

Aguascalientes, Aguascalientes,
veintitrés de octubre de dos mil dieciocho.

V I S T O S, para dictar sentencia definitiva los autos del expediente número ***** que en la vía **ESPECIAL HIPOTECARIA** promueve ***** en contra de ***** y ***** , la que se dicta bajo los siguientes:

C O N S I D E R A N D O S :

I. Dispone el artículo 82 del código de procedimientos civiles vigente para el estado que: *"Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con la demanda y su contestación y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hubieren sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos. Cuando el juicio se siga en rebeldía, deberán verificar de oficio, la existencia de los elementos para la procedencia de la acción"*. Y estando citadas las partes oír sentencia, se procede a dictar la misma en términos de lo que dispone la norma legal en cita.

II. Esta autoridad es competente para conocer y decidir de la presente causa, de acuerdo a lo que establece el artículo 142 fracción II del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, pues señala que es juez competente el de la ubicación de la cosa si se ejercita una acción real sobre bienes inmuebles, hipótesis que cobra aplicación al presente asunto en virtud de ejercitarse acción de tal naturaleza y el inmueble se ubica dentro de esta Ciudad capital; además las partes no impugnaron la competencia de esta autoridad, de donde deviene un sometimiento tácito a la jurisdicción de la misma, por lo que cobra aplicación también lo que establece el artículo 137

del ordenamiento legal indicado.

III. Es procedente la vía especial hipotecaria propuesta por la parte actora, en virtud de que se demanda el pago de cantidad que se adeuda por razón de un Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria y las anexidades que se señalan en el proemio de la demanda, fundándose en el plazo cumplido, contrato que consta en escritura debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en el Estado, además el pleito es entre las partes que lo celebraron, dándose los supuestos previstos en los artículos 549 reformado y 550 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado, preceptos que señalan es procedente la vía hipotecaria, cuando la acción consista en el pago de adeudo con garantía hipotecaria y bastando para ello que conste en escritura debidamente registrada, que el plazo se haya cumplido o que deba anticiparse, sin necesidad de registro cuando el pleito es entre las partes que lo celebraron.

No pasa inadvertido para esta autoridad, que la demandada ***** invoca como excepción de su parte la relativa a la improcedencia de la vía, así como la que denomina de fraude a la ley, señalando en esencia que el contrato celebrado por su parte es de naturaleza mercantil y que la parte accionante intentó la acción en la vía civil, que se debió ventilar en la ordinaria mercantil.

Argumentos que se consideran **improcedentes**, en primer lugar porque si bien atendiendo a las partes que celebraron el contrato base de la acción, se tiene que el actor es comerciante, se desprende del escrito inicial de demanda que lo que se reclama es la ejecución y materialización de la hipoteca que pesa sobre el inmueble objeto de dicho contrato por la

terminación del plazo estipulado en el mismo para el cumplimiento de la obligación de pago, es decir, lo que se pretende es hacer efectivo el contrato accesorio de hipoteca, el cual es de naturaleza civil, por lo tanto, si el actor ejercitó la vía hipotecaria para poder exigir el derecho que del mismo se desprende, es correcta la vía especial hipotecaria en que ha accionado la parte actora, según quedó establecido en el párrafo anterior, pues se refiere a una acción de naturaleza esencialmente civil resultando aplicable a lo anterior, lo establecido en el artículo 75, fracción XXI del Código de Comercio.

Resultando aplicable a lo anterior, el criterio jurisprudencial con número de tesis PC.IV.C. J/4 C (10a.), emitido por contradicción, por el Pleno en Materia Civil del Cuarto Circuito, con número de contracción 1/2015, de la instancia Plenos de Circuito, publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro veinticuatro, noviembre de dos mil quince, tomo III, página tres mil ciento cincuenta y nueve, de la Décima Época, con número de registro 2010531, el cual a la letra señala:

VÍA EJECUTIVA. ES IMPROCEDENTE SI SE PRETENDE LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA, CASO EN EL CUAL DEBE INTENTARSE LA VÍA ORDINARIA CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De la interpretación de los artículos 638 y 649 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, se obtiene que el juicio ordinario procede cuando no existe un procedimiento especial señalado y es de cognición, mientras que el juicio ejecutivo debe fundarse necesariamente en un documento que traiga aparejada ejecución. Así también, al seguir las directrices de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenidas en las tesis de jurisprudencia 1a./J. 5/2002, 1a./J. 91/2011 y 1a./J. 42/2013 (10a.), de rubros y título y subtítulo: "VÍA EJECUTIVA

MERCANTIL ES IMPROCEDENTE SU EJERCICIO EN CONTRA DEL GARANTE HIPOTECARIO CUANDO NO TIENE A LA VEZ EL CARÁCTER DE ACREDITADO, MUTUATARIO U OBLIGADO SOLIDARIO (ARTÍCULOS 68 Y 72 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO).", "HIPOTECA. NO ES JURÍDICAMENTE VÁLIDO ORDENAR SU EJECUCIÓN EN LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE RESUELVE LA ACCIÓN PERSONAL INTENTADA EN EL JUICIO ORDINARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)." y "VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EL ACREEDOR NO PUEDE EJERCER SIMULTÁNEAMENTE UNA ACCIÓN REAL CONTRA EL GARANTE HIPOTECARIO UNA PERSONAL CONTRA EL DEUDOR SOLIDARIO DEL CONTRATO."; se concluye que la deuda que constituye el pilar de la garantía hipotecaria es ajena al crédito que se garantiza, porque: a) El acreedor sigue al bien que representa la garantía, no a la persona que la constituye; y b) El garante se obligó a responder ante el incumplimiento del deudor y esa obligación la asumió no en su persona, sino a través de un bien específico y determinado. En consecuencia, resulta improcedente el ejercicio de la vía ejecutiva contra el garante hipotecario, ya que ese procedimiento debe ser en relación directa con la persona que se demanda a través de esa vía de privilegio, sin embargo, respecto de él no existe documento que traiga aparejada ejecución como lo exige el código referido. Máxime si se toma en cuenta que existe la posibilidad de que el inmueble otorgado en garantía hubiese salido de su patrimonio, con lo cual se podrían afectar derechos de terceros que no formaron parte del contrato que dio origen a la hipoteca; de ahí que sea en la vía ordinaria civil en la que debe resolverse el conflicto derivado del consenso hipotecario.

De ahí, que sean infundados y, por ende, **improcedentes**, los argumentos de defensa vertidos al invocar la excepción de improcedencia de la vía y de fraude de la ley, planteadas por la demandada *****.

IV. El actor ***** , demanda por su propio derecho a ***** y ***** , por el pago y cumplimiento de las siguientes prestaciones: **"a). Para que se condene a la demandada por el pago de la cantidad de \$400,000.00 (CUATROCIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N.), como**

suerte principal, que se desprende del Instrumento Notarial que se acompaña del Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria, el cual consta en la Escritura Pública número ***** , del Volumen ***** , ante la fe del NOTARIO PÚBLICO No. ***** , de las del Estado, LIC. ***** , del protocolo a cargo de la Notaria Pública antes señalada, b). Por el pago de los intereses a razón del 3.08% mensual, no obstante que estos fueron pactados en el contrato base de la acción en la clausula Tercera, como intereses ordinarios 3% más el 1% adicional, en caso de mora, y señalada dentro de la clausula Tercera del Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria, respecto de la cantidad que me adeuda, reclamando únicamente el 37% anual, como lo dispone el artículo 2266 del Código Civil vigente en el Estado, intereses moratorios causados y no pagados desde el dieciocho de enero del dos mil dieciséis, más los que se sigan causando hasta el pago total de lo reclamado como suerte principal, ascendiendo a la fecha la cantidad de \$86,240,00, (OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS), más los que se sigan generando a partir de esta fecha y que serán cuantificados en ejecución de sentencia a razón del interés antes señalado; c). En su caso, para que se proceda al remate del bien inmueble hipotecado y con su producto se haga el pago de las prestaciones reclamadas; e). El pago de gastos y costas que el presente juicio origine.”. Acción que contemplan los artículos 12 del Código de Procedimientos Civiles y 2769 del Código Civil, ambos vigentes en el Estado.

La demandada ***** dio contestación a la demanda instaurada en su contra y opone controversia total por cuanto a las prestaciones que se le reclaman y parcialmente respecto a los hechos en que se fundan, invocando como excepciones de su parte las siguientes: **1.** La de falta de acción de la parte actora o *Sine Actione Agis*; **2.** La de no modificación de los hechos ni prestaciones de su demanda; **3.** Improcedencia de la acción y de la vía hipotecaria civil elegida por la actora; **4.** La de fraude a la ley que pretende la parte actora

al promover un juicio especial hipotecario, invocando leyes que no se aplican al caso planteado; 5. La de incompetencia por materia; 6. La de nulidad de la escritura pública; 7. La de dinero no recibido.

Por su parte, el demandado *****, no dio contestación a la demanda instaurada en su contra y en observancia a esto se procede a revisar de oficio el procedimiento que se siguió al emplazarlo, de acuerdo al criterio jurisprudencial emitido por reiteración por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de tesis 247, publicada en el Apéndice de mil novecientos noventa y cinco, tomo IV, parte SCJN, de la materia Civil, de la Séptima Época, con número de registro 392374, el cual a la letra establece:

"EMPLAZAMIENTO. ES DE ORDEN PÚBLICO Y SU ESTUDIO ES DE OFICIO. La falta de emplazamiento o su verificación en forma contraria a las disposiciones aplicables, es la violación procesal de mayor magnitud y de carácter más grave, puesto que da origen a la omisión de las demás formalidades esenciales del juicio, esto es, imposibilita al demandado para contestar la demanda y, por consiguiente, le impide oponer las excepciones y defensas a su alcance; además, se le priva del derecho a presentar las pruebas que acrediten sus defensas y excepciones y a oponerse a la recepción o a contradecir las probanzas rendidas por la parte actora y, finalmente, a formular alegatos y ser notificado oportunamente del fallo que en el proceso se dicte. La extrema gravedad de esta violación procesal ha permitido la consagración del criterio de que el emplazamiento es de orden público y que los jueces están obligados a investigar de oficio si se efectuó o no, y si en caso afirmativo, se observaron las leyes de la materia."

Por lo que se procede al análisis de las constancias que integran el sumario que se resuelve y que merecen alcance probatorio pleno al

tencia de los artículos 281 y 341 del Código adjetivo de la materia vigente en el Estado, de las cuales se desprende que el demandado ***** fue emplazado en términos de ley, pues se realizó en el domicilio señalado por la parte actora y efectuó una vez que el notificador a quien se encomendó realizar el emplazamiento, se cercioró de ser el domicilio del demandado por así habérselo informado *****, quien manifestó ser hija del demandado y vivir en dicho domicilio, por lo que, por su conducto se procedió a emplazar al demandado mediante cédula de notificación en la que se insertó el auto que ordenó el emplazamiento, dejándole además copias de la demanda y sus anexos, informándole por el mismo conducto que contaban con el término de nueve días para dar contestación a la demanda, recabando la firma de la informante con quien se entendió la diligencia, consecuentemente se cumplió con lo que disponen los artículos 90, 107 fracción I, 109, 110 y 117 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado y así el demandado no dio contestación a la demanda y por ello se pasa únicamente al estudio de la acción ejercitada.

V. Establece el artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles vigente en la Entidad, que: **"El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones."**, en observancia a esto las partes exponen en sus escritos de demanda y contestación una serie de hechos como fundatorios de la acción y excepciones planteadas y para acreditarlos como lo exige la norma legal invocada, ofrecieron y se les admitieron pruebas, valorándose las de la parte **actora** en la medida siguiente:

La **CONFESIONAL** a cargo de ***** desahogada en audiencia de fecha *dieciocho de mayo de dos mil diecisiete*, a la que se le concede valor

procurador público de conformidad con lo dispuesto por los artículos 247 y 337 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, pues al mismo se le tuvo por confeso de las posiciones que se le formularon por escrito y previamente se calificaron de legales, aceptando de esta manera como cierto que con fecha veintiocho de mayo de dos mil quince celebró con el actor contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria; que dicho contrato lo celebró por la cantidad de cuatrocientos mil pesos ante la fe del notario público número catorce de los del Estado, licenciado *****; que convino que en caso de mora generaría un interés del tres por ciento mensual y en caso de mora, se aplicaría una tasa del uno por ciento adicional a la tasa de interés ordinaria señalada; que convino que los intereses se pagarían los días dieciocho de cada mes en el domicilio del actor; que convino dentro de la cláusula segunda del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, a pagar el acreedor, la cantidad mutuada en un plazo de seis meses; que se abstuvo de pagar desde el dieciocho de enero de dos mil dieciséis, cayendo en mora; que con fecha dieciocho de mayo de dos mil quince recibió del actor el cheque de caja número ***** a su nombre a cargo de la institución bancaria ***** por la cantidad de cuatrocientos mil pesos; que se ha abstenido de cumplir con lo señalado en el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria desde el dieciocho de enero de dos mil dieciséis; que en fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis fue notificado e interpelado judicialmente por el pago y cumplimiento de lo señalado en las cláusulas segunda y tercera del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria.

La **CONFESIONAL** a cargo de *****

desahogado en audiencia de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, a la que se le concede valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 247 y 337 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, pues a la misma se le tuvo por confesa de las posiciones que se le formularon por escrito y previamente se calificaron de legales, aceptando de esta manera como cierto que con fecha veintiocho de mayo de dos mil quince celebró con el actor contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria; que dicho contrato lo celebró como garante hipotecario, obligada solidaria y avál de *****; que el contrato celebrado fue por la cantidad de cuatrocientos mil pesos ante la fe del notario público número catorce de los del Estado, licenciado *****; que convino que dicha cantidad generaría intereses ordinarios a razón del tres por ciento mensual que convino pagar un interés ordinario del tres por ciento mensual y en caso de mora, se aplicaría una tasa del uno por ciento adicional a la tasa de interés ordinaria señalada; que convino que los intereses se pagarían los días dieciocho de cada mes en el domicilio del actor; que convino dentro de la cláusula segunda del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, a pagar el acreedor, la cantidad mutuada en un plazo de seis meses; que se abstuvo de pagar desde el dieciocho de enero de dos mil dieciséis, cayendo en mora; que se ha abstenido de cumplir con lo señalado en el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria desde el dieciocho de enero de dos mil dieciséis; que en fecha veinte de junio de dos mil dieciséis fue notificado e interpelado judicialmente por el pago y cumplimiento de lo señalado en las cláusulas segunda y tercera del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria; que constituyó en primer

lugar hipoteca a favor de la parte actora, la casa habitación ubicada en la calle *****, edificada sobre el lote número ***** de la manzana número *****, del fraccionamiento ***** de esta ciudad, la cual tiene una superficie de ciento cuarenta y ocho metros cuadrados.

La DOCUMENTAL PÚBLICA relativa al testimonio notarial que se acompañó a la demanda y obra de la foja siete a nueve de esta causa, que por referirse a la escritura pública número cuarenta y un mil cuatrocientos treinta y dos, volumen setecientos cincuenta y tres, de fecha veinticinco de mayo de dos mil quince, de la Notaria Pública número catorce de las del Estado, la que tiene alcance probatorio pleno en términos de los artículos 281 y 341 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado; documental con la cual se acredita que en la fecha indicada las partes de este juicio celebraron Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria, de una parte *** en calidad de mutuante y de la otra parte ***** como deudor y ***** con el carácter de garante hipotecaria, obligada solidaria y aval, contrato por el cual ***** reconoció haber recibido el cheque de caja número ***** de la institución bancaria denominada ***** expedido a su favor y por la cantidad de cuatrocientos mil pesos, obligándose a pagar la misma en un plazo de seis meses, además que dicha cantidad causaría un interés ordinario del tres por ciento mensual, pagos que se realizarían en el domicilio del acreedor ubicado en ***** número *****, del fraccionamiento ***** de esta Ciudad, habiendo estipulado en la clausula tercera que los deudores se obligaban a pagar a su acreedora, además de los intereses ordinarios, en caso de mora una tasa del uno por ciento adicional, sujeto dicho

contrato y los demás términos y condiciones que se consignan en la documental valorada y que aquí se dan por reproducidos como si a la letra lo fuere en obvio de espacio y tiempo.

La **DOCUMENTAL PÚBLICA** consistente en el legajo de copias certificadas que obran de la foja diez a la veintiséis de los autos, a las cuales se les concede pleno valor al tenor de los artículos 281 y 341 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, pues se refieren a actuaciones judiciales del expediente ***** del Juzgado Primero de lo Civil en el Estado; documentales con las cuales se acredita que el actor ***** promovió diligencias de Jurisdicción Voluntaria, bajo el número indicado con el objeto de interpelar judicialmente a los demandados ***** y ***** para el pago y cumplimiento de la obligación a su cargo, es decir el pago de la cantidad dada en mutuo, lo que se realizó los días veintitrés y veinte de junio de dos mil dieciséis, respectivamente, como se advierte de las cédulas de notificación que obran a foja veinte y veintitrés de los autos.

Las pruebas de la parte demandada ***** se valoran en la medida siguiente:

La **CONFESIONAL** a cargo de ***** , que fuera desahogada en diligencia de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, a la cual se le concede valor probatorio en términos de lo que establecen los artículos 247 y 337 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, pues se realizó en juicio por persona capaz para obligarse, hecha con pleno conocimiento, sin coacción ni violencia, respecto a hechos propios de la absolvente, habiendo reconocido de esta manera, por cuando a los hechos controvertidos, *que es comerciante, que realiza actos de comercio y que la escritura que exhibió como base de la acción aparece como fecha*

veintiocho de mayo de dos mil quince, pero dice firmada el veintinueve de mayo del mismo año.

La **INSPECCIÓN JUDICIAL**, que realizó esta autoridad en diligencia de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, en la que personal de este Juzgado se trasladó al domicilio de la Notaria Pública número cuarenta y cinco, inspección a la cual se le concede pleno valor probatorio al tenor de los artículos 308 y 348 del Código de Procedimientos Civiles vigentes del Estado, pues se refiere a la inspección del contenido del apéndice de la escritura pública número cuarenta y un mil cuatrocientos treinta y dos, volumen setecientos cincuenta y tres, de fecha veintiocho de mayo de dos mil quince del protocolo de dicha notaria, dando fe que los documentos y anexos que aparecen agregados en su apéndice son el certificado de Libertad de Gravamen del inmueble ubicado en el lote veintitrés manzana veinte del Fraccionamiento Santa Elena ubicado en la calle ***** número ***** del Municipio de Aguascalientes, el cual no reporta ningún gravamen y del cual el Notario Público ***** realizó la anotación preventiva en dicho inmueble día diecinueve de mayo de dos mil quince, así mismo consta un recibo del Registro Público de la Propiedad con número *****, esto derivado del escrito presentado en fecha dieciocho de mayo de dos mil quince por el Notario Público número catorce de los del Estado, que es el primer aviso preventivo, de igual forma aparece copia de un cheque de caja expedido por ***** número ***** de fecha dieciocho de mayo de dos mil quince a pagar a la orden de *****, de igual forma aparecen copias de las credenciales de elector para votar de ***** y ***** también aparece un aviso de cancelación preventivo del Registro Público de la Propiedad de fecha diecinueve de mayo de dos mil quince, mismo

que se canceló porque con anterioridad el Notario Público había enviado un aviso de cancelación que es el primer aviso porque primeramente le iba a prestar el dinero ***** el cual fue enviado en fecha dieciocho de mayo de dos mil quince, así mismo aparece otro recibo expedido por el Registro Público de la Propiedad de fecha veintinueve de mayo del año dos mil quince con número ***** a las 13:01:54 a petición del Licenciado ***** , también aparece otro escrito de fecha veintinueve de mayo de dos mil quince suscrito por el Licenciado ***** que es el segundo aviso en el cual se informa que se firmó la escritura indicada, firmada el veintinueve de mayo de dos mil quince en el que se celebró el contrato de Mutuo con interés y garantía hipotecaria apareciendo como acreedor ***** y como deudor ***** y ***** como garantía hipotecaria, obligada solidaria y aval de la casa habitación ubicada en la calle ***** número ***** del Fraccionamiento ***** de esta Ciudad, siendo todos los documentos que aparecen en el apéndice de dicha escritura.

La **TESTIMONIAL** consistente en el dicho de ***** , la que se desahogó en diligencia de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, a la que no se le concede valor alguno en términos de lo que establece el artículo 350 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, pues en cuanto a lo que depone se refiere a un testigo singular, sin que se desprenda de los autos que las partes convinieran en pasar expresamente por su dicho, de ahí que a su declaración no se le conceda valor alguno.

Las pruebas de ambas partes se valoran en la medida siguiente:

La **INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES**, entendiéndose por esto todas y cada una de las

constancias que integran la presente causa, misma que resulta favorable a la parte actora en virtud del alcance probatorio que se les ha otorgado a los elementos de prueba antes valorados y por lo precisado en cada uno de ellos, lo que aquí se da por reproducido como si a la letra lo fuere en obvio de espacio y tiempo.

Y la **PRESUNCIONAL** que resulta favorable a la parte actora, esencialmente la humana que se desprende del enlace que se hace de los elementos de prueba aportados y reflejarse de los mismos presunción grave a favor de la parte actora, de que la demandada incumplió con sus obligaciones de pago relativa al capital e intereses normales pactados, estos a partir de los correspondientes al dieciocho de enero de dos mil dieciseis, pues por cuanto al cumplimiento de la obligación de pago la carga de la prueba corresponde a la demandada de acuerdo a lo que establecen los artículos 235 y 236 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado y dicha parte no aportó prueba alguna para justificar que cubrió el capital y los intereses generados a partir de la fecha antes indicada, de donde surge presunción grave de que no ha cumplido con dichas obligaciones; presuncional a la cual se le concede pleno valor en términos de lo que establece el artículo 352 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado.

VI. De acuerdo con lo que arrojan los elementos de prueba antes analizados y alcance probatorio que se les concedió, ha lugar a establecer que la parte actora acredita los elementos de procedibilidad de su acción y la demandada ********* no justifica sus excepciones, atendiendo a las siguientes consideraciones lógico-jurídicas y disposiciones legales:

Respecto a la excepción de

incompetencia hecha valer, se tiene que la misma fue analizada y resuelta por la Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, al emitir resolución en la toca civil número 56/2018, en fecha veintinueve de enero de dos mil dieciocho.

Invoca igualmente las excepciones de improcedencia de la vía, así como la que denomina de fraude a la ley, las que fueron analizadas y resueltas en el considerando tercero de la presente resolución, determinándose como improcedentes, por los argumentos vertidos en aquél, los que aquí se dan por reproducidos como si a la letra lo fuere en obvio de espacio y tiempo.

La excepción que denomina de no modificación de los hechos ni prestaciones de su demanda, en primer lugar se tiene que lo anterior no constituye una excepción, pues por esto se entiende los medios de defensa que opone el demandado frente a las pretensiones de su contraria, con la finalidad de diferir, destruir o anular las mismas, luego entonces si lo expresado por el demandado tiene como finalidad el de pedir a la autoridad que no se permita a la actora cambiar los términos de su demanda, esto no constituye una excepción y, por tanto, resulta **inadmisible** además de que no se dio tal supuesto, pues atendiendo a lo que establecen los artículos 224 y 227 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, con el escrito inicial y al dar contestación a la demanda se fija la litis planteada en el asunto, por lo que es en base a ella que debe acreditarse las pretensiones de las partes, por lo que, una vez emplazado el demandado, no es posible variar en forma alguna dicha litis planteada.

Las excepciones de nulidad de escritura y dinero no recibido, que hace consistir en que la escritura número cuarenta y un mil cuatrocientos

treinta y dos, de fecha veintiocho de mayo de dos mil quince, al tener dos fechas de suscripción, que no se sabe en cuál de ellas se le leyó y explicó el contenido de dicha documental, máxime que su parte es una persona dedicada al hogar, con casi setenta años de edad, con escasa preparación, que por tanto es indiscutible que no sabía lo que firmaba, que afortunadamente al existir diferencia en las fechas deberá ponderarse sus derechos, que su voluntad estaba viciada, que no sabía lo que firmaba; que los vicios de consentimiento por el incumplimiento de las obligaciones por parte del notario al no realizar las formalidades trascendentales debe decretarse la nulidad absoluta de dicha escritura; que su parte jamás se le entregó cantidad alguna de las consignadas en el documento base de la acción, que es ilegal que el notario haga constar algo que él no vio, como es que se hubiere entregado un cheque, que solo le consta una copia fotostática de aquél; argumentos que tienen la obligación de acreditar, pues se refieren a afirmaciones en las que funda su contestación de demanda, atendiendo a la obligación que le impone el artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, lo que no realizó, pues respecto a lo anterior, se tiene que la parte demandada únicamente ofertó las pruebas de inspección judicial, la cual le resulta desfavorable, pues de la inspección que realizó esta autoridad en el protocolo de la Notaria Pública Número Catorce en específico en el apéndice relativo a la escritura que consigna el contrato basal, se advierte que se encuentra agregado la copia del cheque número ***** del la institución bancaria denominada *****, en el que se hizo entrega de la cantidad dada en mutuo, sin que se acreditara si se realizó su cobro o no, además de que en la escritura basal se advierte que

le fue entregado con anterioridad al demandado dicho título de crédito y que por lo mismo únicamente se agrega una copia al apéndice, manifestación que no fue desvirtuada por la demandada ****, por lo que al referirse a un documento público, en específico a una escritura pública, de la que no se ha acreditado su nulidad, surte sus efectos en todas y cada una de sus partes; que el que por error se asentara una fecha distinta en que se firmó el contrato basal, no genera vicios en el consentimiento, pues el consentimiento existe cuando las partes convienen en un mismo objeto y unas mismas condiciones, siendo que al suscribir dicho convenio, se tiene por otorgado el mismo, además de que no acreditó que no se le explicara y leyera dicho documento, resultando aplicable a lo anterior lo que establece el artículo 1684 del Código Civil vigente del Estado; que atendiendo al carácter que tiene en el documento fundatorio de la acción, es obvio que no se le entregara dinero, pues lo signó en su carácter de obligada solidaria, aval y garante hipotecaria y no como deudora principal o mutuuario, por lo que el argumento vertido en el sentido que no se le entregó dinero a su parte, al quedar acreditado que si se le entregó al deudor principal, resultan **inatendibles** y, por ende, improcedentes, resultando explicativa por cuanto a lo anterior, el criterio jurisprudencial emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el emitir la jurisprudencia 1a./J. 42/2013 (10a.) al resolver la contradicción de tesis 240/2012, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXII, julio de dos mil trece, tomo I, página cuatrocientos noventa y siete, de la materia civil, de la Décima Época, con número de registro 2004132, que a la letra

establece

VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EL ACREEDOR NO PUEDE EJERCER SIMULTÁNEAMENTE UNA ACCIÓN REAL CONTRA EL GARANTE HIPOTECARIO Y UNA PERSONAL CONTRA EL DEUDOR SOLIDARIO DEL CONTRATO.

Las instituciones bancarias, en los contratos de crédito que celebran comúnmente buscan asegurar el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, por lo que, en ocasiones, exigen que en el contrato participe un tercero con el carácter de deudor solidario o, paralelamente, requieren la celebración de un contrato accesorio de hipoteca; no obstante lo anterior, hay ocasiones en que exigen ambas cosas, por ello son diversas las hipótesis que pueden generarse al respecto. La distinción de esas hipótesis es importante cuando el acreedor pretende el cobro del crédito, ya que las obligaciones que asumen el deudor solidario y el garante hipotecario no son las mismas, ni se originan en el mismo contrato, pues mientras la obligación del deudor solidario se da en el contrato principal, la del garante hipotecario se adquiere en el accesorio; además, quien acepta el carácter de deudor solidario adquiere el deber de responder en su totalidad de la obligación de pago contraída por el deudor principal, lo cual implica que el acreedor puede exigir a cualquiera de ellos que responda con la "totalidad" de sus bienes, lo que no ocurre en el caso del garante hipotecario, porque si bien éste se obliga a responder subsidiariamente ante el incumplimiento, esa obligación sólo puede hacerse efectiva en el bien o los bienes dados en garantía, sin que pueda extenderse a otros. Así, para lograr el cobro de un crédito garantizado por un deudor solidario y una hipoteca, el acreedor tendrá a su alcance la acción real hipotecaria si pretende ejercer la acción real derivada del contrato accesorio, y la ejecutiva o la ordinaria mercantil, tratándose de una acción personal derivada del contrato de crédito; sin embargo, éstas son independientes y no pueden conjuntarse, pues el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que la impartición de justicia será en los plazos y términos que fijen las leyes, y que el fundamento jurídico de cada una es diverso y, por ende, su regulación también lo es, de manera que

desconocerlo implicaría transgredir la seguridad jurídica, pues si bien es cierto que el actor tiene derecho a que se le administre justicia, también lo es que el demandado lo tiene en cuanto a que ello ocurra en la vía determinada al efecto. Por lo anterior, ante el incumplimiento de la obligación de pago, no es dable que a través de la vía hipotecaria, cuyo sustento radica en el ejercicio de una acción real, el acreedor intente simultáneamente una personal de carácter ejecutivo en contra del deudor solidario, ya que los términos y las condiciones que las rigen son distintos, de manera que ni por economía procesal pueden intentarse conjuntamente en la misma vía, pues si bien ambas acciones están vinculadas al mismo crédito, lo cierto es que la obligación asumida por el deudor solidario no sólo es diversa a la aceptada por el garante hipotecario, sino que también tienen diversas causas, al derivar de contratos diferentes.

La excepción de falta de Acción y de *Sine Actione Agis*, que hizo consistir en que la parte actora no tiene acción ni derecho en demandarla, atendiendo a sus diversos argumentos de defensa; excepción que resulta infundada, pues de acuerdo a lo que dispone el artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, al no haber acreditado sus diversas excepciones y argumentos de defensa vertidos en su escrito inicial, correspondía a su parte, acreditar que se encontraba al corriente en el cumplimiento de su obligación y no obstante esto no aportó prueba alguna para justificar los pagos que menciona, de donde deriva lo infundado de las excepciones anunciadas, cobrando aplicación al caso el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por reiteración, con número de tesis 407, publicada en el Apéndice de 2011, del tomo V, civil primera parte-SCJN, primera sección-civil subsección 2-adjetivo, de la materia civil,

página 418, de la Sexta Época, con número de registro 1613006, que a la letra establece:

PAGO O CUMPLIMIENTO. CARGA DE LA PRUEBA. El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor.

sin que del escrito de contestación de demanda se desprendan otras excepciones.

En cambio el actor ha acreditado de manera fehaciente: **A).** La existencia del Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria, que en fecha veintiocho de mayo de dos mil quince celebraron de una parte **** como mutuante, de otra parte **** en calidad de mutuario y **** con el carácter de garante hipotecaria, obligada solidaria y aval, y mediante el cual el mutuario recibió en mutuo la cantidad de cuatrocientos mil pesos, sobre la cual se obligó a cubrir intereses ordinarios a razón del tres por ciento mensual, y en caso de mora se aplicaría una tasa del uno por ciento adicional a los intereses ordinarios, además a pagar la cantidad prestada en un plazo de seis meses a partir de la celebración del contrato, como así se desprende de las cláusulas primera, segunda y tercera del señalado contrato; como podrá apreciarse, se dan los elementos de existencia que exigen los artículos 1675, 1715, 2255 y 2254 del Código Civil vigente en el Estado y que son el consentimiento y el objeto para la celebración del acto jurídico que se consigna en el contrato base de la acción; **B).** Se acredita también, que las obligaciones del MUTUARIO y derivadas del fundatorio de la acción, fueron garantizadas con la constitución de hipoteca que consintió la demandada SILVIA ESTHELA MUÑOZ HERRERA sobre el siguiente bien inmueble: la finca marcada con el número cuatrocientos veintitrés, de la calle Río de Janeiro, edificada sobre el lote número **** de la

manzana número *****, del fraccionamiento "*****" en esta Ciudad, con una superficie de ***** metros cuadrados y con las siguientes medidas y colindancias: AL NORTE en ocho metros con lote número quince; AL SUR, en igual medida con la calle *****; AL ORIENTE, en dieciocho metros, cincuenta centímetros con lote número veinticuatro; y al PONIENTE en la misma medida con lote número veintidós, que por tanto, se da la hipótesis normativa que contempla el artículo 2769 del Código Civil vigente en el Estado; y **C)**. Igualmente, se declara que ha vencido el plazo de dicho acuerdo de voluntades, pues el mismo se celebró el día veintiocho de mayo de dos mil quince, estipulándose como plazo el de seis meses, el cual venció el veintisiete de noviembre de dos mil quince, por lo que si la demanda fue presentada el día treinta de agosto de dos mil dieciséis, se desprende que ha transcurrido en exceso el plazo fijado, de ahí que se declare vencido el mismo, y, **D)**. Se ha probado igualmente que la demandada dejó de cubrir los intereses normales pactados a partir de los correspondientes desde el dieciocho de enero de dos mil dieciséis, así como el capital vencido y que al haber afirmado la parte actora la falta de pago, correspondía a la demandada demostrar su pago, sin que en el caso lo haya hecho, teniendo la carga de la prueba conforme al artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado.

VII. En mérito de lo anterior, le asiste derecho a la parte actora para exigir de esta Autoridad se declare terminado el Contrato de Mutuo con Interés y Garantía Hipotecaria base de la acción, pues se ha probado que al celebrar el mismo se estipuló como plazo para devolver la cantidad dada en mutuo el de seis meses, el cual venció el veintisiete de noviembre de dos mil quince y la

demanda se presentó treinta de agosto de dos mil dieciséis por lo que de acuerdo a lo que disponen los artículos 1677, 1715 y 2769 del Código Civil vigente en el Estado, se declara vencido el plazo convenido por las partes para el pago del crédito que se reclama, en consecuencia, **se condena** a los demandados ******* y ******* cubrir a ********* la cantidad de **cuatrocientos mil pesos** por concepto de **suerte principal**, de conformidad con lo que dispone el artículo 2255 del Código Civil vigente del Estado.

De igual forma, se **condena** a los demandados al pago de **intereses normales** pagaderos del dieciocho de enero al diecisiete de febrero de dos mil quince, a razón del tres por ciento mensual, condena que se hace en tal sentido en razón de que los intereses ordinarios serían pagaderos por mensualidades vencidas, es decir, por saldos insolutos, siendo que se entregó la cantidad dada en mutuo el día dieciocho de mayo de dos mil quince, por lo que, ante el incumplimiento de los mismos, comenzaron a generarse en forma simultánea los normales y los moratorios, ambos al cuatro por ciento mensual, por lo que debe de estarse a lo acordado por las partes en tal contrato de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1775 del Código Civil vigente en el Estado que establece que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse, tal como ha quedado asentado en el considerando anterior; más atendiendo al principio de congruencia que debe operar en toda resolución, dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimientos Civiles vigente del Estado, se toma en cuenta lo reclamado por la parte actora en su escrito inicial de demanda, en el sentido que pretende el pago de intereses normales y moratorios, ambos a razón del tres punto cero ocho

por ciento mensual. por lo que, **se condena** a los demandados al pago de **intereses normales y moratorios**, a razón del tres punto cero ocho por ciento mensual, a partir del día dieciocho de febrero de dos mil dieciséis y hasta que se haga pago total del adeudo; conceptos que se regularan en ejecución de sentencia.

En cuanto a los gastos y costas que se reclaman, se observa lo que dispone el artículo 128 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado, el cual establece: **"La parte que pierde debe reembolsar a su contraria las costas del proceso. Se considera que pierde una parte cuando el tribunal acoge, total o parcialmente las prestaciones de la parte contraria..."**. En observancia a esto y además a que la parte demandada resulta perdedora, se le condena a pagar a la parte actora los gastos y costas del juicio, los que se regularan en ejecución de sentencia.

En mérito de lo anterior, sáquese a remate el inmueble dado en garantía hipotecaria y con su producto pago a la parte actora de las prestaciones a que se ha condenado a la parte demandada en esta sentencia, de conformidad con lo que establece el artículo 2769 del Código Civil vigente en el Estado, virtud a que esta norma indica que la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, pero que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los mismos.

Por lo expuesto y fundado y con apoyo además en lo dispuesto por los artículos 1º, 2º, 24, 27, 29, 32, 39, 79 fracción III, 83, 84, 85, 107 fracción IV, 142 fracción II, 223 al 228, 551, 552 al 554, 555, 558 reformado al 560-F y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles

vigente, es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO. Se declara procedente la vía especial hipotecaria propuesta por la parte actora y que ésta probó su acción.

SEGUNDO. Que la demandada ***** no justificó sus excepciones y el demandado ***** ni tan siquiera la contestación a la demanda instaurada en su contra.

TERCERO. Se declara terminado el plazo estipulado en el contrato base de la acción, para el cumplimiento de la obligación principal, pues concluyó el diecisiete de noviembre de dos mil quince y se demandó el treinta de agosto de dos mil dieciséis.

CUARTO. En consecuencia de lo anterior, se condena a ***** y ***** a pagar a ***** la cantidad de **CUATROCIENTOS MIL PESOS** por concepto de capital, además a pagar sobre esta intereses normales y moratorios, conceptos estos últimos que se regularán en ejecución de sentencia conforme a las bases señaladas en el último considerando de esta resolución.

QUINTO. Se condena a la parte demandada a cubrir a su contraria los gastos y costas del presente juicio.

SEXTO. En virtud de lo antes determinado, sáquese a remate el inmueble dado en garantía hipotecaria y con su producto pague a la parte actora de las prestaciones a que se ha condenado a la parte demandada en esta sentencia, si ésta no lo hace dentro del término de ley.

SÉPTIMO. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos lo que establecen los artículos 1º, 70, fracción XXXVI, 73, 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como los diversos 1º, 11, 55 fracción XXXVI, 58 y 70, inciso B, fracción I de la Ley de

Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Aguascalientes y sus Municipios, preceptos de los cuales se desprende la obligación de esta Autoridad de garantizar el derecho de acceso a la información que se tenga en posesión, entre ellas de las resoluciones que se emitan en los procedimientos seguidos en forma de juicio, a través de versiones públicas, en los cuales deberá suprimirse la información clasificada como reservada o confidencial, la cual corresponde a los datos personales que refieran las partes, de ahí que en determinado momento en que se publique la versión pública de la resolución que ponga fin a la presente causa, la misma no contará con los datos que refiere el promoviente, se informa a las partes que se publicará la versión pública de la presente resolución una vez que haya causado ejecutoria.

OCTAVO. Notifíquese personalmente.

A S I, definitivamente lo sentenció y firma el C. Juez Segundo de lo Civil de esta Capital, **LICENCIADO ANTONIO PIÑA MARTÍNEZ,** por ante su Secretario de Acuerdos **LICENCIADO VÍCTOR HUGO DE LUNA GARCÍA** que autoriza. Doy fe.

SECRETARIA

JUEZ

La sentencia que antecede se publicó en lista de acuerdos de fecha **veinticuatro de octubre de dos mil dieciocho.** Conste.

L' SPDL/Miriam*