

INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1390 BIS 33 DEL CÓDIGO DE COMERCIO; UN EJERCICIO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

LICENCIADO CARLOS BASTIDA FONSECA¹

RESUMEN

Con base en el ejercicio del control difuso de constitucional, se debe dejar de aplicar el artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio; pues su contenido es inconstitucional, porque contempla la existencia de costas judiciales, al prever una sanción –como indemnización al Estado– en caso de la incomparecencia a la audiencia preliminar, y además, esa sanción es en sí misma un multa excesiva. De modo que, una correcta aplicación de la norma, impone la obligación a los jueces, de acudir a la ponderación, como método interpretativo, antes que al simple empleo de la subsunción; pues ésta, no permite desarrollar una protección integral a la esfera de los justiciables.

Comenzare realizando una advertencia, pues este trabajo como el de muchos de ustedes, se realizó al margen de la actividad jurisdiccional en la que me encuentro inmerso; de modo que las palabras expuestas, serán un fiel reflejo de la experiencia que como juzgador, he adquirido en el Poder Judicial de su vecino, el Estado de México.

Por principio de cuentas, considero conveniente traer a colación que, se tramitaran en la vía oral mercantil todas las contiendas cuya suerte principal sea inferior a **\$539,756.58 [quinientos treinta y nueve mil setecientos cincuenta y seis pesos 58/100 moneda nacional]**, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de interposición de la demanda. A partir de aquí podemos notar que la amplitud de los procesos tramitados en esta vía, es inmensa; porque la mayoría de los asuntos mercantiles que se tramitan no superan ese monto.

¹ Juez Civil de Primera Instancia dentro del Poder Judicial del Estado de México.
Titular del Juzgado Segundo Civil de Primera Instancia del Distrito Judicial de Toluca Estado de México.

Debo decir también que, esta clase de procesos orales o verbales, no son nada novedoso; pues ya desde hace bastantes años, se contaba con esa modalidad, aunque, el legislador decidió abandonar la forma que de nueva cuenta se acoge.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En fin, la reflexión que planteare es la siguiente:

La sanción prevista en el artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, es inconstitucional. Esto es, la sanción que se impondrá a quien no acuda a la audiencia preliminar, sin justa causa calificada por el juez, y que no podrá ser inferior a \$2,159.03 [**dos mil ciento cincuenta y nueve pesos 03/100 moneda nacional**], ni superior a \$5,397.57 [**cinco mil trescientos noventa y siete pesos 57/100 moneda nacional**]², es inconstitucional, porque contraría el contenido de los artículos 17 y 22 del Pacto Federal, que vedan la existencia de costas judiciales merced al principio de gratuidad de la justicia y la existencia de multas excesivas, respectivamente.

PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

La reforma constitucional que se publicó el diez de junio de dos mil once en el Diario Oficial de la Federación, generó un nuevo paradigma al prever entre otras cosas, en el artículo 1º lo siguiente:

“[...]

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el

² El monto de esta sanción se actualizará cada año por la inflación, en los términos del artículo 1253 fracción VI del Código de Comercio.

Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...]"

De este modo, a partir de la existencia de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los jueces –hoy más que nunca– estamos obligados a velar por la promoción, respeto, protección y garantía los derechos humanos.

Ahora, el mecanismo que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos brinda para lograr lo anterior, es precisamente, el control difuso también conocido como incidental. Éste tiene su fundamento en el artículo 133 constitucional, que a la dice:

"[...]

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

[...]"

Del artículo transcrito surgen dos principios: [I] el de supremacía constitucional y [II] el de jerarquía normativa; que por cuestiones obvias no serán desarrollados, pues la información que girar a su alrededor es tan amplia, que necesariamente requieren un estudio particular. Sin embargo, de éstos nace la posibilidad de cualquier operador jurídico que despliegue funciones jurisdiccionales, pueda dejar de aplicar alguna norma o artículo, sí después de hacer un concienzudo examen, se llega a la conclusión de que existe cierto grado de incompatibilidad con alguna parte del texto constitucional.

Aquel ejercicio no implica hacer una declaración general sobre invalidez –que expulse a la norma del orden jurídico nacional, por considerar que su contenido es antitético con el de la Constitución–; pero sí, brinda la posibilidad de defender el orden fundamental

constitucional, al dejar –únicamente– de aplicar la norma inconstitucional. Esta clase de control, se realiza bajo las siguientes condiciones mínimas:

1. Debe ser ejercido a través de un correcto ejercicio de argumentación jurídica; pues la inaplicabilidad declarada, no puede ser fundada por concepciones subjetivas, sino objetivas que pongan de manifiesto la incompatibilidad del texto ordinario con el texto fundamental; y
2. Qué, para ejercerlo de manera oficiosa, debe ponderarse el perjuicio que causa la norma inconstitucional en la esfera jurídica primaria de los justiciables.

Al margen esto, indiscutiblemente se advierte que el artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, es inconstitucional como se evidenciará en las líneas próximas.

Los servidores públicos que ejercemos funciones jurisdiccionales, estamos obligados a satisfacer la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 Constitucional; de ahí que nuestras determinaciones [simples o complejas] deben ser fundadas y motivadas. Esto reposa en la necesidad de que los justiciables, conozcan el “por qué” y “para qué” de la conducta de la autoridad, pues debemos dar a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de decisorio, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado, poder cuestionar y controvertir la *ratio* de la decisión judicial, permitiéndole una real y auténtica defensa. Igual posición tenemos con la garantía del debido proceso legal, que consagra el artículo 14 Constitucional; de donde se sigue que, necesariamente, los procesos deben tramitarse conforme a las disposiciones procedimentales –exactamente– aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata.

A partir de este punto, vemos que existen una serie de obligaciones [materiales y formales] constitucionales, cuya satisfacción constituye la base de la defensa constitucional.

Ahora bien, si únicamente realizamos un ejercicio de subsunción, llegaremos a la conclusión de que el referido artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, castiga –legalmente– al ausente a la audiencia preliminar. Es decir, a aquél que sin justa causa [calificada por el juez], se rehúsa a comparecer ante la autoridad judicial, y que por ello, en uso de las facultades que la ley concede al juzgador, puede, si lo estima necesario,

imponer la sanción que considere pertinente, para obligar a las partes a desplieguen cierta conducta; o sea, lograr que los justiciables comparezcan so pena que de no hacerlo, se harán acreedores a una sanción que no podrá ser inferior a \$2,159.03 [**dos mil ciento cincuenta y nueve pesos 03/100 moneda nacional**], ni superior a \$5,397.57 [**cinco mil trescientos noventa y siete pesos 57/100 moneda nacional**].

No obstante, el contenido en sí del dispositivo legal en disenso es tan cuestionable, que la subsunción no es suficiente para determinar si es válida y desde luego, eficaz. Por tanto, debemos, invariablemente, hacer uso de un ejercicio de ponderación, en el que consideremos si efectivamente es adecuado el imponer al justiciable una sanción por su inasistencia a la audiencia preliminar, o bien, si la condición de validez y eficacia de las normas que regulan el juicio oral mercantil, reposan *per se*, en el acceso al sistema de administración de justicia, sin más condición que la de cumplir las formalidades impuestas al efecto; máxime que el artículo en estudio, prevé que la audiencia preliminar se llevará a cabo con o sin la asistencia de las partes; de modo que el propio legislador, no consideró como un elemento necesario para su celebración, el que las partes se encuentren presentes; ya que claramente, su incomparecencia puede atender a una de dos posibilidades: [I] que no sea deseo del ausente llegar a un conciliación y mucho menos a acuerdos probatorios, y [II] que incluso, el juicio se siga en rebeldía.

Bajo este marco, y considerando que ha sido criterio sostenido del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³, que están prohibidas las costas judiciales [entendidas como la cantidad que el gobernado paga al Estado, para que se despliegue una función jurisdiccional], es evidente –como se dijo– que la sanción prevista en el artículo 1390 bis 33 del Código de Comercio, es inconstitucional, pues puede ser considerada como una costa judicial. Porque impone al justiciable ausente, el pago de una cantidad a favor de la autoridad judicial, cuyo destino, no es otro sino el Fondo [Auxiliar] para la Administración de Justicia del Estado en el que se imponga la sanción; contrariando por ello, el principio de gratuidad inmerso en el artículo 17 de la Constitución Política de los

³ **COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL.** Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. Época: Novena Época. Registro: 193559. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Agosto de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 72/99. Página: 19.

Estados Unidos Mexicanos; porque obliga al justiciable, a erogar una cantidad de dinero por el ejercicio de una actividad [celebración de una audiencia], en la que a decir del propio legislador, pueden o no asistir los justiciables.

En una diversa perspectiva, pero con igual resultado, podemos ver que el término *sanción* es definido por la Real Academia Española como: “[La] Pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores.”; y a la *pena* como: “[El] Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.”; sobre esta base se advierte que la sanción que establece el artículo 1390 bis 33 del Código de Comercio, es una multa por ser una pena [castigo] impuesta al ausente [infractor] a la audiencia preliminar. Y al considerar que ésta no podrá ser inferior a \$2,159.03 [**dos mil ciento cincuenta y nueve pesos 03/100 moneda nacional**], ni superior a \$5,397.57 [**cinco mil trescientos noventa y siete pesos 57/100 moneda nacional**], se le puede calificar como inconstitucional, porque [I] puede ser desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor, además de que puede ser [II] excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Es decir, en un asunto cuya cuantía supere –por ejemplo– los \$500,000.00 (**quinientos mil pesos 00/100 moneda nacional**) la multa impuesta dentro de los límites establecidos, es leve, porque el valor del negocio judicial es claramente mayor; pero, si la multa se impone en un asunto cuyo valor asciende a la cantidad de \$2,000.00 [**dos mil pesos 00/100 moneda nacional**], la multa será entonces, claramente excesiva, pues incluso supera el valor de lo demandado. Así pues, es notorio que aquella sanción [multa], contraviene el texto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha sido interpretado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴ al señalar que

⁴ **MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE.** De la acepción gramatical del vocablo "excesivo", así como de las interpretaciones dadas por la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para definir el concepto de multa excesiva, contenido en el artículo 22 constitucional, se pueden obtener los siguientes elementos: a) Una multa es excesiva cuando es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación a la gravedad del ilícito; b) Cuando se propasa, va más adelante de lo lícito y lo razonable; y c) Una multa puede ser excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Por lo tanto, para que una multa no sea contraria al texto constitucional, debe establecerse en la ley que la autoridad facultada para imponerla, tenga posibilidad, en cada caso, de determinar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia, en su caso, de éste en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor, para así determinar individualizadamente la multa que corresponda. Época: Novena Época. Registro: 200347. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II, Julio de 1995. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 9/95. Página: 5.

para que una multa no sea considerada excesiva, el juzgador debe considerar para su imposición ciertos factores como son:

- 1) Que exista una correspondencia entre la cuantía de la multa y las condiciones económicas del infractor;
- 2) Que se considere la gravedad de la falta a sancionar; y
- 3) La reincidencia y en atención a tales circunstancias determinar la individualización de la multa correspondiente.

Entonces, se puede sostener que sí la sanción es una multa, ésta tiene un carácter inflexible [por establecer un monto mínimo y máximo], ya que impacta directamente en el peculio del infractor [ausente], al perjudicar su patrimonio, independientemente de la capacidad económica que éste posea; en cuyo caso, existe la inminente posibilidad –como ya se dijo– de imponer multas [excesivas o desproporcionadas] a personas de escasos recursos, porque no olvidemos que la procedencia formal del juicio, está comprendida por aquellos asuntos en los que la cuantía sea inferior a **\$539,756.58 [quinientos treinta y nueve mil setecientos cincuenta y seis pesos 58/100 moneda nacional]**. Razón por la cual, la sanción establecida en el artículo 1390 bis 33 del Código de Comercio, es inconstitucional por prever una multa excesiva; aunado que los jueces no podemos distinguir donde la ley no lo hace, es decir, no podemos aplicar a unos la multa por considerarla leve, y a otros no, por considerarla excesiva.

CONCLUSIONES

Por lo anterior, solo me resta reiterar lo siguiente:

1. Que la sanción prevista en el artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, puede ser considerada como una multa excesiva, y que además, puede ser vista como una indemnización fijada a favor del Estado [por conducto del Poder Judicial].
2. Como juzgadores, mediante un ejercicio de control de regularidad constitucional difuso, debemos dejar de aplicar el artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, porque es inconstitucional; ya que contraviene el principio de gratuidad de la justicia; sumado a que al ser una multa excesiva [en algunos casos], los jueces no

podemos aplicarla a unos por considerarla leve, y a otros no, por considerarla excesiva.

3. Para lograr una efectiva interpretación de las normas, debemos –en la medida de lo posible– hacer uso de la ponderación [como método interpretativo], en lugar de la tradicional subsunción.

De ahí que se estime que la aplicación del artículo 1390 *bis* 33 del Código de Comercio, al permitir la aplicación de una sanción [multa], vulnera los principios contenidos en los artículos 17 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pues por un lado, se cobrarían costas judiciales [entendidas como una indemnización a favor del Estado], y por otro, se está ante la presencia de una multa excesiva. Por lo que es conveniente, dejar de aplicar el citado artículo, por resultar contrario al texto Constitucional.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código de Comercio.
- Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha, disponible en la página electrónica: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>.