

EL DESARROLLO RECIENTE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA MERCANTIL

HILDEBRANDO GARCÍA ÁLVAREZ¹
ÓSCAR ESQUIVEL PINEDA²

RESUMEN: El presente artículo expone el desarrollo y evolución recientes (20 años a la fecha) de las medidas cautelares como instituto o mecanismo procesal en materia mercantil, comparando el trabajo legislativo con la interpretación que de las normas aplicables se ha realizado vía jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Derecho Mercantil, Medidas Cautelares, Medios Preparatorios, Arbitraje, Transacciones Comerciales y Arbitraje, Providencias Precautorias.

ABSTRACT: By means of this article, certain practical and theoretical estimations regarding the recent evolution (last 20 years) of injunctions and preemptive measures in mercantile law are explained, comparing legislative work with precedents and courts rulings on the matter.

KEY WORDS: Commercial Law, Preemptive Measure, Pretrial Procedure, Arbitration, Commercial Transaction and Arbitration, Injunction.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS BÁSICOS. 2.1. Qué son las medidas cautelares. 2.2. Presupuestos de procedencia de las medidas cautelares. 2.3. Características de las medidas cautelares. 2.4. Otros aspectos relevantes sobre medidas cautelares. 3. DESARROLLO RECIENTE DE LA FIGURA. 3.1. Primera etapa (antes de la reforma al Código de Comercio de 2014). 3.2. Segunda etapa (Desarrollo a través del impulso de los litigantes). 3.3. Tercera etapa (reforma del 2014 al Código de Comercio). 3.4. Regulación actual. 3.5. Comentarios. 4. MEDIDAS CAUTELARES EN TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE. 4.1. Comentarios. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares son mecanismos procesales cuyo objetivo es salvaguardar el resultado del juicio o una situación o interés particular durante la tramitación de este. Existen diversos tipos o especies de medidas cautelares, pero todas comparten el mencionado propósito general: salvaguardar o asegurar algo o a alguien hasta el dictado de la sentencia definitiva, o bien, durante el tiempo que se justifique la medida, sea porque cambien las circunstancias que dieron lugar a la misma o porque se actualice alguna de las hipótesis normativas que autorizan su modificación o levantamiento.

1 Abogado. Escuela Libre de Derecho.

2 Abogado. Escuela Libre de Derecho. Maestrando en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana.

El desarrollo de los últimos veinte años de dicho instrumento procesal ha sido impulsado por un continuo “debate” entre el legislador y los órganos impartidores de justicia, provocado en gran medida por la argumentación en juicio de los gobernados, litigantes y sus patronos y abogados.

Mientras el debate en la materia mercantil general se centró en si el Código Federal de Procedimientos Civiles (“CFPC”) era, o no, aplicable supletoriamente al Código de Comercio, hubo otras ramas de la materia que dieron soluciones específicas y modernas, como, por ejemplo, el capítulo especial del Código de Comercio sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje y, también, la entonces nueva Ley de Concursos Mercantiles.

El presente trabajo tiene como objetivo describir a mayor detalle el desarrollo de las medidas cautelares comparando su desarrollo en el ámbito general mercantil con el desarrollo en la materia arbitral, regulada también en el Código de Comercio.

2. CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. Qué son las medidas cautelares

Como se apunta en la Introducción, las medidas cautelares son instrumentos jurídico-procesales que tienen como objetivo salvaguardar un objeto, situación o persona, hasta en tanto se dicta la sentencia definitiva. Son pues, los instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso³.

Las medidas cautelares tienen otras denominaciones, como “providencias precautorias”, “medidas provisionales” o “medidas precautorias”; hay quienes las utilizan indistintamente, mientras que otros autores sostienen que las medidas cautelares son el género y el resto de las mencionadas denominaciones son especies de este.

Las medidas cautelares se pueden dictar antes de iniciado el juicio o durante la tramitación de este y hasta en tanto no se obtenga sentencia firme, e incluso proceden en segunda instancia, para preservar la materia de la sentencia de primera instancia⁴.

2.2. Presupuestos de procedencia de las medidas cautelares

Los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares son los siguientes: (i) *La probabilidad o verosimilitud de un derecho (fumus boni iuris)* que exige que el solicitante de

3 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tomo I-O, página 2484.

4 Lo anterior considerando el tiempo que tarda nuestro sistema judicial en resolver en definitiva un juicio, pudiendo transcurrir años desde la sentencia de primera instancia y hasta su confirmación en Amparo Directo.

la medida cautelar tenga un derecho que debe ser protegido y pueda justificarse sumariamente; (ii) *El peligro en la demora* (*periculum in mora*) que implica una exigencia al solicitante de un peligro objetivo, real o inminente de lesión o frustración del derecho y la prueba del mismo de manera sumaria; (iii) *garantía* que no es más que la obligación de garantizar los posibles daños y perjuicios que la medida puede ocasionar a las partes del juicio, monto que si bien es discrecional debe atender a las pretensiones de las partes; y, (iv) *Proporcionalidad* este presupuesto procesal lo establecemos como obligatorio al ser las medidas cautelares necesariamente un límite de derechos fundamentales.

A la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda restricción de derechos fundamentales debe cumplir con este principio y sus subprincipios⁵.

2.3. Características de las medidas cautelares

Las características de las medidas cautelares, de manera breve y sistemática consisten en las siguientes⁶:

- a) *Instrumentalidad*: Lo que significa que las medidas cautelares no son fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas (por tanto, provisionales), por lo que se consideran accesorias a una pretensión principal sin la cual no pueden existir.
- b) *Provisoriedad*: Esta característica consiste en que las medidas cautelares subsisten hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad o mientras duren las circunstancias fácticas que lo determinaron, o bien, en el momento en que cumplan su finalidad.
- c) *Judicialidad*: Implica que en que tienen un carácter procesal o adjetivo porque no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable.
- d) *Variabilidad*: Significa que las medidas cautelares, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron.
- e) *Urgencia*: Se trata de la garantía de eficacia de las medidas cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es cumplida por las medidas cautelares. Esta característica es también considerada un presupuesto para su procedencia.

5 Véase la Tesis de Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS."

6 Para mayor abundamiento recomendamos Calamandrei, Piero "Introducción al estudio sistemático de las providencias precautorias", Buenos Aires, 1945.

- f) *Unilateralidad*: Esta característica la referimos como regla general en nuestro sistema jurídico mexicano y consiste en que la misma se decreta sin audiencia de la parte que resentirá la medida.

2.4. Otros aspectos relevantes sobre medidas cautelares.

Los maestros Héctor Fix Zamudio y José Ovalle Favela⁷ han expuesto otros aspectos que consideramos relevantes:

- Entre los medios preparatorios y las medidas cautelares o precautorias existe una delimitación sutil, lo que provoca que exista confusión sobre tales instrumentos, especialmente en materia procesal civil y mercantil, dado que en los ordenamientos mexicanos algunos instrumentos procesales calificados como preparatorios, en el fondo son medidas cautelares anticipadas; el ordenamiento procesal civil mexicano regula expresamente lo que califica como 'medios preparatorios', aunque de manera confusa, lo regula en el mismo título que las providencias precautorias, equiparándolas, en materia mercantil, los regula en el capítulo inmediato siguiente.
- Para realizar un examen breve de las medidas cautelares o providencias precautorias, se precisa *sistematizarlas* con base en las ramas de enjuiciamiento en las cuales se aplican, así: en materias civil y laboral, se regula, esencialmente, dos medidas, el arraigo del demandado y el secuestro de bienes; en materia mercantil tenemos la radicación de persona y retención de bienes, aunque el CFPC agrega el depósito o aseguramiento de cosas, libros, documentos o papeles sobre los que versa el pleito, así como las llamadas 'medidas de aseguramiento' (aquellas tendientes a mantener la situación de hecho existente). El CFPC es por disposición del artículo 1054 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente a éste.

3. DESARROLLO RECIENTE DE LA FIGURA

En el Código de Comercio distinguimos tres etapas recientes de regulación de las medidas cautelares:

3.1. Primera etapa (antes de la reforma al Código de Comercio de 2014)⁸

Los otrora artículos 1168 y 1171 preveían únicamente dos providencias precautorias: (i) el secuestro de bienes; y (ii) el arraigo de personas, procedentes únicamente en los supuestos previstos en el primero de los preceptos mencionados.

7 Fix Zamudio Héctor y Ovalle Favela José; *Derecho Procesal*; México; UNAM; 1991, páginas 69 a 82. Consultable en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/283/3.pdf>

8 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero del 2014.

"Artículo 1168. Las providencias precautorias podrán dictarse:

- I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;*
- II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;*
- III. Cuando la acción sea personal; siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquéllos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.*

Artículo 1171. No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código, y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona en el caso de la fracción I del artículo 1168, y en el secuestro de bienes en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo."

El texto del citado artículo 1171 estaba redactado en forma prohibitiva: "...no podrán dictarse otras..." y sólo incluía el término "providencias precautorias" distinguiéndolas de las medidas cautelares como género.

En esta época la interpretación jurisprudencial era acorde a dichos aspectos normativos, como lo podemos desprender de las siguientes tesis aisladas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"Época: Novena Época

Registro: 172949

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Marzo de 2007

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: 1a. LXXIX/2007

Página: 264

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. EL ARTÍCULO 1171 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Si bien es cierto que el artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Civiles prevé la posibilidad de decretar todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente ya sea antes de iniciarse el juicio o durante su desarrollo, también lo es que el artículo 1171 del Código de Comercio, al no incluir en su texto la permisión de dictar la medida precautoria que impida enajenar los bienes que sean materia del litigio mercantil, en tanto que prohíbe expresamente que en los juicios mercantiles se dicten providencias precautorias distintas al arraigo de personas y al secuestro de bienes, no deja en estado de indefensión al gobernado ni viola la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 constitucional, así como tampoco permite la privación de bienes sin que las partes sean escuchadas en su defensa,

pues éstas cuentan con la legitimación necesaria para hacer uso de todos los medios de impugnación otorgados por la ley para anular la eventual enajenación en el supuesto de que resulte ilegal, así como para reivindicar los bienes enajenados.

Amparo en revisión 1808/2006. Zis Company, S.A. de C.V. y otros. 7 de febrero de 2007. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz; y,

“Época: Novena Época

Registro: 172950

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Marzo de 2007

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: 1a. LXXXI/2007

Página: 263

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. EL ARTÍCULO 1171 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN RELACIÓN CON EL NUMERAL 384 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, NO CAUSA INDEFENSIÓN, INCERTIDUMBRE O INSEGURIDAD JURÍDICA A LOS GOBERNADOS.

Si bien es cierto que el Código de Comercio permite la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles cuando aquél regule defectuosamente alguna institución jurídica, también lo es que el artículo 1171 del Código primeramente citado no causa indefensión, incertidumbre o inseguridad jurídica a los gobernados, al disponer que en los juicios mercantiles no pueden dictarse otras providencias precautorias distintas del arraigo de personas y del secuestro de bienes, pues el derecho mercantil regula los actos comerciales y por su naturaleza el procedimiento mercantil es menos formalista, más sencillo, y dinámico que el civil, a fin de facilitar las operaciones de comercio, conforme al espíritu del artículo 1049 del Código de Comercio. En esta virtud, tal limitación no significa que el legislador incurrió en una omisión o que el número de las providencias que pueden promoverse amerita suplir su texto, ni debe atribuirse contradicción alguna con el artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que permite decretar todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente, ya sea antes de iniciarse el juicio o durante su desarrollo, pues si el señalado artículo 1171 expresamente prohíbe que se dicten otras providencias precautorias diferentes de las señaladas, debe entenderse que la intención del legislador fue delimitar su promoción a esos dos supuestos en los juicios mercantiles en congruencia con la naturaleza y los fines del derecho comercial, lo cual no pugna con los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 1808/2006. Zis Company, S.A. de C.V. y otros. 7 de febrero de 2007. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.”

3.2. Segunda etapa (Desarrollo a través del impulso de los litigantes)

Durante la vigencia de los artículos 1168 y 1171 estudiados en el capítulo previo, muchos litigantes impulsaron el otorgamiento de otras medidas cautelares o providencias precautorias distintas del secuestro de bienes y del arraigo de personas. Esto lo hicieron en dos formas distintas: ya fuere invocando la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles ("CFPC") por lo que respecta al otorgamiento de medidas de aseguramiento (artículos 384 y siguientes del CFPC) o bien, tildando de inconstitucional el artículo 1171 del Código de Comercio, al prohibir el dictado de otras medidas que no fueran el secuestro y arraigo⁹.

La vía que avanzó con mayor éxito fue la de la aplicación supletoria del CFPC, fundada en un análisis de legalidad, en el cual cobra relevancia la distinción entre género y especie que apuntábamos en el primer capítulo. El más alto Tribunal estableció que lo que prohibía el legislador en el artículo 1171 era la aplicación de otras "providencias precautorias" distintas del arraigo y del secuestro, lo cual no impedía que, si la solicitud era de otras "medidas cautelares", por ejemplo, las de aseguramiento previstas en el artículo 384 del CFPC, se otorgaran aplicando dicho ordenamiento supletoriamente. Fue un criterio simplista pero efectivo, que obtuvo su reconocimiento en la siguiente tesis de Jurisprudencia:

"Época: Décima Época

Registro: 2003884

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XXI, Junio de 2013, Tomo I

Materia(s): Civil

Tesis: 1a./J. 27/2013 (10a.)

Página: 552

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA MERCANTIL. CUANDO LA SOLICITUD DE LA MEDIDA NO SE FUNDA EN LOS CASOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 1168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA RESTRICCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1171 DE LA MISMA LEY PARA DICTARLAS, NO IMPIDE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PREVISTAS EN LOS NUMERALES 384 A 388 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (ABANDONO PARCIAL DE LAS TESIS 1a. LXXIX/2007 Y 1a. LXXXI/2007).

9 Ello sustentado en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el empleo del control de constitucionalidad *ex officio* y el cumplimiento realizado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 1168 del Código de Comercio regula como medida cautelar las que denomina providencias precautorias, las cuales sólo pueden dictarse cuando exista temor de que: I) se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda; II) se oculten o dilapiden los bienes sobre los que ha de ejercitarse una acción real, y III) se oculten o enajenen los bienes sobre los que ha de practicarse la diligencia, siempre que la acción sea personal y el deudor no tuviera otros bienes. Por su parte, el numeral 1171 del mismo ordenamiento prevé que no pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en el propio código y que exclusivamente serán, en caso de la citada fracción I, el arraigo de la persona y, en los casos de las mencionadas fracciones II y III, el secuestro de bienes. En ese sentido, si en el Código de Comercio el legislador solamente reguló y denominó expresamente y de manera completa y cerrada la medida cautelar que denominó providencias precautorias, entonces, cuando en un juicio mercantil se plantea la solicitud de que se dicte una medida cautelar con la finalidad de que se mantenga una situación de hecho existente, y ésta no se funda en alguna de las tres hipótesis mencionadas, es inconcuso que, por un lado, el juzgador estaría impedido para dictar una providencia precautoria de las previstas en el artículo 1168 señalado y, por otro, que al no poder establecer tal providencia precautoria, resultaría inaplicable la prohibición contenida en el diverso artículo 1171, dado que la anotada prohibición sólo tiene por objeto regular los términos y las condiciones para que opere la medida cautelar denominada providencias precautorias prevista en el referido artículo 1168, y en consecuencia, tal prohibición no puede ni debe entenderse extensiva a cualquier medida cautelar que resulte legalmente aplicable a la materia mercantil. En ese sentido, ante la solicitud de una medida cautelar con la finalidad de que se mantenga una situación de hecho, que no se funda en alguna de las tres hipótesis contenidas en el artículo 1168 del Código de Comercio, si sería aplicable supletoriamente en términos del artículo 1054 del mismo ordenamiento, el contenido conducente del Código Federal de Procedimientos Civiles, que prevé como medida cautelar las denominadas medidas de aseguramiento, establecidas en sus artículos 384 a 388. Lo anterior conduce a esta Sala a apartarse parcialmente del criterio contenido en las tesis aisladas 1a. LXXIX/2007 y 1a. LXXXI/2007, en la parte que prevén la intención y el alcance del contenido restrictivo del artículo 1171 del Código de Comercio.

Contradicción de tesis 415/2012. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Primero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 6 de febrero de 2013. Mayoría de cuatro votos por lo que hace a la competencia y respecto al fondo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.

Tesis de jurisprudencia 27/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinte de febrero de dos mil trece."

Para efectos de facilitar la lectura del presente trabajo nos referiremos a dicha tesis de jurisprudencia como "**jurisprudencia del ministro Zaldívar**".

3.3. Tercera etapa (reforma del 2014 al Código de Comercio).

Casi como respuesta del legislador a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN"), el 10 de enero del 2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas al Código de Comercio que incluyeron la modificación de los artículos 1168 y 1171 de dicho ordenamiento, fusionando ambos preceptos en el primero de los mencionados, con la siguiente redacción:

"Artículo 1168.- En los juicios mercantiles únicamente podrán dictarse las medidas cautelares o providencias precautorias, previstas en este Código, y que son las siguientes...Retención de bienes y Radicación de Persona".

Nótese como el legislador: (i) incluyó en la redacción los dos vocablos o denominaciones: "medidas cautelares o providencias precautorias", volviendo ineficaz la distinción realizada por la SCJN entre ambas figuras; y, (ii) va de la redacción negativa de: "no podrán decretarse otras" a la imperativa y limitativa, redactada ahora en sentido positivo, de: "únicamente podrán dictarse". Es decir, como si fuera una respuesta a la tesis de jurisprudencia arriba apuntada, el legislador estableció que sin importar el término o vocablo que utilice el litigante en su solicitud (medidas cautelares o providencias precautorias), en los juicios mercantiles solo se pueden dictar en sede cautelar: retención de bienes (antes secuestro), o bien, radicación de personas (antes arraigo).

3.4. Regulación actual.

A pesar de la reforma del 2014 los litigantes continuaron solicitando la aplicación supletoria del artículo 384 del CFPC, fundándose para ello en la anterior jurisprudencia arriba citada, no obstante que en estricto sentido dicha jurisprudencia era inaplicable, pues interpretaba un texto del Código de Comercio que había perdido su vigencia.

Ello provocó que, a pesar de la reforma del 2014, la SCJN emitiera diversos criterios "interpretativos", en los que reiteró la aplicación supletoria del artículo 384 del CFPC y con ello, la procedencia de otras medidas cautelares diversas a la retención de bienes y radicación de personas. La primera de dichas tesis posteriores a la reforma del 2014 fue de la ministra Piña Hernández, quien so pretexto de un asunto en el que se discutía la procedencia, o no, del recurso de apelación contra las medidas cautelares dictadas aplicando supletoriamente el CFPC, hizo una "introducción" no relacionada estrictamente con el asunto a resolver, en la que reiteró la aplicación de la Jurisprudencia del ministro Zaldívar.

La tesis a que nos referimos, en la que fungió como ponente la ministra Piña Hernández tiene como rubro: **"MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL JUICIO MERCANTIL. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LAS OTORGA, PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN DE TRAMITACIÓN INMEDIATA EN EFECTO DEVOLUTIVO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1345, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, POR LO QUE EN OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD**

DEBE AGOTARSE PREVIAMENTE A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO¹⁰.

Por último, se emitió otra tesis de jurisprudencia que combina el estudio de elementos de legalidad con elementos de constitucionalidad, para justificar el otorgamiento de otras medidas diversas a la retención de bienes y a la radicación de personas. Esta jurisprudencia fue emitida por el Pleno en Materia Civil del Primer Circuito y reitera las consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación apuntadas arriba, insistiendo en que en los juicios mercantiles pueden decretarse medidas cautelares o providencias precautorias, enfatizando la distinción entre ambos conceptos, todo ello en atención al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Época: Décima Época

Registro: 2020903

Instancia: Plenos de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 71, Octubre de 2019, Tomo III

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: PC.I.C. J/94 C (10a.)

Página: 2979

MEDIDAS CAUTELARES O PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LOS JUICIOS MERCANTILES. SON INHERENTES AL DERECHO A LA JURISDICCIÓN, POR LO QUE LA LIMITACIÓN DE SU OTORGAMIENTO DEBE ATENDER A UNA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL Y CONFORME DEL ARTÍCULO 1168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON LOS ARTÍCULOS 1o. Y 17 CONSTITUCIONALES.

En los juicios mercantiles se pueden decretar medidas cautelares o providencias precautorias para mantener una situación preexistente, en virtud de que este tipo de instrumentos son inherentes al derecho a la jurisdicción, al tener la finalidad de hacer eficaces las sentencias de los Jueces tal como está previsto en el artículo 17, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que: "Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones." Así la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 2014 a los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio, no tuvo la intención de impedir que en los juicios mercantiles se decreten las medidas o providencias cautelares necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias, ya que su propósito se concretó a la interpretación de reglas claras y precisas que permitan a los acreedores obtener el cobro efectivo de sus créditos insolutos, mediante la radicación de personas

10 Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 57, Agosto de 2018, Tomo I, Materia(s) Común, Civil, Tesis 1ª./J. 40/2018 (10ª.) Página 886, Registro: 2017693.

o la retención de bienes. De esta manera, el texto reformado del artículo 1168, primer párrafo, invocado, que establece: "En los juicios mercantiles únicamente podrán dictarse las medidas cautelares o providencias precautorias previstas en este Código y que son las siguientes: (...)", no debe interpretarse con un criterio de simple literalidad, pues resultaría ser prohibitivo frente al deber del Juez ordinario de conservar subsistente la materia del juicio, lo que, desde luego, vulneraría los derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano y por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con su artículo 1o.; no obstante, una interpretación funcional y conforme de aquel numeral da la pauta para advertir que se trata de una norma taxativa al prever dos supuestos aplicables a determinada situación de hecho, lo cual, sin embargo, no restringe la posibilidad del juzgador de que en cumplimiento de su función en relación con el otorgamiento y procedencia de las diferentes medidas cautelares, deben adaptarse a las circunstancias y necesidades de cada caso, pues estas medidas deben ser flexibles incluso con posibilidad de modificación según se necesite en el procedimiento en que se emitan; además, al otorgarlas, debe fundarlas y motivarlas debidamente, así como en cuanto a las garantías que se exijan, a fin de evitar abusos de las partes que las soliciten. En tal virtud, tal interpretación es acorde con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de acceso a la impartición de justicia reconocidos tanto por el artículo constitucional en comento, como por el precepto 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PLENO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Contradicción de tesis 10/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Séptimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 13 de agosto de 2019. Unanimidad de quince votos de los Magistrados Alejandro Sánchez López (presidente), María del Carmen Aurora Arroyo Moreno, Jaime Aurelio Serret Álvarez, Paula María García Villegas Sánchez Cordero, José Leonel Castillo González, Eliseo Puga Cervantes, Fortunata Florentina Silva Vásquez, Roberto Ramírez Ruiz, María del Refugio González Tamayo, Marco Polo Rosas Baqueiro, Martha Gabriela Sánchez Alonso, Fernando Rangel Ramírez, Gonzalo Arredondo Jiménez, José Rigoberto Dueñas Calderón y Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretaria: Rosalía Argumosa López."

El mencionado Pleno de Circuito refirió que la reforma a los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 2014, no tuvo la intención de impedir que en los juicios mercantiles se decreten las medidas cautelares o providencias precautorias necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias, ello a pesar de que, en nuestra opinión, fue esa precisamente la intención del legislador. Así, en una interpretación conforme y funcional de los artículos en comento, se resolvió la procedencia del dictado de cualquier medida cautelar o providencia precautoria distinta del arraigo de personas y retención de bienes, acorde a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de acceso a la impartición de justicia, reconocidos tanto por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como del 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.5. Comentarios

Para muchos, el legislador parecía acartonado e innecesariamente estricto al prohibir el dictado de otras medidas que no fueran el arraigo y secuestro de bienes, después llamadas retención de bienes y radicación de persona; y por ello, justificado que la SCJN impulsara vía jurisprudencial, la procedencia de otras medidas cautelares en materia mercantil.

Diferimos de la opinión apuntada en el párrafo anterior y creemos que el legislador no actuó desde una motivación rigorista, sino con base en un elemento o característica de las medidas cautelares que puede poner en riesgo la viabilidad de las negociaciones mercantiles, nos referimos a la "unilateralidad" de las medidas, que no es otra cosa que su dictado es, por regla general, sin audiencia previa de la contraparte, por lo que le comerciante contra el cual se dirigen se entera de las mismas una vez que ya fueron decretadas y ejecutadas.

Las razones que nos inclinan a pensar que fue la cautela legislativa lo que limitó la parte general mercantil a solo dos tipos de medidas cautelares, se entienden mejor si se compara dicha parte general con la regulación y tratamiento que el mismo legislador le dio, en el mismo ordenamiento jurídico, a las medidas cautelares en materia arbitral.

4. MEDIDAS CAUTELARES EN TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE

El 27 de enero del 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a diversos artículos del Título Cuarto del Código de Comercio, "Del Arbitraje Comercial", entre las cuales se incluyeron los artículos 1425, 1470 y 1472 a 1476 que, en resumen, facultan al juez que auxilia al arbitraje decretar **cualquier tipo** de medida cautelar.

Llamamos la atención a que la reforma fue del 2011, es decir, anterior a la reforma del 2014 a los artículos analizados en el capítulo anterior, lo que pone de relieve el hecho de que no fue ni el rigorismo ni la falta de actualización del legislador lo que motivó la reforma del 2014.

Por su importancia para la presente exposición, citamos a continuación los preceptos aludidos en el primer párrafo de este capítulo:

"Artículo 1425.- Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

Artículo 1470.- Se tramitarán conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476:

I. La resolución sobre recusación de un árbitro a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1429.

II. La resolución sobre la competencia del Tribunal Arbitral, cuando se determina en una resolución que no sea un laudo sobre el fondo del asunto, conforme a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 1432.

III. La adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

IV. El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares ordenadas por un Tribunal Arbitral.

V. La nulidad de transacciones comerciales y laudos arbitrales.

Artículo 1472.- El juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, a que se refieren los artículos 1470 y 1471, se tramitará conforme a los siguientes artículos.

Artículo 1473.- Admitida la demanda, el juez ordenará emplazar a las demandadas, otorgándoles un término de quince días para contestar.

Artículo 1474.- Transcurrido el término para contestar la demanda, sin necesidad de acuse de rebeldía, si las partes no promovieren pruebas ni el juez las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurren o no las partes.

Artículo 1475.- Si se promoviere prueba o el juez la estimare necesaria previo a la celebración de la audiencia, se abrirá una dilación probatoria de diez días.

Artículo 1476.- Celebrada la audiencia el juez citará a las partes para oír sentencia. Las resoluciones intermedias dictadas en este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles.¹¹

El arbitraje comercial en México se basa en la adopción de las reglas de derecho internacional en materia de arbitraje, promovida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mediante la Ley Modelo en Materia de Arbitraje del año 1985 y adoptada por nuestro país a las necesidades del derecho mercantil mexicano, mediante las reformas al Código de Comercio del año 1993¹¹.

Con la reforma de ese año, se incorporó a la legislación mexicana un conjunto de reglas actuales y uniformes que han sido adoptadas en la mayoría de las legislaciones jurídicas de los demás países que integran la comunidad internacional, y en el propio sistema de integración económica en el que México participa. El legislador adoptó una serie de importantes cambios legales para fomentar y promover el arbitraje en el contexto de las reformas legales que llevaron al Tratado de Libre Comercio, buscando generar mecanismos legales que permitieran resolver las complejas controversias mercantiles provenientes del comercio internacional, sin agregar más carga de trabajo adicional a los tribunales federales y locales que conocen de controversias mercantiles.

En distintos aspectos del arbitraje el juez estatal figura como auxiliar para llevar a cabo diversos actos coercitivos, siendo en nuestra opinión los más relevantes, la ejecución

11 Véase la exposición de motivos de la iniciativa de Decreto por el que se Reforma el artículo 1424 del Código de Comercio de 6 de junio del 2011.

del laudo, la obtención y desahogo de pruebas y, precisamente, el dictado y ejecución de medidas cautelares.

Al igual que en las medidas cautelares en general, las medidas dictadas en auxilio al arbitraje pueden solicitarse antes de iniciado el arbitraje y se llamarán entonces medidas cautelares pre arbitrales, o bien, pueden solicitarse una vez iniciado el arbitraje, en cuyo caso serán medidas cautelares arbitrales.

Las medidas cautelares dictadas en auxilio al arbitraje comparten también el resto de las características de las medidas cautelares, son provisionales, instrumentales, es decir, no constituyen un fin en sí mismo, son provisionales, pueden ser dictadas por el órgano jurisdiccional, tienen la característica de variabilidad, excepto una, no gozan de unilateralidad.

Como vemos, las medidas dictadas en auxilio al arbitraje comparten la mayoría de las características y presupuestos de las medidas dictadas en los juicios mercantiles, sin embargo, existen dos diferencias fundamentales y que ponen de manifiesto la intención del legislador: (i) se puede dictar cualquier tipo de medida; y (ii) en su dictado rige la garantía de previa audiencia.

En efecto, los artículos 1425 y 1478 dotan al juez de amplias facultades en cuanto al dictado de las medidas cautelares pre arbitrales o arbitrales y que éste dispondrá de la más amplia discreción en su dictado:

“Artículo 1478.- El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.”

Sostenemos que dicha discrecionalidad se refiere precisamente a que el juez no se encuentra constreñido al dictado de algún tipo de medida, sino que pueden decretarse cualquier tipo de orden judicial para salvaguardar los objetos, situaciones y litis del procedimiento arbitral. Creemos también que dicha discrecionalidad obedece precisamente a que existe un procedimiento sumario (artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio) previo al dictado de las medidas, por lo que la parte en contra de la cual se dirigen tiene oportunidad previa de defenderse, de aportar pruebas y de alegar, antes de verse afectado por las medidas.

Apreciar dicha distinción es el objetivo de este trabajo, ya que creemos que en ella se encuentra la verdadera *ratio legis* de la regulación actual de las medidas cautelares previstas en la parte general del Código de Comercio, artículos 1168 a 1189. Es decir, hay un balance de parte del legislador que se explica como sigue: si no rige la garantía de previa audiencia, limito los tipos de medidas cautelares a retención de bienes y radicación de personas, para no ahogar al comerciante con alguna medida excesiva; mientras que, si rige la garantía de previa audiencia, al tener el juzgador mayores elementos de convicción y de prueba, de una y, de otra parte, hay libertad judicial para decretar cualquier tipo de medida.

4.1. Comentarios

Al igual que sucedió en la parte mercantil general, los Tribunales de la Federación han emitido criterios que sostenemos que desnaturalizan el balance o equilibrio del que hablábamos en el último capítulo pues, en materia de medidas cautelares pre arbitrales, existe un criterio que sostiene que, dada la naturaleza de las medidas cautelares, no es necesario respetar la garantía de previa audiencia en su dictado. Dicho criterio emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito es el siguiente:

“Época: Décima Época

Registro: 2002829

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: III.2o.C.8 C (10a.)

Página: 1385

MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 21/98.

Lo dispuesto por los artículos 1470 a 1476, frente a los diversos numerales 1479 y 1480, todos del Código de Comercio, en lo relativo a la adopción, reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en (o en relación con) el procedimiento arbitral, resulta dudoso en la medida en que, en el primer grupo de preceptos se establece que el reconocimiento y ejecución ordenadas por un tribunal arbitral debe tramitarse a modo de un juicio, esto es, admitirse la demanda, emplazar a los demandados, desahogar pruebas, oír alegatos y dictar sentencia; y, en el segundo, que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral es vinculante y debe ejecutarse al ser solicitada tal ejecución ante el Juez competente, salvo que exista alguna causa de denegación, entre ellas, las que puede hacer notar al juzgador el propio afectado por la medida. Es decir, surge una antinomia normativa sobre el trámite que debe darse a la adopción de medidas cautelares y a su reconocimiento y ejecución, pues no es posible para dar solución a la problemática consistente en si debe concederse audiencia al afectado con la medida cautelar, antes de decidirse sobre la adopción, reconocimiento y ejecución señaladas, aplicar simultáneamente lo dispuesto en ambos grupos de preceptos. En esa tesitura, de una interpretación surgida de la ponderación de las finalidades de preservar, por una parte, la garantía de audiencia de quien resultaría afectado con la adopción, reconocimiento y ejecución de la medida cautelar (en la medida en la que supone la posibilidad de hacer notar al juzgador y demostrarle, en su caso, circunstancias de hecho o de derecho que impidan que pueda adoptarse, reconocerse y menos aún, ejecutarse, la providencia cautelar) y, por otra, la eficacia de la medida cautelar,

a través de su tramitación inaudita et altera pars (en tanto que implica que el estado de cosas existente cuando se realiza la solicitud, se mantenga para cuando se adopte, reconozca y ejecute la medida); emana el criterio que debe sostenerse en el sentido de que el operador del derecho ha de inclinarse por atribuir un mayor peso a la regla o principio que subyace en las normas contenidas en los citados artículos 1479 y 1480, que resulta coherente con el sistema relativo a las medidas cautelares en general (el cual propugna que para dictar una providencia precautoria no se citará a la persona contra quien se pida), y porque al asumir esa solución en el conflicto normativo se garantiza el mantenimiento de la situación de hecho en aras de que no se vea frustrada la preservación, en forma urgente, del derecho de la parte que la solicita en el procedimiento arbitral; además de cumplir con el criterio visible en la página 18 del Tomo VII, marzo de 1998 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, registro IUS 196727, sentado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 21/98, de rubro: "MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 92/2012. Banco Mercantil del Norte, S.A., Institución de Banca Múltiple, División Fiduciaria. 13 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Guadalupe Hernández Torres. Secretario: Jesús Antonio Rentería Ceballos."

Sostenemos que tal criterio contraría directamente el texto del artículo 1470 fracción III del Código de Comercio, que expresamente señala que se tramitarán conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476, la adopción de medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

"Artículo 1470. Se tramitarán conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476:

...III. La adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425."

Del texto normativo no se desprende laguna alguna en cuanto a la tramitación y procedimiento que debe seguirse para adoptar medidas cautelares en auxilio al arbitraje, por lo que creemos que el criterio arriba citado es excesivo y contrario al texto normativo, desconociendo el balance que el legislador pretendía establecer entre las medidas cautelares dictadas en materia mercantil general (juicios ordinarios, ejecutivos, etc.) y las medidas dictadas en auxilio al arbitraje.

La discrecionalidad de que habla el artículo 1478 no es razón suficiente para obviar el procedimiento que el mismo legislador previó apenas unos artículos atrás, 1472 a 1476, sino que dicha discrecionalidad debe entenderse en cuanto a los tipos de medidas a decretarse.

Si bien las medidas cautelares constituyen un acto de molestia sobre el cual la garantía de audiencia es sacrificada en aras de proteger el derecho de jurisdicción y tutela judicial efectiva, el balance establecido por el legislador, o que al menos así intentó plasmar en la legislación mercantil, fue limitar el dictado de ciertas medidas en los juicios mercantiles sin previa audiencia y en el supuesto de medidas arbitrales se otorga discrecionalidad al órgano jurisdiccional pero debe respetar el derecho de audiencia.

5. CONCLUSIONES

Sostenemos que existe una razón para que las medidas cautelares o providencias precautorias reguladas en materia mercantil general (artículos 1168 a 1189 del Código de Comercio) estén limitadas a la retención de bienes y la radicación de personas, dicha razón es que las mismas son dictadas sin audiencia previa de la persona en contra de la cual van dirigidas, por lo que al limitarse y regularse se evita un exceso judicial que pueda poner en una situación apremiante a los comerciantes.

Sostenemos también que la razón de incluir los vocablos “medidas cautelares” y “providencias precautorias” en la reforma a los artículos 1168 y siguientes del Código de Comercio fue precisamente no hacer distinción entre género y especie, de manera que quedara claro que sin importar la denominación que se use en la solicitud del gobernado, en los juicios mercantiles no pueden dictarse otras medidas distintas a la retención de bienes y el arraigo de personas, resultando inaplicable supletoriamente lo que al efecto dispone el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En el mismo sentido, sostenemos que la razón para que en materia arbitral se dé amplia discreción al juez para el dictado de las medidas cautelares, es que en su trámite rige la garantía de previa audiencia conforme al procedimiento sumario previsto en los artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio, según lo dispone expresamente el artículo 1470, fracción III del mismo ordenamiento.

Por último, creemos que, en los criterios jurisprudenciales analizados en este trabajo, se desconoció por completo tales directrices y funcionamiento de la figura procesal de medidas cautelares, provocando una confusión que rompe con el balance o equilibrio que buscaba el legislador entre tipos de medidas que pueden decretarse y la garantía de previa audiencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Barrera Graf, Jorge *“Instituciones de Derecho Mercantil”*, 2ª edición, Porrúa, 2014.

Mantilla Molina, Roberto *“Derecho Mercantil”* 29ª edición, Porrúa, México, 2014.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia *“Ciencia del Derecho Mercantil”* 2ª edición, Porrúa, 2004.

Frisch Philipp, Walter, *"La sociedad anónima mexicana"*, México, Oxford University Press, 1996.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *"Tratado de sociedades mercantiles"*, México, Porrúa, 2001

García de Velazco, Gonzalo, *"El derecho de las minorías en las sociedades anónimas, México"*, Porrúa, 2003.

Legislación:

- Código de Comercio.
- Código Federal de Procedimientos Civiles Civil.