

El jurista argentino Ramiro Podetti²⁸ nos indica: "la acción es el elemento activo del derecho material y en consecuencia corresponde al titular del derecho defenderlo o esclarecerlo. El titular del derecho sólo tiene la facultad de poner en movimiento al poder judicial, que implica un deber de someterse a él como sujeto del proceso. La acción en su génesis y en su desarrollo, va dirigida contra los individuos, pero la facultad de ponerla en movimiento se dirige contra el Estado".

La acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto.

Contreras Vaca²⁹, sostiene que el término acción proviene del latín *actio*, palabra que significa movimiento, actividad, acusación. Es importante recordar que la acción es un derecho humano, elevado en México, al rango de garantía individual, que faculta a los individuos y por la extensión a las personas jurídicas a provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales estatales con la finalidad de lograr que se les imparta justicia de manera pronta y expedita, resolviendo la controversia que en ese momento someten a

27 Couture, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal civil, segunda, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

28 Podetti, Ramiro, Teoría y Técnica del Proceso Civil, Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 198.

29 Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Procesal Civil, Ed. Oxford University, México, 1999, p. 13.

proceso y en la cual tienen intereses legítimos. Dicha controversia ha de resolverse con base en los criterios legales y con fuerza vinculatoria para los contendientes.

Gómez Lara³⁰, entiende por acción, el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional. Esta definición no es muy específica ya que involucra a varios géneros próximos extraídos de la variedad de opiniones formuladas respecto de la acción. Lo importante es dejar asentado que consideramos a la acción como algo que provoca la función jurisdiccional del Estado. Aceptado eso es conveniente dejar asentado la idea de que la acción en este sentido procesal, cuando menos tiene tres acepciones³¹:

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

Carnelutti³² sostiene que la intuición de que compete a las partes un derecho subjetivo de carácter estrictamente procesal es antigua, a esa intuición respondió el nombre de acción (*actio*), con el cual se denota el obrar en juicio, es decir, el desplegar actividad para la tutela, mediante el proceso, del interés de la parte.

Se tiene que distinguir el derecho que se hace valer en juicio, que es un derecho subjetivo material, del derecho mediante el cual se hace valer aquél, el cual tiene el

30 Gómez Lara, Cipriano, Teoría General del Proceso, Octava Edición, Ed. Harla, México, 1990, p. 118.

31 Couture, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 60.

32 Carnelutti, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1994, pp. 255 y ss.

carácter de derecho subjetivo procesal. Precisamente la acción es el derecho subjetivo procesal de las partes.

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

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

*El elemento personal, está constituido por las dos personas comprometidas en la situación de hecho, que de compararse con la norma general y abstracta de derecho objetivo.

*El elemento real, más conocido como *causa pretendi*, está conformado por los hechos que al ser comparados con la norma atacan la situación jurídica.

*El *petitio*, es lo que se pide a la jurisdicción.

A falta de uno de ellos, lógicamente no existirá la acción como una realidad jurídica, porque como manifiesta Leal Morales³³ sería inconcebible una acción sin alguien que la ejerza en relación con otro. Una acción que no opere sobre una citación de hecho, y tampoco coincide una acción que no tienda a que la jurisdicción adopte alguna decisión, que no tenga alguna suplica al poder jurisdiccional del Estado.

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

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

33 Leal Morales, Álvaro, "Derecho Procesal del Trabajo", Ed. Diario Jurídico, Bogotá, 1959, pp. 114 y ss.

modo que su consolidación y reconocimiento reiterado, hagan factible su incorporación posterior al derecho positivo de los diferentes países.

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*.

La acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estado civilizados, el ordenamiento procesal de los cuales no puede llegar a ser comprendido según lo que es en su estructura positiva y aparente, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos precisamente esta acción, en torno a la cual se desencadenan tantas teorías: la cual es una realidad, que puede determinar las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la cual no puede dejar de contar quien quiera comprender como está formado, en la civilización contemporánea, el proceso³⁴.

El procesalista italiano Ugo Rocco³⁵ define al derecho de acción como: "el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo".

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

3.2. LAS ACCIONES CIVILES ANALIZADAS EN PARTICULAR.

El presente apartado pretende señalar las diversas acciones que por propia naturaleza y por definición pueden aceptar negociación, mediación o arbitraje previo al

34 Calamandrei, Piero, Estudios sobre el Proceso Civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 139.

35 Rocco, Ugo, Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 143.

juicio³⁶, destacando sus características en razón de criterios doctrinales, legales y jurisprudenciales.

3.2.1. ACCIÓN AD EXHIBENDUM

Esta acción tiene como principal objetivo apoyar la estructuración y operación de un juicio como una medida preparatoria del mismo, ello implica que para poder ejercer una acción de reclamo de un derecho será necesario que una de las partes aporte determinados elementos.

La Acción AD- *EXHIBENDUM* es conocida de igual manera como ACCIÓN EXHIBITORIA esta puede ejercitarse para pedir, en los casos permitidos por la ley, la exhibición de documentos o de alguna cosa mueble con objeto de poder ejercitarse mejor otros derechos³⁷.

Por lo tanto, está identificada la intencionalidad de las partes, ya que ejercer esta acción deriva en un medio preparatorio de juicio, si ellas logran ponerse de acuerdo anticipadamente a través de un negociador o de un mediador no será necesario llevar a cabo dicho juicio ahorrándose la promoción del medio preparatorio.

3.2.2. ACCIÓN AQUAE PLUVIA O AQUAE ARCENDAE

Esta acción que se concede al propietario de un fundo contra el propietario del fundo vecino. Esta acción pretende que este último proceda a demoler una obra, realizada en su fundo, que modifica el curso normal de las aguas de modo que irrumpen en el fondo del primero³⁸.

Estos elementos son el marco propicio para que pueda darse el procedimiento de negociación y de mediación, entendiendo que en todo momento esta presente la voluntad de las partes más aun que establece reglas específicas de implementación de la acción compatible a un procedimiento alternos, que permiten a las partes márgenes de negociación claros.

3.2.3. ACCIÓN COMMUNI DIVIDUNDO

36 Para la clasificación de las acciones se contó con la colaboración de Yolanda Reyes Zarate alumna del Doctorado en Derecho de la UANL sede La Salle. Que propone una selección más amplia de acciones que las aquí seleccionadas, V. Revista Ex Lege, Ed. Lasalle Bajío, México, 2012.

37 Smith, Juan Carlos, "Diligencias", Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VIII, Ed. Driskill, México, 2005, p. 847.

38 Pallares, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 31.

Esta acción tiene su aplicabilidad y origen en la copropiedad y tiene como fundamento teórico el de que nadie está obligado a la indivisión y encuentra su origen en la figura romana *actio communi dividendo*. La división puede tener distintos alcances: a) existe la indivisión radical, que tiene su base en la imposibilidad física de dividir; b) en otro sentido la cosa puede no ser divisible materialmente, pero es divisible *in pretio*, es decir, mediante licitación o subasta o bien por adjudicación; c) la cosa puede ser económicamente indivisible, es decir, cuando no sea oportuno dividir o sea demasiado incomoda la indivisión³⁹.

Por lo tanto, opera el necesario acuerdo de las partes para la división de la cosa, es fundamental ante la existencia de la copropiedad, teniendo como origen la voluntad de ser copropietarios, evidencia una cuestión de voluntad y de intereses que pueden negociarse, mediarse o arbitrarse. Hay que recordar que el fundamento para el logro de una negociación, mediación o arbitraje es identificar los intereses de las partes y separarlos de las posiciones, en este tipo de acciones es evidente y fácil de identificar.

3.2.4. ACCIÓN CONFESORIA

Esta acción tiene su origen del derecho de servidumbres y estas pueden constituirse mediante la celebración de cualquier contrato, ya sea oneroso o gratuito, la servidumbre, puede variar en el tiempo y en el espacio ya que existen ciertos efectos legalmente establecidos que pueden ser modificados de forma convencional por las partes, dado que son normas de exclusivo interés particular entre los titulares del predio sirviente y del predio dominante⁴⁰.

En esta acción el demandante sostiene que posee el derecho de servidumbre personal sobre una cosa que pertenece al demandado o que, en su calidad de propietario de un fundo, tiene el derecho de ejercer una servidumbre predial sobre el fundo vecino. En esta acción los sujetos activo y pasivo son el titular del derecho real inmueble o poseedor del predio dominante y respectivamente el titular o poseedor que contraría el gravamen

39 Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A., "Acción Divisoria", Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2000, p. 35.

40 Para ampliar el tema de las servidumbres V. De la Mata Pizaña, Felipe, Bienes y derechos reales, Ed. Porrúa, México, 2005, pp. 363 – 387.

reclamado, entre los cuales se puede dar un arreglo a fin de solucionar dicho conflicto sobre sus predios.

Por lo tanto, al derivarse las obligaciones entre los titulares del predio sirviente y del predio dominante de un acuerdo convencional y por tener interese comunes resulta aplicable la negociación y la mediación previo al inicio de la acción, evitando con ello un juicio y la desestimación de futuros derechos o en su caso de la obligatoriedad del otorgamiento de la servidumbre de forma contraria a los intereses de una de ella⁴¹.

3.2.5. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Este tipo de acción es aplicable como una acción personal que puede ejercitar cualquiera de los contratantes, para exigir que el otro cumpla lo convenido, a través de un juicio civil ordinario.

De lo anterior, podemos deducir que esta acción es proclive a la mediación y a la negociación, identificándose plenamente el rol de los participantes en la elaboración de un contrato, en un esquema en el que el principio de autonomía de la voluntad es manifiesta y controla el proceso, el contrato esta monopolizado por las partes.

3.2.6. ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La Acción de Enriquecimiento Ilícito o sin causa se deriva de la acción romana de peculio y de *in rem verso*⁴² considera que todo acto que enriquezca a una persona, en perjuicio de otra sea que consista en pagar una cosa que no debe, en ejecutar un hecho renunciar una acción, ceder un derecho, etc. La persona que sufre la perdida correlativa al enriquecimiento ilícito y los que representan sus derechos, entendido⁴³ por tales, no solo a los apoderados y representantes legales del directamente perjudicado, sino a su causahabiente a titulo universal. Esta acción es personal y de condena y se puede ejercitar contra: 1. El que recibió la cosa en pago, 2. Contra los terceros poseedores de la cosa, 3. Contra la persona a cuyo favor se cumplió una prestación sin causa jurídica⁴⁴.

41 Supra 3.2.21.

42 Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Ed. Oxford, México, 1999, p. 159.

43 Ídem.

44 Pallares, Eduardo, Tratado de Acciones Civiles, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 191.

Al respecto Bejarano⁴⁵ concuerda y señala que todo pago presupone la existencia de una deuda; si esta no existe. La entrega no tiene razón jurídica de ser y debe ser restituida. Tal devolución es conocida como *repetición de lo indebido*, genera el enriquecimiento sin causa y puede ocurrir en tres hipótesis:

- a) Cuando no hay deuda, se apor que la deuda no existió o porque habiendo existido ya había sido extinguida por recisión, nulidad, pago u otra causa;
- b) Cuando el deudor paga a persona distinta de su acreedor;
- c) Cuando el acreedor recibe el pago de persona distinta de su deudor.

Las características de esta acción están igualmente previstas en el artículo 1356 del Código Civil del Estado de Jalisco y señala que tiene el carácter de actor el perjudicado por un enriquecimiento sin causa y será demandado quien se enriqueció con detrimento de otro. Entre dicho sujeto activo y pasivo cabe la posibilidad de ponerse de acuerdo con la intervención de un tercero, a fin de solucionar su controversia.

3.2.7. ACCIÓN ESTIMATORIA O QUANTIS MINORIS

Esta acción se presenta en la vía civil ordinaria, la acción estimatoria o *quantis minoris* es el derecho que tiene un contratante de solicitar por vía judicial la modificación del acto bilateral y oneroso por haber recibido un bien con vicios ocultos.

Esta acción es similar a la acción redhibitoria pero la diferencia entre ambas acciones está en que la redhibitoria tiende a anular el acto jurídico y en la *quantis minoris*, solamente modificarlo, significa reducir el precio⁴⁶.

En las acciones derivadas de contratos es factible la implementación de la negociación o de la mediación previa al inicio de un juicio, ya que las obligaciones son derivadas de un acuerdo de voluntades y se genera un incumplimiento de lo convenido, por ello son proclives a que su busque un arreglo previo y se solucione el conflicto.

3.2.8. ACCIÓN DE JACTANCIA.

45 Bejarano Sanchez, Manuel. Op.cit.

46 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil Tomo IV, Porrúa, 2002, pp. 48 y ss.

Es la facultad que se concede a la persona afectada por la jactancia publica que otra haga, ostentándose como su acreedora o como titular de derechos reales sobre bienes poseídos por la primera, para que pida al juez que señale un plazo al jactancioso a fin de que ejerza la acción que afirme tener. En caso de que el jactancioso no formule su demanda en el plazo señalado, precluirá su derecho a hacerlo posteriormente⁴⁷.

La acción de Jactancia en el lenguaje común no es otra cosa que la abalanza desordenada o injusta que uno hace de si mismo; pero en el lenguaje legal se toma por la manifestación que uno hace de cosas que pueden causar a otro un gran perjuicio o menoscabo en sus estado personal o su reputación; como si uno fuese diciendo, por ejemplo, que otro era su siervo, o que la hacienda poseída como propia no era suya en realidad por haberla adquirida por medios ilícitos o injusto⁴⁸.

Esta acción ha desaparecido de algunos Códigos Procesales de los Estados por lo rara que resulta, en caso de que llegara a presentarse sería más sano solucionarla por la vía de la negociación o la mediación, ya que no hay disposición expresa en contrario.

3.2.9. ACCIÓN DE NULIDAD.

Esta acción consiste en la posibilidad de invalidar actos realizados en contravención de la ley ya sea por incapacidad de las partes por vicios del consentimiento porque su motivo o fin no

Una de las acciones más proclives para que puedan implementarse los MASC previamente al juicio es la de nulidad, ya que consideramos que puede darse una negociación entre las partes contratantes que otorgue una solución benéfica para las dos, derivado de la practica contractual. Aquí sólo quedarían excluidas las nulidades de pleno derecho, pues se trata de disposiciones de orden público.

3.2.10. ACCIÓN OBLICUA.

La acción oblicua se define como la acción personal ejercitada por una persona contra el deudor de su deudor, para exigir el pago de lo que se debe a este último⁴⁹. Esta

47 Ovalle Favela, José, "Acción de jactancia", Enciclopedia jurídica latinoamericana, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 84.

48 Pallares, Eduardo, op. cit., p. 195.

49 Pérez Bautista, Miguel Ángel, Obligaciones, Ed. IURE, México, 2005, p. 155.

acción es proclive a la implementación de los MASC, ya que previamente se puede generar una negociación o una mediación, al respecto Rojina⁵⁰ señala que el interés del acreedor no puede ser otro que lograr a través de este procedimiento el pago de su crédito, es evidente que el demandado puede paralizar la acción pagando al acreedor demandante el monto de su crédito, así como en la acción pauliana desaparece todo interés en el actor, en los casos en que el tercer adquirente paga el crédito respectivo.

Al respecto Rico Álvarez señala que ⁵¹la función de la acción oblicua se ha considerado bajo las siguientes dos concepciones:

- a) Quienes consideran que se trata de una acción para la conservación del patrimonio del deudor, a partir del cual se pagará el crédito del acreedor que la ejerce.
- b) Quienes consideran que se trata de una acción ejecutiva para un cobro indirecto del crédito del acreedor que la ejerce.

Por su parte sostiene que la función de la acción oblicua es doble, aunque en su tratamiento parecería que la concibe como mixta: si la acción de conservar el patrimonio del deudor para luego aprovecharse de los bienes ejecutados.

Para que opere esta acción se requiere:

1. Que el acreedor posea un interés real;
2. Que el crédito del acreedor sea actualmente exigible;
3. Que el deudor haya actuado con desidia o negligencia en el cumplimiento de sus derechos;
4. Que la ley lo permita.

3.2.11. ACCIÓN DE PAGO

La Acción de pago supone la entrega al acreedor de la misma cosa o prestación a que el deudor se obligó. Es el cumplimiento exacto de lo debido.

Las características del pago son:

⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, Teoría general de las obligaciones, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 441.

⁵¹ Rico Álvarez, Fausto, Et. al, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 492.

- a) La identidad del pago: lo que se paga debe ser exactamente lo que se debe;
- b) La integridad del pago: quien paga debe pagar lo que se debe con sus intereses e indemnizaciones
- c) Indivisibilidad del pago: el deudor no puede obligar al acreedor a recibir parcialidades (letras de cambios).

El pago puede hacerse por:

- a) El deudor;
- b) Un tercero interesado pecuniariamente,
- c) Un tercero no interesado pecuniariamente.

El pago debe hacerse a:

- a) Al acreedor o al representante del acreedor;
- b) Al incapacitado;
- c) Al poseedor del crédito;
- d) A un tercero.

Esta acción al igual que la anterior es proclive a resolverse vía la mediación y el arbitraje ya que la voluntad de pago será la medida para evitar la acción y lo mismo el punto de negociación.

3.2.12. ACCIÓN PROFORMA

Los elementos personales de esta acción son el actor que carece de título legal y que por ese hecho resulta perjudicado y el demandado que es la persona que está obligado a extender el título que ha omitido. Sujetos entre los cuales cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo previo a juicio para extender el título en cuestión. El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente.

3.2.13. ACCIÓN PAULIANA

A esta acción también puede llamársele Acción de Nulidad por actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio. Significa que el deudor tiene el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, se produce un estado de insolvencia, o bien lo aparenta, sustituyendo bienes de fácil embargo (como los inmuebles) por otros que sean ocultables a la persecución de los acreedores, mediante actor reales de enajenación o de gravamen (ventas, donaciones, hipotecas, prendas, etc.) o de renuncia de derechos repudiación de herencia, rechazo a una recompensa, etc.). Para hacer inoponibles tales maniobras del deudor y conservar su garantía de pago, el acreedor dispone de la acción pauliana⁵².

Así mismo consideramos que sería de interés para los acreedores e incluso para el deudor llegar a un arreglo que les permitiera evitarse males mayores todo esto por medio de una negociación previa a juicio. Aunque la posibilidad de negociación es difícil porque el sujeto pasivo (futuro demandado) ya actuó con dolo al fraguar un fraude a acreedores.

3.2.14. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.

Esta es una acción que tutela el derecho del heredero a que se le reconozca en justicia su derecho a los bienes del de *cujus* esta acción se deduce por el heredero testamentario o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria, y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de este y contra el que no alega título ninguno de posesión de bienes hereditarios o dolosamente dejó de poseerla. Siendo estos los sujetos activos y pasivos de dicha acción puede darse una negociación entre ellos en busca de conciliar intereses previos a juicio.

La Acción de Petición de Herencia⁵³, es una acción real que la ley otorga al heredero para reivindicar la herencia y obtener el pago de prestaciones accesorias. Los presupuestos de esta acción son 1.- La existencia de una herencia 2.- Que exista un heredero 3.- Que los bienes sean poseídos sin derecho por el albacea de la sucesión o un heredero aparente. La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o *ab- intestado*, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditaria con el carácter de heredero, o

⁵² Bejarano Sánchez, Manuel. op. cit., p. 275.

⁵³ Pallares, Eduardo, Tratado de Acciones Civiles, Ed. Porrúa, México, 1997.

cesionario de este y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario y dolosamente dejó de poseerlo.

La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le entregue los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas. La acción de petición de herencia puede intentarse indirectamente contra el que ha comprado la herencia para evitar que el demandante se vea obligado a intentar varios juicios; también procede la acción contra la persona que sólo tiene en su poder los frutos de la herencia.

La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o *ab-intestado*, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero, o cesionario de este y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo, se ejercitara para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas.

3.2.15. ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN.

La acción publiciana o plenaria de posesión le compete al poseedor que está en vías de adquirir una cosa en virtud de prescripción adquisitiva (usucapión) y que no puede reivindicarla como propietario pleno, así mismo admite negociación y mediación para dividir quien tiene el mejor derecho a poseer por no haber disposición en contraria.

Ya que el adquirente con justo título y de buena fe, le compete la acción para que el poseedor de mala fe le restituya la cosa con sus frutos y accesiones en los términos prescritos, igual acción le compete contra el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas o el demandado tuviere su título registrado y el actor no.

Esta acción la puede ejercitar el poseedor con título que en vías de adquirir la cosa por medio de la prescripción, por lo tanto, no puede ejercitar la acción cualquier clase de poseedor, sino sólo el que tiene a su favor un título adquisitivo. Por medio de este

tipo de acción se persiguen tanto los bienes muebles como los inmuebles. El objeto de esta acción es obtener la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones⁵⁴.

Los elementos para tener por acreditada la acción plenaria de posesión son los siguientes:

1. Que el actor tiene justo título para poseer.
2. Que posee de buena fe.
3. Que el demandado posee el bien a que se refiere el título.
4. Que es mejor el derecho del actor para poseer que el que alega el demandado. Para este efecto, el juzgador debe examinar cuál de los títulos exhibidos por las partes es mejor para acreditar el derecho a la posesión civil.

Si alguno de esos elementos no se demuestra por quien ejercita la acción posesoria, esta no procederá⁵⁵.

3.2.16. ACCIÓN REDHIBITORIA.

Acción Redhibitoria. También puede llamarse Acción de Rescisión por vicios ocultos y también da lugar a la acción estimatoria de reducción del precio y la cual consiste en la facultad que tiene el adquirente de reclamar la devolución del importe pagado por la cosa o una revisión en el precio por vicios ocultos en la misma⁵⁶.

Es claro que de un contrato celebrado entre particulares puede darse un acuerdo entre los mismos para evitar llevar la contienda hasta la vía jurisdiccional y podría implementarse un procedimiento de negociación o mediación.

54 Pallares, Eduardo, Tratado de Acciones Civiles, Ed. Porrúa, México, 1997.

55 Arellano García, Carlos, "Teoría General del Proceso", Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1992, p. 274.

56 Pérez Duarte y Noroña, Alicia, "Acción rescisoria", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 99.

3.2.17. ACCIÓN REIVINDICATORIA

Esta acción tiene caracteres combinados de acción de condena y de acción declarativa y entendiéndose que la reivindicación compete al propietario de la cosa que no la tiene en su posesión, para que se declare que le corresponde el dominio sobre ella y que el poseedor se la entregue con sus frutos y accesiones.

En esta acción existe un sujeto activo que es el propietario de la cosa y un sujeto pasivo que es el que tiene la posesión sobre ella, entre los cuales puede dar lugar a una negociación o mediación previa al juicio que pueda evitar un conflicto que llegue hasta el orden jurisdiccional estatal, la cual no prohíbe la ley y pudiera ser viable. La Acción Reivindicatoria⁵⁷ compete a quien no está en posesión de una cosa de su propiedad. Acción de repetición

Esta acción tiene por objeto obtener la restitución de la cosa o cantidad dada en pago, por error de hecho o de derecho, por quien se creía deudor. El obligado o demandado es el que recibió indebidamente⁵⁸. De esta obligación se desprende la posibilidad de generar una negociación o una mediación para lograr la restitución previa al ejercicio de la acción.

3.2.18. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA

La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo es definida por Rojina como una fuente de obligaciones por virtud de la cual aquel que hace uso de cosas peligrosas debe de reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente⁵⁹. Los elementos de la responsabilidad objetiva son: a) El uso de cosas peligrosas; b) La existencia de un daño de carácter patrimonial; c) la relación de causa y efecto entre el hecho y el daño⁶⁰.

En esta acción es clara la posibilidad de implementar un procedimiento de negociación o de mediación, ya que el punto de equilibrio sería por sí misma la reparación del daño, punto trascendental en la reforma procesal constitucional penal; en

57 Larrañaga Castillo, Rafael, Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México, 1999. p. 156.

58 Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Cobro", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 269.

59 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil. Teoría general de las obligaciones, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 274.

60 *Ibidem*, p. 275.

el mismo sentido sucede con la responsabilidad subjetiva en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, ósea la negligencia, la culpa o el dolo. En este supuesto ya opera la conciliación tratándose de la responsabilidad médica⁶¹.

3.2.19. ACCIÓN RESCISORIA.

Acción personal que cualquiera de las partes contratadas puede ejercitar, ante el incumplimiento de su contraria de lo pactado. Esta acción se identifica principalmente en materia de contratos, implica que el deudor no pague o cumpla su obligación y es exigible por tener un plazo determinado y a su vez incurra en mora, con las siguientes consecuencias: a) exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida con el pago, en su caso la indemnización moratoria, que comprende los daños y perjuicios que sufra el acreedor por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación; b) originar la indemnización llamada compensatoria es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación⁶².

Al igual que las anteriores acciones estamos en presencia de la posibilidad de mediar previo al juicio civil ordinario, entendiendo que esta acción se deriva del incumplimiento de una obligación, por lo que el punto de negociación es fácilmente identificable.

3.2.20. ACCIÓN DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE

Esta acción se otorga al propietario de un predio que cree tener derecho a una servidumbre sobre otro y resulta sujeto pasivo de dicha acción el propietario del predio sirviente. Por ser una cuestión entre particulares puede darse entre ellos un acuerdo para la constitución de dicha servidumbre de manera voluntaria a través de la negociación o mediación.

Al respecto señala De la Mata Pizaña que esta figura jurídica es imprecisa ya que los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica en cuestión son los predios dominante y sirviente, cuando evidentemente esto es imposible al ser los meros objetos de derecho, por lo que tales cualidades deben entenderse solo aplicable a los dueños. Definiendo entonces a la servidumbre como el derecho real, accidental y perpetuo por lo que el

61 Para ampliar sobre este tema ver Gorjón Gómez, Francisco Javier, Justicia alternativa médica. El derecho y la bioética en la ciudad internacional del conocimiento, Ed. UANL/FacdyC y Colegio Bioética del Noreste, México, 2006.
62 Rojina Villegas, Rafael, op. cit., Tomo III, pp. 357 y ss.

dueño del predio dominante puede aprovecharse del predio sirviente en los términos del título constitutivo, ya sea para la utilización del predio sirviente en los términos pactados o para impedir la titular del predio sirviente determinados actos en relación con el mismo⁶³.

Es este último razonamiento es tal vez el punto clave para lograr la mediación teniendo como punto de negociación el pacto entre las partes, generando entonces dichas obligaciones los menores perjuicios entre el predio dominante y el sirviente; yendo mas aún pueden pactar que en caso de que el origen no haya sido pactado, este podrá en un momento dado generar nuevas condiciones favorables entre ambos, independientemente del tipo de servidumbre que se trate, ya sean positivas o negativas; rústicas o urbanas; continuas o discontinuas; aparentes y no aparentes; legales y voluntarias; servidumbres sobre predios de dominio público y sobre predios de particulares⁶⁴. Mas aún que cada una de ella tienen reglas diferentes por lo que habrá de tomar de parámetro lo establecido en la norma, mas aún que algunas de ellas son lo suficientemente exhaustivas en la regulación de la servidumbre⁶⁵.

3.2.21. ACCIÓN DE SIMULACIÓN

La acción de simulación es un recurso que permite a una persona solicitar al juez que se declare la simulación de un acto jurídico, lo que implica la declaración de inexistencia del acto en cuestión, o se declare su nulidad. La simulación consiste en una maniobra encaminada a ocultar el verdadero negocio jurídico llevado a cabo entre las partes, maniobra que puede ser fraudulenta.

Se dice que hay simulación cuando conscientemente se declara un contenido de voluntad que no es real y esa desconformidad entre lo declarado y lo querido se realiza por acuerdo de las declarantes, con el propósito de engañar creando un negocio jurídico donde no existe ninguno, o es distinto de aquel que ocultamente las partes han celebrado.

El propósito de engañar es el verdadero motivo que anima a sus autores; esto es que principalmente da razón de la simulación, como hecho antijurídico, por cuanto burla

63 De la Mata Pizaña, Felipe. Et. al, op. cit., p. 365.

64 Para ampliar sobre el tema de los tipos de servidumbres recomendamos ver Rojina Villegas, Rafael, op. cit. Tomo II, p. 143.

65 Cámara de Diputados, H. Congreso del estado de Guanajuato, "Código Civil para el estado de Guanajuato", Artículos 1154 - 1230, México, 1967, pp. 157-166,

https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/codigo/pdf/6/Codigo_Civil_PO_D324_24sep2018.pdf.

la buena fe de terceras personas, puesto que las partes recurren a este artificio para hacer creer a aquellos en la existencia de un acto que no es real⁶⁶.

Esto le permitirá al deudor rehuir el cumplimiento de sus obligaciones ya que aparenta que efectúa ciertos actos jurídicos que disminuyen su activo patrimonial y aumenta su pasivo⁶⁷. Este tal vez es el punto medular para lograr una negociación o una mediación al darse cuenta las partes de este hecho, aun que haya obrado de mala fe es posible la reconvención del hecho y buscar un arreglo previo al uso de la acción.

3.2.22. ACCIÓN HIPOTECARIA

La Acción Hipotecaria tutela el derecho real de hipoteca, dicha acción se intenta para constituir ampliar y registrar una hipoteca o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantiza. Por lo cual es conveniente precisar que solo sería factible para el caso de incumplimiento pactar la forma de pago que resulten beneficiadas ambas partes, no así el registro o constitución de una hipoteca.

Según Pallares⁶⁸ las acciones hipotecarias son las siguientes:

1. Acción constitutiva para obtener la constitución o ampliación de una hipoteca que sea debida por mandato de ley o por voluntad del interesado;
2. La acción también se refiere a los casos en que la hipoteca se ha de llevar a cabo de acuerdo con lo estipulado en un contrato o en un testamento;
3. La acción constitutiva comprende también los casos en los que por disposición legal o voluntad de la persona que puede hipotecar, debe ampliarse la hipoteca, sea en cuanto a la cuantía del crédito garantizado o en cuanto a los bienes sobre los cuales recae la hipoteca;
4. La acción constitutiva de hipoteca no es real es personal; I. Porque deriva de un derecho de naturaleza personal y no de un derecho de naturaleza real, por que sólo puede ejercitarse contra determinadas

66 Galindo Garfias, Ignacio, "Simulación", Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo IX, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 649.

67 Bejarano Sánchez, Manuel, op. cit., p. 281.

68 Pallares, Eduardo, Tratado de las Acciones, Editorial Porrúa, Décima segunda edición, México, 2008. p. 153.

personas, por que no tiene por objeto la persecución de un bien determinado, por que no presupone la existencia de un derecho real, aunque sí persigue la constitución de un derecho real; II. Porque sólo puede ejercitarse contra determinadas personas; III. Porque no tiene por objeto la persecución de un bien determinado; IV. Porque no presupone la existencia de un derecho real, aunque si persigue la constitución de un derecho real.

Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de anotada la demanda en el registro publico de la propiedad y contestada esta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con este continuara el juicio.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *“Teoría General del Proceso”*, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1992.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford, México, 1999.
- CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, H. Congreso del estado de Guanajuato, *“Código Civil para el estado de Guanajuato”*, Artículos 1154 -1230, México, 1967, pp. 157-166, https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/codigo/pdf/6/Codigo_Civil_PO_D324_24_sep2018.pdf.

- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1994.
- CATTANEO, María Rosa y BASABE, Nélide, *Cláusulas y casos de mediación – arbitraje (med-arb) y su utilidad práctica*, <http://www.anupa.com.ar/articulos/page14.html>.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Oxford University, México, 1999.
- CORTÉS FIGUEROA, Carlos, *Introducción a la Teoría General del Proceso*, Cárdenas Editor, México, 1975.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1958.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal civil*, segunda, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1942.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *Bienes y derechos reales*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, EUROLEX, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FULVIO, Atina, *Il Sistema Politico Globale*, Gius Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Simulación", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo IX, Ed. Porrúa, México, 2005.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Oxford, México, 1998.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Octava Edición, Ed. Harla, México, 1990.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *Justicia alternativa médica. El derecho y la bioética en la ciudad internacional del conocimiento*, Ed. UANL/Facdyc y Colegio Bioética del Noreste, México, 2006.
- GORJÓN, Francisco y STEELE, José, *Métodos Alternos de Solución de Controversia*, Ed. Oxford, Segunda edición, México, 2012.
- GORJÓN, Francisco, "Arbitraje Comercial. Paradigma del Derecho", *Revista de Derecho Notarial*, Año XLII, No. 116, México, Julio, 2001, CRDUE. 003185-97, INDA, Dirección de Reservas, SEP.
- GORJÓN, Francisco, "Arbitraje Solución a la Impetración de la Justicia", *Revista HELIAIA* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología, Año 2, No. 3, México, Junio, 2002.
- JARAMILLO ZULUETA, León José, *La conciliación en el procedimiento civil*, Ed. Del Profesional, Colombia, 2005.
- LARRAÑAGA CASTILLO, Rafael, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 1999.

- LEAL MORALES, Álvaro, "Derecho Procesal del Trabajo", Ed. *Diario Jurídico*, Bogotá, 1959.
- MANTILLA SERRANO, Fernando, "Lex mercatoria: Una contribución del derecho comparado", conferencia presentada durante el seminario de arbitraje comercial organizado por AMMAC en Guadalajara, marzo, 1998 (inédito).
- OVALLE FAVELA, José, "Acción de jactancia", *Enciclopedia jurídica latinoamericana*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- PALLARES, EDUARDO, *Diccionario de derecho procesal civil*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- PALLARES, EDUARDO, *Tratado de Acciones Civiles*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- PALLARES, EDUARDO, *Tratado de las Acciones*, Editorial Porrúa, Décima segunda edición, México, 2008.
- PÉREZ BAUTISTA, Miguel Ángel, *Obligaciones*, Ed. IURE, México, 2005.
- PÉREZ DAUDI, VICENTE, "Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", En SOTELO MUÑOZ, Helena, *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, España, 2011.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "Cobro", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Tomo II*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia, "Acción rescisoria", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- PÉREZ MARTELL, Rosa, *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PINEDO AUBIÁN, F. Martín, "La aplicación del sistema *medarb* en la resolución de conflictos y sugerencias para su adecuación e implementación en la legislación nacional", *Revista Jurídica del Perú*, No. 99. Lima, mayo de 2000.
- PODETTI, RAMIRO, *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- REYES ZARATE, Yolanda, *Revista Ex Lege*, Ed. Lasalle Bajío, México, 2012.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- ROCCO, UGO, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Tomo IV*, Porrúa, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil. Teoría general de las obligaciones, Tomo III*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- SAIZ GARITAONANDÍA, Alberto, "Mediación, *medarb* y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos", En SOTELO MUÑOZ, Helena, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ- CORDERO DÁVILA, Jorge A., "Acción Divisoria", *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2000.

SCHMIDT, Karsten, *Derecho comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

SIJUPE NL y por el CITEJYC de la UANL, Proyecto de Ley de MASC de NL.

SMITH, Juan Carlos, "Diligencias", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo VIII, Ed. Driskill, México, 2005.

TORRES GAYTÁN, Ricardo, *Teoría del comercio internacional*, Siglo XXI, México, 1998.