

CARMEN MUÑOZ DELGADO

Profesora Asociada Derecho Mercantil  
Abogada

**LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS, SUPLETORIAS EN MATERIA MERCANTIL**, MORENO MENDOZA, Jesús Alfredo, Casa Editorial Mexicana, Iuslitteratus, Mexico, 2017, 232 págs.

Recepción original: 07/09/2019

Aceptación original: 11/10/2019

El Profesor y Abogado Jesús Alfredo Moreno Mendoza nos introduce con esta monografía en un tema de gran transcendencia en el Derecho mexicano, tema que no es o no ha sido ajeno en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, en España las medidas cautelares no fueron objeto de tratamiento general hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Esta Ley vino a solventar la falta de regulación unitaria y sistemática en esta materia de su precedente, la Ley de 1881, y a reconocer la finalidad jurisdiccional de aseguramiento de los derechos debatidos en los distintos procesos que cumplen las medidas cautelares, ya destacada por el Tribunal Constitucional.

Pues bien, en esta línea, esta obra viene a concretar, desde un enfoque jurídico-práctico basado en la doctrina y la jurisprudencia, el significado de las medidas cautelares con carácter general para analizar su posible aplicación, de forma supletoria, en el ámbito del derecho mercantil y, especialmente, en el concurso, teniendo en cuenta que la Ley de Concursos Mercantiles mexicana permite cualesquiera medidas conducentes a su efectiva conclusión.

Este objetivo general de la obra lleva a su autor a centrarse en el estudio de dos preceptos concretos: el artículo 1168 del Código de Comercio mexicano y el artículo 384 del Código Federal de los Procedimientos Civiles (CFPC). En una primera aproximación a su estudio, estos artículos, reguladores de las medidas cautelares en sus

respectivos ámbitos, podrían parecer excluyentes. Sin embargo, Jesús Moreno Mendoza consigue demostrar y justificar con su obra la posible aplicación supletoria del artículo 384 CFPC en los procesos mercantiles, a pesar de la literalidad del art. 1168 Código de Comercio. Todo ello con la finalidad de aclarar, en sus propias palabras, “la confusión existente en el derecho procesal mexicano respecto a los medios preparatorios y las medidas cautelares innominadas e identificar las características y beneficios que estas aportan, como supletorias al proceso mercantil”.

Hay que destacar que en la obra se hace un exhaustivo análisis de la legislación vigente y las distintas posturas doctrinales, descendiendo incluso a la esencia iusfilosófica de la institución. Si bien es la evolución de la jurisprudencia, apoyo fundamental de la obra, la que le permite ofrecer una interpretación renovada de estas medidas en el ordenamiento mexicano. De esta forma es como se pasa de una postura restrictiva y excluyente de la aplicación de las medidas innominadas del artículo 384 CFPC en el ámbito mercantil a la apertura de su aplicación supletoria, siempre siguiendo la idea de que la intervención del juzgador debe ser lo más pronta posible para asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva en pro de la protección de los derechos de los interesados en el procedimiento.

Esta finalidad de la obra se muestra desde su planteamiento inicial hasta las conclusiones finales, trazando un hilo conductor que se estructura en ocho capítulos, completados con diversos anexos (casos, apéndice jurisprudencial y un glosario de definiciones y conceptos), además de una estudiada bibliografía. La metodología empleada muestra la doble faceta de Jesús Moreno Mendoza como práctico del derecho, en el ejercicio profesional de la abogacía, y como docente e investigador.

Como ya se ha adelantado, la obra que se recensiona comienza con el *Planteamiento del problema*, como avance de las cuestiones que se tratan en los siguientes capítulos. El autor inicia su trabajo con una delimitación de las instituciones y conceptos fundamentales en los que centra el significado de las medidas cautelares y las diferencia con otras figuras afines como los medios o medidas preparatorias, las medidas preventivas o medidas precautorias e interdictos.

Con este análisis de las distintas figuras delimita las medidas cautelares basándose en los principios generales del derecho de forma que ante la ausencia de una disposición expresa que las contemple se haga posible su aplicación mediante la invocación de principios como la equidad o la analogía. Además de invocar estos prin-

cipios, con apoyo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código civil federal, destaca los presupuestos imprescindibles para solicitar una medida cautelar y que ésta pueda ser acogida por el juez. Estos presupuestos son: a) instrumentalidad: vinculación a un proceso principal; b) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): posibilidad cierta de peligro del derecho invocado; y c) riesgo de que durante el transcurso del proceso pierda eficacia la resolución (*periculum in mora*).

Como corolario, Jesús Alfredo Moreno Mendoza concluye que la medida cautelar nace de “un derecho subjetivo sustentado por una norma consagrada en el derecho objetivo y que para su obtención requiere el beneplácito de un juez” y que “cuando la solicitud de la medida (*en materia mercantil*) no se funda en los casos que prevé el artículo 1168 del código de comercio (...) no impide la aplicación supletoria de las medidas de aseguramiento previstas en los numerales 384 a 388 del código federal de procedimientos civiles”. Es interesante en este sentido el cuadro resumen explicativo de la supletoriedad del art. 384 CFPC que se recoge en las páginas 38 y 39 de la monografía.

Tras esta primera conclusión y delimitadas las características de las medidas cautelares (también interesante el cuadro elaborado en la página 50), se distinguen, en el capítulo 2, sus distintos tipos para llegar a la configuración de las “medidas cautelares innominadas”. Se trata de medidas que no están tipificadas en las normas, sino que se adoptan con el fin de mantener la situación de hecho existente y conservar la materia del litigio, así como evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso que, si se demora en el tiempo, puede impedir que se logre que dicha resolución tenga eficacia práctica. Es decir, se trata de medidas con fines meramente preventivos (independientes de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva que cumplan) y no precautorios (como el arraigo del demandado o el secuestro de bienes, recogidas en el art. 1168 Código de comercio mexicano).

Con estas premisas se justifica, en el capítulo 3, la razón de la medida del artículo 384 del CFPC, que a pesar de su carácter aparentemente negativo (impedir la modificación del estado que guardan las cosas existentes al tiempo de la petición), tiene efectos positivos: el aseguramiento de un derecho.

Continúa su línea expositiva, en los capítulos 4 y 5, con el estudio de la jurisprudencia, destacando el hito marcado por la sentencia 27/2013, aprobada por la Sala Primera de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, que declara la supletoriedad de las medidas cautelares (como género) frente a la concretas providencias precautorias (como especie) previstas en el artículo 1168 del Código de comercio, de forma que si la solicitud de la medida no se funda en las hipótesis señaladas en dicho artículo, será procedente dictar mediante aplicación supletoria de la ley una medida cautelar (en especie) prevista en la legislación civil (como son las medidas de aseguramiento, como la inscripción de la demanda mercantil en un Registro Público) y, en concreto, en el Código Federal de Procedimientos Civiles. Este planteamiento le permite acabar con la discutida prohibición de forma que ésta solo tenga por objeto regular los términos y condiciones para que operasen las medidas cautelares, como especie, denominadas específicamente en el Código de Comercio y no para que la autoridad judicial pueda adoptar cualquier otra medida (nominada o innominada) necesaria para mantener la situación de hecho existente y asegurar la eficacia y el resultado del litigio siempre que se prueben los requisitos exigibles (*fumus bonis iure*, *periculum in mora*, etc.)

El capítulo siguiente, el quinto, se dedica al encuadre de este artículo 384 del CFPC dentro de las normas que dan cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva, que obliga al Juez a salvaguardar un derecho fundamental que no puede limitarse a dos providencias específicas, sino que éste deberá “acudir a cualquier medida prevista que estime eficaz para asegurar la materia del juicio, según la naturaleza de los derechos reclamados”. De ahí, el título del capítulo “las medidas cautelares participan del *principio pro homine*”.

Una vez determinada la justificación, importancia y el alcance de las medidas cautelares, denominadas por el autor “innominadas”, dedica los dos capítulos siguientes (el séptimo y el octavo) a su aplicación al derecho mercantil, teniendo en cuenta la tesis jurisprudencial establecida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “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”.

El primero de estos dos últimos capítulos define el marco general de la medida cautelar como supletoria del derecho mercantil para, a continuación, hacer en el último capítulo una enumeración enunciativa, pero no exhaustiva, de las ramas del derecho mercantil a las que es aplicable el artículo 384 CFPC (arbitraje, acciones colectivas

y procedimientos medioambientales, de competencia económica, de protección y defensa al usuario de servicios financieros, de protección al consumidor, de responsabilidad).

Finaliza esta obra con unas reflexiones sobre el proceso cautelar y la repercusión que el cambio jurisprudencial puede o deber tener en su concepción futura, de modo que, abandonado el criterio restrictivo de las medidas cautelares en el ámbito del derecho mercantil, se llegue a su difusión como instrumentos útiles y necesarios para alcanzar una “justicia pronta y expedita”.

Estamos, pues, ante una obra resultado de un interés profundo en esta materia, que puede resultar de gran ayuda a todos aquellos profesionales del Derecho interesados en la aplicación de las medidas cautelares.

Madrid, agosto 2019