



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN**

**La improcedencia de la vía en las controversias que versan sobre créditos  
con garantía hipotecaria en el Estado de México.**

**Tesina y examen profesional**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE**

**Licenciado en Derecho**

**PRESENTA**

**Humberto Iram Cuevas García**

**Asesor: Licenciado en Derecho Martín García Martínez**

**Junio del 2014.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## ÍNDICE.

TÍTULO, OBJETIVO Y JUSTIFICACIÓN.

INTRODUCCIÓN.

PRIMERA PARTE. Aspecto DOCTRINAL. Del acto jurídico civil y mercantil

I.	El hecho y el acto jurídico.	1
1.1.	Concepto.	1
1.2.	Naturaleza jurídica y elementos constitutivos.	2
1.3.	Distinciones entre hecho y acto jurídico.	7
II.	El acto jurídico civil y el acto jurídico mercantil.	8
2.1.	Concepto y naturaleza jurídica.	8
2.2.	Su inscripción en el marco del Derecho Privado en México.	12
2.3.	Semejanzas y diferencias entre el acto jurídico civil y el acto jurídico mercantil.	14

SEGUNDA PARTE: Aspecto SUSTANTIVO. De los contratos de crédito con garantía hipotecaria.

I.	De los contratos de crédito.	16
1.1.	Breve concepción histórico-jurídica.	16
1.2.	El contrato de crédito en el Derecho Mexicano Positivo	17
1.3.	Definición doctrinal y legal.	19
1.4.	Naturaleza jurídica.	19
1.5.	Diversas perspectivas del contrato de crédito dentro del Derecho Mexicano Positivo.	25
1.5.1.	El Derecho Mercantil y la LGTOC.	25
1.5.2.	El Derecho Bancario y la LIC.	26
II.	De la hipoteca como derecho real de garantía.	27
2.1.	Breve concepción histórico-jurídica	28
2.2.	La garantía hipotecaria en el Derecho Mexicano Positivo	29

2.3. Definición doctrinal y legal	29
2.4. Naturaleza jurídica.	31
2.5. Diversas perspectivas de la garantía hipotecaria dentro del Derecho Mexicano Positivo.	36
2.5.1. Perspectiva civilista.	36
2.5.2. Perspectiva mercantilista y financiera.	36

TERCERA PARTE: Aspecto ADJETIVO. Del presupuesto procesal de la vía y de la excepción de improcedencia de la vía.

## **I. LA VÍA**

1.1. Estudio de la vía como presupuesto procesal	39
1.1.1. Los presupuestos procesales	39
1.1.2. Ubicación del presupuesto de la vía en el Derecho Positivo Mexicano.	40
1.1.3. Concepto jurídico de Vía	42
1.1.4. Clasificación de la Vía	42
1.1.5. De la excepción de improcedencia de la vía.	44

## **II. SITUACIÓN PROCESAL ACTUAL DE LA VÍA CON RESPECTO A LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARÍA EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

2.1. Hipótesis de la improcedencia de la vía ordinaria civil.	44
2.2. Hipótesis de la improcedencia de la vía ordinaria mercantil.	52
2.3. Hipótesis de la improcedencia de la vía ejecutiva mercantil.	57

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES GENERALES DERIVADAS DE LA INVESTIGACIÓN. 63

BIBLIOGRAFÍA. 65

- **TÍTULO:** La improcedencia de la vía en las controversias que versan sobre créditos con garantía hipotecaria en el Estado de México.
- **OBJETIVO:** Demostrar la imposibilidad jurídica de la ejecución de garantía hipotecaria dentro de un procedimiento de índole civil o mercantil, ya sea que se siga una vía ordinaria o especial; conforme a las disposiciones legales que sean aplicables en el Estado de México.
- **JUSTIFICACIÓN:** El desarrollo de la presente tesina surge del análisis jurídico-procesal de la figura de la VÍA; así como de la excepción procesal denominada improcedencia de la vía. Estos elementos constituyen uno de los presupuestos procesales en los que se sustenta el debido proceso en la legislación adjetiva tanto a nivel estatal como a nivel federal, ya sea en materia civil o mercantil; por lo tanto, debe ser estudiada de oficio en cualquier momento mientras que dicho proceso se encuentre en curso; lo anterior es así, dado que el debido proceso está consagrado dentro de las garantías de seguridad y certeza jurídica reconocidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, procurando con ello evitar generar situaciones de desventaja a cualquiera de las partes inmersas en alguna controversia judicial; las cuales puedan conducir a un estado de indefensión, producto de la incorrecta aplicación de la norma jurídica a un negocio jurídico en particular.

## INTRODUCCIÓN.

La vía por la que se sustancia una controversia judicial es uno de los presupuestos procesales sobre los que se cimenta el Derecho Procesal Civil mexicano, por lo que el estudio de la misma dentro de un proceso de naturaleza civil o mercantil es una facultad propia del órgano jurisdiccional conocedor del mismo. El análisis hecho por éste órgano es vital, ya que garantiza que dicho proceso se rijan por los principios de seguridad y certeza jurídica, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, evitando que se constituyan situaciones de desventaja a cualquiera de los partícipes de un litigio; las cuales puedan conducir a un estado de indefensión, derivado de la inadecuada interpretación y aplicación de la norma jurídica a un negocio jurídico específico.

El concepto jurídico-procesal de la figura de la VÍA; así como de la excepción procesal denominada improcedencia de la vía; están inscritos dentro de la legislación civil y mercantil aplicables en el territorio nacional, por lo que es indispensable el estudio de la misma para determinar la procedencia de una demanda; y así estar en posibilidad de dictar auto admisorio o de desechamiento que sea congruente con los resultados de éste análisis; y en su caso, pronunciarse de manera favorable sobre las prestaciones interpuestas por la accionante o por las excepciones hechas valer por la demandada.

En el Estado de México, la legislación adjetiva aplicable no contempla la acción hipotecaria o la acción real equivalente, por lo que las instituciones crediticias podrán optar por diversos caminos procesales para lograr el pago liso y llano del crédito; sin embargo, en caso de que buscan hacer efectivo el gravamen hipotecario que sustenta el crédito otorgado por ella, deberán hacerlo por la acción real apropiada, puesto que la vía ordinaria y ejecutiva no contemplan dicha finalidad, puesto que es contrario a la naturaleza jurídica propia de las vías antes mencionadas.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México establece las bases de la vía ordinaria civil, mientras que el Código de Comercio; cuya aplicación es de

ámbito federal, rige las bases de la vía ordinaria mercantil y la vía ejecutiva mercantil; por lo que estos ordenamientos son el objeto de estudio del presente trabajo de investigación, cuya finalidad es demostrar la imposibilidad jurídica que versa sobre la ejecución de una garantía hipotecaria dentro de un procedimiento de índole civil o mercantil, ya sea que se siga una vía ordinaria o especial; conforme a las disposiciones legales que sean aplicables en el Estado de México.

PRIMERA PARTE. Aspecto DOCTRINAL. Del acto jurídico civil y mercantil.

En el presente capítulo, es menester exponer a grandes rasgos la teoría del acto jurídico, tanto de naturaleza civil como de índole mercantil; toda vez que la inscripción de determinadas conductas humanas en la legislación civil o mercantil correspondiente; constituye un elemento esencial al momento de aplicar a un caso concreto la ley sustantiva o adjetiva; así como las limitantes y consecuencias derivadas de dicha aplicación.

I. El hecho y el acto jurídico.

1.1. Concepto.

El hecho jurídico y el acto jurídico son las bases en las que se sustenta toda relación jurídica; sin importar los matices que tome dicha relación. García Maynez define al hecho jurídico de la siguiente forma:

***“Los hechos jurídicos consisten en hechos o estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias.”<sup>1</sup>***

El hecho jurídico es definido por el diccionario Ruy Díaz:

***“Suceso de la naturaleza o del hombre, con o sin su voluntad de éste, que produce efectos jurídicos.”<sup>2</sup>***

A su vez, Ruiz Torres distingue entre hecho jurídico en sentido lato y al hecho jurídico en sentido estricto:

***“1.- El hecho jurídico en sentido lato en el acontecimiento no humano, que está previsto como supuesto normativo;***

***2.- El hecho jurídico en sentido estricto es aquel acontecimiento humano con consecuencias jurídicas no deseadas por el sujeto generador.”<sup>3</sup>***

---

<sup>1</sup> GARCÍA, Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 5 ta. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 183.

<sup>2</sup> ROMBOLA, Néstor Dario. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales Ruy Díaz. 5 ta. Edición. Buenos Aires, Argentina. p.p. 501.

<sup>3</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Derecho Bancario. 1 era. Edición. Oxford Press. México D.F. p.p. 151.



Una vez definido el hecho jurídico, se entra al estudio del acto jurídico. Ruiz Torres define al acto jurídico bajo dos perspectivas paralelas; el acto jurídico en sentido amplio y el acto jurídico en sentido estricto, también conocido por la doctrina como negocio jurídico:

***“El acto jurídico en sentido amplio es el acontecimiento con una deliberada participación humana tanto en el acto como en las consecuencias y el acto jurídico en sentido estricto es el acontecimiento con una deliberada participación humana en el diseño del acto, en su realización y en sus consecuencias. En él, la voluntad no sólo se manifiesta en el sentido de realizar el acto, sino también en el sentido de que las características de sus consecuencias sean las deseadas.”***<sup>4</sup>

El acto jurídico es definido por el diccionario Ruy Díaz:

***“Actos lícitos y voluntarios ejecutados con la intención de establecer entre las personas relaciones jurídicas y cuyo efecto es crear, modificar o concluir derechos.”***<sup>5</sup>

1.2. Naturaleza jurídica y elementos constitutivos del hecho y el acto jurídico.

A partir de la definición de hecho jurídico, nos es posible definir la naturaleza jurídica del mismo.

Por una parte, el hecho jurídico es de origen tanto natural como humano. García Maynez al respecto nos dice:

***“Los hechos naturales son los fenómenos de la naturaleza y los hechos humanos son en los que interviene el hombre, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho.”***<sup>6</sup>

Otro de los elementos constitutivos del hecho jurídico es la eficacia de las consecuencias que causan una vez ejecutados. García Maynez al respecto nos dice:

***“Los hechos jurídicos tienen eficacia principal y eficacia secundaria. Se habla de eficacia principal cuando provocan por sí mismos consecuencias de derecho; mientras que la eficacia secundaria es cuando el hecho no tiene efectos por sí mismo, sino unido a otro,***

---

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> ROMBOLA, Néstor Dario. Op. Cit. p.p. 46.

<sup>6</sup> GARCÍA, Maynez, Eduardo. Op. Cit. p.p. 183.

***cuya eficacia modifica. Los hechos jurídicos de eficacia secundaria se les llama condiciones jurídicas.”<sup>7</sup>***

El último elemento constitutivo del hecho jurídico versa sobre las consecuencias derivadas de la ejecución del hecho jurídico. Si el hecho jurídico es de origen meramente natural o de origen humano; se producen consecuencias jurídicas no deseadas por el sujeto generador. Bonnecase expresa esto bajo los siguientes parámetros:

***“El hecho jurídico es un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, que el derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente o, por el contrario, un efecto de derecho limitado. En tal caso se alude a un suceso puramente natural, como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o efectos jurídicos sobre la base de la regla de derecho, cuando el sujeto de tales acciones no ha podido tener o no ha tenido la intención de colocarse bajo el imperio de la ley, tal y como sucede en la figura del cuasicontrato y el cuasidelito.”<sup>8</sup>***

Una vez descrito la naturaleza del hecho jurídico, se entra al estudio del acto jurídico. Ruiz Torres define al acto jurídico bajo dos perspectivas paralelas; el acto jurídico en sentido amplio y el acto jurídico en sentido estricto, también conocido por la doctrina como negocio jurídico:

***“El acto jurídico en sentido amplio es el acontecimiento con una deliberada participación humana tanto en el acto como en las consecuencias y el acto jurídico en sentido estricto es el acontecimiento con una deliberada participación humana en el diseño del acto, en su realización y en sus consecuencias. En él, la voluntad no sólo se manifiesta en el sentido de realizar el acto, sino también en el sentido de que las características de sus consecuencias sean las deseadas.”<sup>9</sup>***

La naturaleza del acto jurídico la constituyen 2 elementos claves; los cuales, acorde a lo establecido por Magallón Ibarra son la manifestación externa de la

---

<sup>7</sup> GARCÍA, Maynez, Eduardo. Op. Cit. p.p. 182.

<sup>8</sup> BONNECASE, Julien. Elementos de derecho civil, tomo 2. 3era reimpresión. Cárdenas Editores. México D.F. p.p. 214.

<sup>9</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 151.

voluntad y la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones entre las partes participantes en la relación jurídica:

***“El acto jurídico redundando en la manifestación externa de la voluntad que tiene por objeto la crear, transferir o transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.”<sup>10</sup>***

Por otra parte, el acto jurídico reviste de una serie de características; las cuales, al configurarse de manera conjunta, dan como resultado las consecuencias de derecho buscadas por el sujeto. Dichos elementos son de existencia y de validez.

Los elementos de existencia son el consentimiento, el objeto tanto física como jurídicamente posible y en casos excepcionales, las solemnidades necesarias durante la celebración del acto.

El primer elemento de existencia es el consentimiento. Pina Vara ofrece la siguiente definición:

***“Acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones.”<sup>11</sup>***

El segundo elemento de existencia es el objeto tanto física como jurídicamente posible. Galindo Garfias define al objeto jurídico como:

***“Un deber a cargo de los sujetos de la relación jurídica, de observar un cierto comportamiento.”<sup>12</sup>***

A su vez, el objeto de todo acto jurídico tiene tres significados, un objeto directo, un objeto indirecto, y la cosa como objeto de la conducta de dar.

El Código Civil, en su artículo 1824 establece que el objeto directo es el de crear, transferir o transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y el objeto directo es una prestación de dar, hacer o no hacer.

---

<sup>10</sup> MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de derecho civil, tomo 1. 3 era. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 195.

<sup>11</sup> DE PINA Vara, Rafael. Diccionario de derecho. 12 ava. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 19.

<sup>12</sup> GALINDO Garfias, Igancio. Derecho Civil. 1 era. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 236.

La cosa como elemento del objeto jurídico es, conforme a lo señalado por Eugene Petit:

***“Todo objeto material exterior al hombre se le llama cosa en el lenguaje vulgar, pero jurídicamente se comprenden en esta idea unas veces entes inmateriales, como son los derechos, y otras se excluye del concepto aquello que no puede ser objeto del derecho.”***<sup>13</sup>

Cabe destacar que la doctrina jurídica le imputa 4 características elementales al objeto para que éste constituya un elemento de existencia en el acto jurídico. Los cuatro elementos son: Posibilidad natural, posibilidad jurídica, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

La interpretación del artículo 1825 y 1827 del Código Civil Federal nos arroja una definición de la posibilidad física del objeto: La posibilidad de existir la cosa objeto en la naturaleza y la posibilidad del hecho en compatibilidad con las leyes de la naturaleza.

Los anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; año 8, quinta época, número 233, del periodo julio-septiembre, del año 1998; nos otorgan una definición de posibilidad jurídica del objeto:

***“Consiste en el hecho o abstención materia del acto, que debe ajustarse a lo establecido en el ordenamiento legal, esto es, que la conducta generada sea compatible con las disposiciones legales vigentes.”***<sup>14</sup>

El tercer elemento a discutir es su presencia en el comercio. Trejo Guerrero establece que su presencia en el comercio redundará en la posibilidad de sujetar al patrimonio personal a la cosa objeto de la relación jurídica:

***“Sean susceptibles de apropiación por parte de los particulares, es decir, que puedan ser objeto de cualquier tipo de relación jurídica.”***<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 1 era. Edición. Editorial Saturnino Calleja. Madrid, España. p. 239.

<sup>14</sup> Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; año 8, quinta época, número 233, del periodo julio-septiembre, año 1998. p.p. 204.

<sup>15</sup> TREJO Guerrero, Gabino. Los derechos reales en Roma. 2 da. Edición. SISTA. México D.F. p.p. 9.

La cuarta característica a destacar es que el objeto sea determinado o determinable. Borja Soriano establece lo siguiente:

***“Está forzosamente determinada la cosa en cuanto a su individualidad, y que ésta especie no es más que una limitación del género, pero dicha limitación debe sea bastante precisa para que el vínculo de la obligación sea serio y sólido.”***<sup>16</sup>

El tercer elemento de existencia del acto jurídico es la solemnidad. Rojina Villegas nos dice respecto a ello lo siguiente:

***“Son los actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.”***<sup>17</sup>

En cuanto hace a los elementos de validez del acto jurídico son, acorde a la interpretación a contrario sensu del artículo 1795 del Código Civil Federal, los siguientes:

***1.- La capacidad legal de las partes;***

***2.- Los vicios del consentimiento;***

***3.- El objeto, motivo o fin sea lícito;***

***4.- Que el consentimiento no se haya manifestado de la forma que establece la ley.***

Sánchez-Cordero Dávila en su obra “Derecho Civil”, nos define el concepto de capacidad:

***“Es la aptitud dela persona de ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí misma”***<sup>18</sup>

El segundo elemento de validez es la ausencia de vicios en el consentimiento de cualquiera de las partes. En los anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; año 8, quinta época, número 233, del periodo julio-

---

<sup>16</sup> BORJA Soriano, Manuel. Teoría general de las obligaciones. 11 ava. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 143.

<sup>17</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil 1. 1 era. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 367.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ Cordero-Dávila, Jorge. Derecho civil. 1 era. Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. p.p. 123.

septiembre, año 1998, se describe éste elemento como la no coacción en la manifestación externa de la voluntad:

***“El consentimiento de las partes en toda relación jurídica debe ser, o bien la manifestación de la voluntad debe ser de manera consciente y libre de toda coacción o defecto.”<sup>19</sup>***

El tercer elemento de validez es la licitud del objeto. El artículo 1830 del Código Civil Federal, interpretado a contrario sensu define la licitud del objeto como aquel que no contraviene el ordenamiento vigente, al orden público o a las buenas costumbres:

***ARTICULO 1830. ES ILICITO EL HECHO QUE ES CONTRARIO A LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES.***

El último elemento de validez lo constituyen las formalidades requeridas por la ley. Sánchez-Cordero Dávila hace alusión a la formalidad bajo la siguiente óptica:

***“Las formas que la ley determina y que deben observarse para que el acto sea válido.”<sup>20</sup>***

### 1.3. Distinciones entre hecho y acto jurídico.

Establecer la diferencia entre hecho y acto jurídico es una tarea onerosa desde la perspectiva doctrinal; sin embargo, la distinción entre estas dos figuras radica en la participación de la voluntad humana en la ejecución de los mismos; tal y como León Tovar lo expone:

***“El hecho jurídico se caracteriza por una realización de un fenómeno en el que no se da la intervención voluntaria de una persona y que surte efectos y consecuencias jurídicas (algunos hechos no tienen consecuencias jurídicas, como ocurre con el día y la noche, sin embargo, y ya calificándose de jurídicos, existen otros hechos que motivan un supuesto jurídico y que son relevantes para el ordenamiento jurídico porque produce consecuencias de derecho, en tanto que el acto jurídico es un presupuesto que se dé un acto voluntario y que produzca asimismo consecuencias jurídicas. Los hechos jurídicos precisan de una declaración de la ley que vincule a un hecho con un determinado efecto***

---

<sup>19</sup> Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; año 8, quinta época, número 233, del periodo julio-septiembre, año 1998. p.p. 209-210.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ Cordero-Dávila, Jorge. Op. Cit. p.p. 95.

***o consecuencia de índole jurídica, por lo que además de la actividad que produce el hecho en sí mismo es necesario que el ordenamiento jurídico establezca que ese hecho origina un determinado hecho jurídico.”***<sup>21</sup>

II. El acto jurídico civil y el acto jurídico mercantil.

2.1. Concepto y naturaleza jurídica.

El derecho civil; según la opinión de Rojina Villegas es el conjunto de normas jurídicas que rigen los atributos de las personas físicas y morales; así como las relaciones y la organización de los particulares:

***“Es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia, al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero.”***<sup>22</sup>

En su libro, “Prontuario de Derecho Mercantil”, Soto Álvarez define al acto civil cuando no está sujeto a la legislación comercial:

***“El acto eminentemente civil es aquel que nunca y bajo ninguna circunstancia está sujeto a la legislación mercantil.”***<sup>23</sup>

Por su parte, el doctrinario Rafael Pina Vara, define al derecho mercantil, define al derecho mercantil bajo los siguientes términos:

***“Es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.”***<sup>24</sup>

Ambas definiciones inscriben la definición de acto jurídico, tanto de naturaleza civil; como de índole mercantil. Rojina Villegas define al acto jurídico civil:

***“La relación entre particulares que no sean de naturaleza comercial, agraria u obrera. No obstante, conviene determinar, dentro de estas relaciones que median entre particulares, cuales son las que específicamente regula el derecho civil. En primer término, a las***

---

<sup>21</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Derecho mercantil. 1 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 121.

<sup>22</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil 1. 1 era. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 22.

<sup>23</sup> SOTO, Álvarez, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil. 1 era. Edición. Limusa. México D.F. p.p. 35.

<sup>24</sup> PINA Vara, Rafael. Derecho mercantil mexicano. 28 ava. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 5.

*relaciones familiares, y después, a las de tipo patrimonial, precisando que estas últimas no tengan contenido comercial, agrario u obrero.”*<sup>25</sup>

Muchos doctrinarios, entre ellos Pina Vara, afirman que la definición de acto de comercio puede ser inalcanzable:

*“La doctrina ha sido fecunda en sus definiciones de acto de comercio; también ha sido crítica a las formuladas. Ninguna definición de acto de comercio es aceptada unánimemente. Su noción, por sus múltiples facetas, parece haber escapado.”*<sup>26</sup>

El código de comercio vigente no otorga una definición del acto de comercio; sino que los enumera de forma enunciativa; más no limitativa, atendiendo a la naturaleza casuística de cada caso particular. El artículo primero de dicho ordenamiento es claro en ello:

**ARTICULO 1. LOS ACTOS COMERCIALES SOLO SE REGIRAN POR LO DISPUESTO EN ESTE CODIGO Y LAS DEMAS LEYES MERCANTILES APLICABLES.**

Soto Álvarez define al acto de comercio como aquel descrito por el legislador en el artículo 75 del Código de Comercio:

*“En el derecho mexicano, el artículo 75 del Código de Comercio no sigue el sistema de definición, sino el de enumeración. Ello no quiere decir que el catálogo de actos reputados de comercio se encuentre exclusivamente en el precepto citado. Dicho numeral establece no una enumeración taxativa o limitativa, sino simplemente enumerativa o ejemplificativa.”*<sup>27</sup>

León Tovar intenta definir el acto mercantil utilizando el método de la interpretación exegética del artículo 75 del Código de Comercio:

*“El acto de comercio es todo contrato por el que se adquiere a título oneroso un bien de cualquier especie con la intención de lucrar mediante su transmisión, así como el contrato, también oneroso, a cuya virtud esa transmisión se verifica.”*<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 22-23.

<sup>26</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 22.

<sup>27</sup> SOTO Álvarez, Clemente. Op. Cit. 30.

<sup>28</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 123.



El diccionario jurídico Ruy Díaz comparte la esencia de la definición anterior bajo los siguientes términos:

***“El acto de comercio es toda clase de negociación, contrato u operación mercantil, que están comprendidas en las disposiciones del código de comercio o de la legislación propia de la materia.”***<sup>29</sup>

Una vez que se ha definido al acto jurídico civil y mercantil; es menester establecer su naturaleza jurídica. El acto civil, como se mencionó anteriormente, consta de dos subdivisiones; la primera es la relativa a las relaciones familiares y la segunda es la relativa al patrimonio:

***“El derecho civil familiar lo constituye las relaciones o vínculos que se establecen por virtud del parentesco o del matrimonio, así como las consecuencias de tipo patrimonial que se derivan de dichos vínculos. El derecho civil patrimonial, se divide en tres partes: El régimen jurídico de los derecho reales; el régimen de obligaciones o derechos personales y la sucesión de liquidación patrimonial en la herencia, el concurso y la ausencia.”***<sup>30</sup>

En cuanto al acto jurídico de naturaleza mercantil o acto de comercio, la doctrina establece dos teorías básicas, la teoría objetivista del acto mercantil y la doctrina subjetivista del acto mercantil:

***“Existen dos sistemas respecto al acto de comercio: el subjetivo y el objetivo. Según el primero, un acto será mercantil, esto es acto de comercio, cuando lo ejecute un comerciante. La calidad mercantil del sujeto otorga a los actos su carácter comercial. De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus características intrínsecas, cualquiera que sea el sujeto que las lleve a cabo.”***<sup>31</sup>

A su vez, Soto Álvarez establece 4 características básicas que distinguen al acto de comercio:

***“1.- Que responden a la noción económica del comercio,***

---

<sup>29</sup> ROMBOLA, Néstor Dario. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales Ruy Díaz. 5 ta. Edición. Buenos Aires, Argentina. p.p. 45.

<sup>30</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 24.

<sup>31</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 22.

**2.- Actos que emanen de las empresas,**

**3.- Actos accesorios o conexos a otros actos de comercio,**

**4.- Actos que se refieren al ejercicio profesional del comercio.”<sup>32</sup>**

Existe el caso en el que en una relación jurídica, una de las partes sea de naturaleza mercantil y la otra de las partes sea de naturaleza eminentemente civil, dando como resultado un acto de naturaleza mixta:

**“En casos en que le acto realizado pueda ser para una de las partes de carácter mercantil y para otra meramente civil, se habla de actos mixtos, también llamados como actos unilateralmente mercantiles.”<sup>33</sup>**

La legislación mexicana es consciente de dicha eventualidad, enmarcando dichos actos dentro del derecho mercantil. El artículo 1050 del Código de Comercio es claro en ello:

**ARTICULO 1050. CUANDO CONFORME A LAS DISPOSICIONES MERCANTILES, PARA UNA DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN UN ACTO, ESTE TENGA NATURALEZA COMERCIAL Y PARA LA OTRA TENGA NATURALEZA CIVIL LA CONTROVERSIA QUE DEL MISMO SE DERIVE SE REGIRA CONFORME A LAS LEYES MERCANTILES.**

A partir de lo expuesto con anterioridad, León Tovar argumenta la no existencia de actos absolutamente mercantiles, toda vez que las actividades comerciales tienden a satisfacer las necesidades cotidianas de los particulares, sin que ello devenga en una actividad lucrativa:

**“Cuando una de las partes que intervenga en un negocio jurídico que involucre un acto de comercio no sea comerciante, sino que sea un particular que lo único que pretende es satisfacer sus necesidad, evidente para él no será un acto de naturaleza comercial, sino civil, y estará expresamente tutelado por las disposiciones que regulan no sólo su capacidad, sino su propia naturaleza y carácter.”<sup>34</sup>**

---

<sup>32</sup> SOTO Álvarez, Clemente. Op. Cit. p.p. 32.

<sup>33</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 26.

<sup>34</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 125.

## 2.2. Su inscripción en el marco del Derecho Privado en México.

La mayoría de los doctrinarios están de acuerdo en la esencia que sustenta y define al derecho privado, como una de las ramas en las que se divide el derecho, visto como una ciencia que abarca todas las actividades humanas. Santos Azuela nos define al derecho privado:

***“Es la disciplina que reglamenta y estudia las relaciones jurídicas entre los particulares sobre bases de igualdad. Se estructura y se subclasifica en 2 grandes ramas:***

***1.- El derecho civil y***

***2.- El derecho mercantil.”***<sup>35</sup>

García Maynez establece que el derecho privado se caracteriza por una relación jurídica en la que las partes interactúan bajo el supuesto de la coordinación, y no bajo un contexto de subordinación y supraordinación:

***“La relación de coordinación es cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad. La relación de derecho privado es cuando los sujetos de la misma se encuentran colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana.”***<sup>36</sup>

El diccionario Ruy Díaz toma aspectos de las definiciones anteriores:

***“El que se compone de las leyes que tienen por objeto arreglar los intereses y negocios pecuniarios de los ciudadanos entre sí, como por ejemplo, de las leyes que rigen los contratos, los testamentos, las sucesiones y los diferentes modos de adquirir la propiedad.”***<sup>37</sup>

La existencia de ambos sistemas regulatorios, responde a la existencia de actos privados de carácter general (los actos jurídicos civiles), frente a los actos de naturaleza especial (los actos jurídicos mercantiles). Pina Vara expone:

---

<sup>35</sup> SANTOS Azuela, Héctor. Nociones de derecho positivo mexicano. 2 da. Edición. Alhambra. México D.F. p.p. 59.

<sup>36</sup> GARCÍA, Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 5 ta. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 132-133.

<sup>37</sup> ROMBOLA, Néstor Darío. Op. Cit. 365.

*“Dentro del derecho privado, el derecho mercantil, es frente al civil, es un derecho especial, ya que del conjunto de las relaciones privadas del hombre rigen ellas que constituyen la materia mercantil.”*<sup>38</sup>

Dicha separación entre ambas ramas del derecho privados; así como de la existencia de un Código de Comercio y un Código Civil, responde a una disposición constitucional:

*“En México, la justificación a la separación legislativa de dos ramas del derecho privado debe detenerse a una razón de carácter constitucional. En efecto, mientras que la facultad para legislar en materia de comercio es propia del congreso de la Unión (artículo 73, fracción décima de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos), esto es, que tiene carácter federal, la facultad para legislar en materia civil corresponde a las legislaturas de los diversos estados de la Federación, ello de conformidad con lo dispuesto en al artículo 124 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.”*<sup>39</sup>

El artículo 73, fracción décima de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos reza lo siguiente:

**ARTICULO 73. EL CONGRESO TIENE FACULTAD:**

**X. PARA LEGISLAR EN TODA LA REPUBLICA SOBRE HIDROCARBUROS, MINERIA, SUSTANCIAS QUIMICAS, EXPLOSIVOS, PIROTECNIA, INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA, COMERCIO, JUEGOS CON APUESTAS Y SORTEOS, INTERMEDIACION Y SERVICIOS FINANCIEROS, ENERGIA ELECTRICA Y NUCLEAR Y PARA EXPEDIR LAS LEYES DEL TRABAJO REGLAMENTARIAS DEL ARTICULO 123;**

Esta separación tiene un origen histórico, derivada de la inadaptabilidad del derecho civil para regular el tráfico comercial:

*“La separación entre el derecho mercantil y el civil tiene una justificación de carácter histórico. Se originó por la insuficiencia e inadaptabilidad del segundo para regular las relaciones nacidas del tráfico comercial. En efecto, la mayor flexibilidad exigida por la rapidez propia de las relaciones comerciales, a la par que una mejor protección más*

---

<sup>38</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 5

<sup>39</sup> Ibidem. p.p. 6.

***enérgica de la circulación de los derechos; así como la creación de nuevas instituciones, explican el nacimiento de nuevas normas jurídicas y nuevos códigos.”<sup>40</sup>***

2.3. Semejanzas y diferencias entre el acto jurídico civil y el acto jurídico mercantil.

Las distinciones y semejanzas elementales entre los actos civiles y mercantiles radican en la especialidad de los actos mercantiles sobre los actos civiles. Pina Vara expone:

***“El derecho mercantil constituye un compendio de normas que se contraponen al derecho civil. El derecho civil regula las relaciones jurídicas privadas en general, mientras que el derecho mercantil reglamenta una categoría particular de relaciones, personas y cosas: aquellas que la ley les otorga la categoría de mercantiles.”<sup>41</sup>***

Galindo Garfias asegura que el derecho mercantil no es más que la mercantilización de los actos jurídicos que configuran el Derecho Civil:

***“El derecho mercantil, particularmente en aquello que se refiere a las obligaciones y los contratos entre comerciantes, ha sido influido por la doctrina civil. En muchos aspectos las normas de derecho mercantil son simples aplicaciones con ligeras variantes, de las obligaciones y los contratos del derecho civil.”<sup>42</sup>***

Por otro lado, el derecho mercantil ha comercializado y expandido figuras propias del derecho civil. Galindo Garfias expone:

***“El derecho mercantil ha influido, en no despreciable aspecto, en el derecho civil, al grado de que no ha faltado quien afirme que el derecho civil se ha comercializado en diferentes aspectos, tomando del derecho mercantil aquellas disposiciones que propicien la celeridad en las transacciones.”<sup>43</sup>***

Además, cabe destacar que muchas operaciones civiles se valen de instrumentos de naturaleza mercantil para llevarse a cabo:

---

<sup>40</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 5

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> GALINDO Garfias, Ignacio. Estudio de derecho civil. 1 era. Edición. Instituto de investigaciones jurídicas. México D.F. p.p. 214.

<sup>43</sup> Ibidem. p.p. 215.

***“Es claro que de manera corriente, un número muy grande de actos civiles e realizan mediante el empleo de instrumentos jurídicos mercantiles, tal es el caso del pago con cheque.”<sup>44</sup>***

---

<sup>44</sup> Idem.

SEGUNA PARTE: Aspecto SUSTANTIVO. De los contratos de crédito con garantía hipotecaria.

El contrato es la principal fuente de las obligaciones, de acuerdo a los postulados claves de la doctrina jurídica mexicana, ya que permite transferir una serie de derechos y cargas jurídicas; que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades del hombre; a su vez, son un instrumento que agiliza las actividades humanas en diversas materias; tal y como lo es el comercio. El crédito permite disponer de grandes sumas de dinero de forma inmediata, cosa que en el pasado era impensable; por lo que cada día esta figura evoluciona rápidamente, dejando en muchas ocasiones muy atrás a las bases jurídicas que busquen su protección y su robustecimiento.

I.- De los contratos de crédito.

1.1. Breve concepción histórico-jurídica.

En la Grecia Antigua, el crédito fue ejercido por los trapezitas y los colubistas. Los trapezitas se dedicaban al préstamo de dinero sujeto a una tasa de interés libre, mientras que los colubistas operaban en el mercado de cambio de divisas. Ruiz Torres nos habla de la función del crédito en el mundo griego:

***“Hasta finales del siglo V de nuestra era se conocieron en Atenas unos prestamistas denominados trapezitas y unos cambistas de dinero llamados colubistas. Los trapezitas prestaban dinero a una tasa de cambio libre. Los préstamos podían ser por un mes e incluso por día; algunos prestamistas exigían un óbolo por dracma diario y duplicaban así su capital en sólo seis días. Por su parte, la tarea de los colubistas alcanzó gran relevancia en el mundo comercial griego. En un mundo pletórico de monedas locales, muchas de ellas de baja ley, los cambistas se aseguraban de la autenticidad y valor de las monedas que les eran presentadas y cambiaban moneda de su ciudad por la extranjera y viceversa.”***<sup>45</sup>

En el mundo romano, surge la palabra crédito; que significa “creer”. Los argentarii cumplían con funciones de prestamista y cambista durante la época imperial. Ruiz Torres habla de sus funciones:

---

<sup>45</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Derecho Bancario. 1 era. Edición. Oxford Press. México D.F. p.p. 5.

***“Durante el Imperio, hicieron su aparición los argentarii, quienes al principio sólo desempeñaron una función similar a los cambistas actuales. En este sentido, el Estado recurría a los argentarii para descubrir e investigar las falsificaciones de moneda, a fin de retirarlas. Aunque nunca dejaron de ejercer esta función, prestaban el servicio de caja a sus clientes, recibían depósitos de dinero y se convertían en fiadores de éstos, aseguraban las transferencias de dinero de un punto del Imperio a otro.”<sup>46</sup>***

En la Edad Media, los judíos ejercieron las facultades de prestamista y cambista, tanto al pueblo llano como a la nobleza rural y urbana. Ruiz Torres habla del papel de dicho grupo étnico en la evolución del crédito:

***“Especialistas en el préstamo mediante garantía hipotecaria, y los únicos en practicarlo en la Europa Occidental durante más de cinco siglos, los judíos fijaron las condiciones de esta transacción, inspirándose a la vez en los preceptos de la Talmud y en la necesidad práctica. Su reglamentación sería adoptada más tarde por los lombardos y los franciscanos, fundadores de los montes de piedad, y seguirá teniendo vigencia hasta la actualidad. Han sido los judíos quienes precisaron la naturaleza de los bienes inmobiliarios susceptibles de ser puestos como garantía, quienes definieron los derechos del prestamista contra el propietario del bien puesto en garantía y quienes fijaron la escala de interés.”<sup>47</sup>***

En la época moderna y contemporánea, el negocio bancario evoluciona a su forma actual. Las primeras dinastías financieras cimentaron su poder sobre el crédito otorgado a los Estados Nacionales; y a partir del siglo XV, el préstamo bancario se vincula al crecimiento industrial y económico de los particulares.

## 1.2 El contrato de crédito en el Derecho Mexicano Positivo.

Dentro del derecho positivo mexicano, las diferentes clases de contratos de crédito se encuentran regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Dávalos Mejía establece los numerales precisos en los que se establecen los distintos contratos de crédito:

---

<sup>46</sup> Ibidem. p.p. 6.

<sup>47</sup> Ibidem. p.p. 8.



***“La LGTOC establece claramente que las operaciones que organiza son contratos (arts. 224, fracción II; 293, 294, 295, 302, 321, 322, 326, etcétera).”<sup>48</sup>***

Dávalos Mejía enlista una serie de contratos que entran dentro de la clasificación de operaciones de crédito:

***“Los contratos de crédito son:***

***1.- Cuenta corriente,***

***2.- Apertura de crédito,***

***3.- Carta de crédito,***

***4.- Fideicomiso,***

***5.- Y en general, los contratos que regula la LGTOC y otros que, genéricamente, en la práctica se denominan operaciones de crédito.”<sup>49</sup>***

Por su parte, el artículo primero de la Ley de Instituciones de Crédito regula a las instituciones que están capacitadas para otorgar créditos al público general, utilizando como instrumento de otorgamiento la figura del contrato. Pina Vara establece al respecto:

***“La ley de Instituciones de Crédito establece en su artículo primero que tiene por objeto el regular el servicio de banca y crédito: la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado mexicano ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.”<sup>50</sup>***

Citando el artículo primero de dicha ley para avalar lo citado con anterioridad:

***“Artículo 1o.- La presente Ley es de orden público y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la***

---

<sup>48</sup> DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. Títulos y operaciones de crédito. 3 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 444.

<sup>49</sup> Ibidem. p.p. 447.

<sup>50</sup> PINA Vara, Rafael. Derecho mercantil mexicano. 28 ava. Edición. Porrúa. México D.F. p.p. 306-307.

***protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.”***

## 1.2. Definición doctrinal y legal.

Doctrinalmente hablando, el contrato de crédito lo define Dávalos Mejía bajo los siguientes términos:

***“En el contrato de crédito, un sujeto (el acreditante), se obliga a poner a disposición de otro (el acreditado) una determinada cantidad de dinero, o bien, a contraer durante ese tiempo una obligación a su nombre. Por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada en el término pactado.”***<sup>51</sup>

A su vez, Pina Vara arroja la siguiente definición:

***“Es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada acreditante, se obliga a poner una suma de dinero o disposición de la otra, denominada acreditado, o a contraer a cuenta de este una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido con la forma y términos pactados quedando obligado a su vez a restituir al acreditante las sumas de que disponga.”***<sup>52</sup>

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291, nos otorga la definición legal del contrato de crédito:

***“Artículo 291: En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.”***

## 1.3. Naturaleza jurídica.

A partir de la definición emanada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se deducen una serie de elementos inherentes al contrato de crédito. El primero de ellos es la naturaleza personal del mismo, puesto que la relación

---

<sup>51</sup> DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. Op. Cit. p.p. 464.

<sup>52</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 339.

jurídica enmarcada en éste contrato se establece entre un sujeto activo y un sujeto pasivo; es decir, el acreditante y el acreditado. Rojina Villegas establece una definición del concepto de derecho personal:

***“El derecho de crédito o personal, se define como una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral.”***<sup>53</sup>

El derecho personal, según Rojina Villegas, tiene tres elementos claves:

***“1.- Una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo;***

***2.- La facultad que nace de la relación jurídica; en favor del acreedor para exigir cierta conducta al deudor;***

***3.- El objeto de esta relación jurídica que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral.”***<sup>54</sup>

Tal y como establece Rojina Villegas en éste caso específico, el objeto derivado de un derecho personal consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral. En el caso del contrato de crédito, el objeto lo constituye una suma determinada de dinero. Ruiz Torres establece al respecto:

***“En el contrato de crédito, el objeto del contrato (el dinero), puede tener cualquier destino o aplicación.”***<sup>55</sup>

Entiéndase contrato como una de las fuentes de las obligaciones entre las partes. León Tovar define al contrato bajo los siguientes lineamientos:

***“El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones; sin embargo, el término contrato tiene diversas acepciones: como documento, el que tiene las diversas cláusulas que establecen las partes; como norma privada entre las partes y como acto jurídico.”***<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil 2. 1 era. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 21.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 31.

<sup>56</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Contratos mercantiles. 1 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 65.

El contrato de crédito es un contrato mercantil, puesto que está regido y regulado por las leyes mercantiles, como lo es la LGTOC o la LIC. Ruiz Torres nos dice al respecto:

***“En el contrato del crédito, el carácter absolutamente mercantil del mismo deviene de disposición expresa de la ley, independientemente del destino o aplicación de los recursos objeto del contrato.”***<sup>57</sup>

El contrato de crédito, es conforme a la LGTOC una operación de crédito. Dávalos Mejía refiere a ello:

***“La precisión de que las operaciones de créditos no son, técnicamente, operaciones son contratos, es más bien un aspecto gramatical. Sin embargo, es importante concretarla porque es en la teoría del contrato donde debe buscarse y encontrarse su perfección técnica y formal. El concepto operación debe considerarse como el medio de identificación de los contratos mercantiles que se regulan en la LGTOC o en sus leyes complementarias.”***<sup>58</sup>

Los contratos de crédito deberán tenerse como actos de comercio, puesto que tienen una finalidad jurídica económica eminentemente lucrativa:

***“En primer lugar hay que apuntar que del texto de la ley (art. 1º, 2º, párrafo de la LGTOC) se deduce que para el legislador las operaciones que regula esa ley no son las únicas pues las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.”***<sup>59</sup>

Las distintas clases de contratos de crédito tienen su ubicación en la LGTOC:

***“La LGTOC establece claramente que las operaciones que organiza son contratos (arts. 224, fracción II; 293, 294, 295, 302, 321, 322, 326, etcétera).”***<sup>60</sup>

La consensualidad implica la no necesidad de elementos formales para dicho acuerdo de voluntades genere efectos jurídicos entre los contratantes:

***“El contrato consensual es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito.”***<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 31.

<sup>58</sup> DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. Op. Cit. p.p. 444.

<sup>59</sup>Ibidem. p.p. 443.

<sup>60</sup>Ibidem. p.p. 444.

El Código de Comercio establece que los contratos mercantiles (entre ellos el contrato de crédito) son de naturaleza consensual. León Tovar apoya este parecer:

***“El artículo 78 del Código de Comercio dispone que las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de las formalidades.”***<sup>62</sup>

Debido a la celeridad de los actos comerciales; así como la rápida transferencia de los capitales en el mercado moderno, el contrato de crédito es eminentemente consensual:

***“Se trata de la consensualidad de los contratos mercantiles, que parece ser la norma en materia mercantil; así el Código de Comercio no requiere formalidad alguna para el contrato.”***<sup>63</sup>

Rojina Villegas establece que la consensualidad implica la no entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato:

***“El contrato es consensual, porque simplemente se indica que no es necesario la entrega de la cosa para la constitución del mismo.”***<sup>64</sup>

Ruiz Torres expone que no es necesaria la entrega del objeto del contrato para el perfeccionamiento del mismo:

***“En el contrato de crédito la consecuencia inmediata y natural de su celebración la disponibilidad de los recursos y no forzosamente su entrega; puede nunca transferirse al acreditado la propiedad de los recursos sin que ello implique la terminación del contrato, si bien lo esperado es que el acreditado disponga de los mismos.”***<sup>65</sup>

El contrato de crédito es de tracto sucesivo. Rojina Villegas define el concepto de tracto sucesivo:

---

<sup>61</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 76.

<sup>62</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 74.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 15.

<sup>65</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 31.

***“El contrato de tracto sucesivo son aquellos que en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado.”<sup>66</sup>***

Pina Vara describe esta circunstancia bajo los siguientes términos:

***“El importe del crédito, así como el de los intereses, comisiones, etc., correspondientes, deberá ser devuelto por el acreditado al acreditante en el plazo estipulado en el contrato respectivo.”<sup>67</sup>***

El contrato de crédito es un contrato principal, puesto que su existencia jurídica gira sobre sí mismo, no depende de otro contrato o acto jurídico para que éste prospere. Rojina Villegas define esta característica bajo los siguientes términos:

***“Los contratos principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal.”<sup>68</sup>***

León Tovar describe esta situación particular en los contratos de crédito con garantía hipotecaria:

***“Las instituciones de crédito transfieren al prestatario una suma de dinero mediante una garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles o sobre la unidad completa de una empresa, que le garantice la restitución de la suma prestada, más el pago de intereses y accesorios en la forma y los términos previstos en el contrato.”<sup>69</sup>***

El artículo 298 de la LGTOC establece la posibilidad de establecer garantías sobre un crédito:

***“Artículo 298.- La apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.”***

Es contrato bilateral puesto que es necesario la existencia de dos partes para la constitución de la relación jurídica. Rojina Villegas define al contrato bilateral:

---

<sup>66</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 17.

<sup>67</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 340.

<sup>68</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 16

<sup>69</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 449.

***“El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes.”<sup>70</sup>***

Es un contrato bilateral, puesto que la definición del contrato de crédito emanada de la LGTOC habla de dos partes para la constitución del mismo. El artículo 291 de dicha ley lo pone de manifiesto:

***“Artículo 291: En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.”***

El contrato de crédito, además de ser un contrato bilateral, es de carácter conmutativo, puesto que se tiene conocimiento de los derechos y obligaciones de las partes desde el momento de la celebración. Rojina Villegas establece a éste respecto:

***“Es conmutativo cuando los provechos y los gravámenes son ciertos y son conocidos desde la celebración del contrato.”<sup>71</sup>***

Ruiz Torres establece que el contrato de crédito limita los derechos y las obligaciones de las partes desde su otorgamiento:

***“El objeto del contrato de crédito se limita únicamente a poner a disposición del acreditado una suma de dinero o a realizar determinadas obligaciones por cuenta de éste.”<sup>72</sup>***

---

<sup>70</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 9.

<sup>71</sup> Ibidem. 13.

<sup>72</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 31.

1.5. Diversas perspectivas del contrato de crédito dentro del Derecho Mexicano Positivo.

1.5.1. El Derecho Mercantil y la LGTOC.

Dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito existen diversos contratos de crédito. El primero de ellos es el contrato de habilitación o avío. Pina Vara lo define de la siguiente forma:

***“En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado (aviado), queda obligado a invertir el importe del crédito que le otorga el acreditante (aviador), precisamente para la adquisición de las materia primas y materiales, y en el pago de los salarios directos de explotación indispensables para los fines de su empresa.”<sup>73</sup>***

La LGTOC, en su artículo 321 otorga la definición legal de dicho contrato:

***“Artículo 321.- En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa.”***

Otro contrato regido por la LGTOC es la carta de crédito. Ruiz Torres define dicho contrato bajo los siguientes términos:

***“Contrato que consiste en órdenes de pago dadas por el cliente a la institución de crédito para que ésta ponga a disposición de un tercero una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas pero comprendidas en un máximo cuyo límite deberá precisarse.”<sup>74</sup>***

La LGTOC, en su artículo 311 otorga la definición legal de dicho contrato:

***“Artículo 311.- Las cartas de crédito deberán expedirse en favor de persona determinada y no serán negociables; expresarán una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas; pero comprendidas en un máximo cuyo límite se señalará precisamente.”***

El contrato de crédito confirmado es otra institución inscrita en la LGTOC. Pina Vara lo define de esta forma:

---

<sup>73</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 349.

<sup>74</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 313.



***“Es un contrato de apertura de crédito en el que, por definición, el acreditado no recibe su importe, sino que el mismo se transmite a un tercero beneficiario contra entrega de ciertos documentos representativos.”***<sup>75</sup>

La LGTOC, en su artículo 317 otorga la definición legal de dicho contrato:

***“Artículo 317.- El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito.”***

#### 1.5.2. El Derecho Bancario y la LIC.

Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito también regula determinados contratos de crédito. Uno de ellos es el contrato de crédito relacionado. Ruiz Torres lo define en su obra Derecho Bancario:

***“Contrato por el que las instituciones de banca múltiple requieren autorización de por lo menos tres cuartas partes de los consejeros que estén presentes en las sesiones del consejo de administración para celebrar operaciones con personas relacionadas con dicha institución.”***<sup>76</sup>

La LIC, en su artículo 73 otorga la definición legal de dicho contrato:

***“Artículo 73.- Las instituciones de banca múltiple requerirán del acuerdo de, por lo menos, tres cuartas partes de los consejeros que estén presentes en las sesiones del consejo de administración, para aprobar la celebración de operaciones con personas relacionadas.”***

El contrato de préstamo hipotecario es otra institución regulada tanto por la LGTOC y la LIC; el cual se puede suscribir tanto con personas físicas como morales. León Tovar establece lo siguiente:

***“Las instituciones de crédito transfieren al prestatario una suma de dinero mediante una garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles o sobre la unidad completa de una empresa,***

---

<sup>75</sup> PINA Vara, Rafael. Op. Cit. p.p. 361.

<sup>76</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 319.

**que le garantice la restitución de la suma prestada, más el pago de intereses y accesorios en la forma y los términos previstos en el contrato.”<sup>77</sup>**

La LGTOC, en su artículo 214 otorga la definición legal de dicho contrato:

**“Artículo 214.- ...cuando se constituya hipoteca, se entenderá que la hipoteca cubre, sin necesidad de ulteriores anotaciones o inscripciones en el Registro Público, todos los saldos que eventualmente, dentro de los límites del crédito total representado por la emisión, queden insolutos por concepto de obligaciones o cupones no pagados o amortizados en la forma que se estipule. La prenda o la hipoteca constituidas en garantía de la emisión, sólo podrán ser canceladas total o parcialmente, según se haya estipulado en el acta de emisión, cuando se efectúe con intervención del representante común, la cancelación total o parcial, en su caso, de las obligaciones garantizadas.”**

La LIC, en su artículo 67 otorga la definición legal de dicho contrato:

**“Artículo 67.- Las hipotecas constituidas a favor de las instituciones de crédito sobre la unidad completa de la empresa agrícola, ganadera o de otras actividades primarias, industrial, comercial o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.”**

## II. De la hipoteca como derecho real de garantía.

La hipoteca es el derecho real de garantía por excelencia, ya que cualquier institución bancaria solicita el establecimiento de una hipoteca sobre un bien determinado al otorgar un crédito, con la finalidad de garantizar el pago de dicho crédito en caso de que la parte deudora no cumpla oportunamente con sus obligaciones. En este capítulo se hablará de la hipoteca, su origen, su naturaleza y las consecuencias derivadas de su constitución.

---

<sup>77</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Op. Cit. p.p. 449.

## 2.1. Breve concepción histórico-jurídica

La hipoteca, tal y como la conocemos en la actualidad, deriva; como muchas de las instituciones y conceptos que dominan el Derecho Positivo Mexicano, de la tradición grecolatina. Respecto a ellos, Trejo Guerrero nos explica lo siguiente:

***“El origen de la hipoteca lo encontramos en la costumbre que tenía el arrendador de predios rústicos de asegurarse el pago (canon) mediante los instrumentos de labranza, animales, esclavos y en general los objetos introducidos por el arrendatario al predio. El pretor concedía al arrendador en caso de falta de pago un interdicto para que entrara en posesión de los objetos arriba citados.”<sup>78</sup>***

A su vez, Rojina Villegas establece que la hipoteca deriva del antiguo derecho romano:

***“Para los romanos; era un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia de pago. Ello permite que el deudor conserve el bien hipotecado y que constituya una plena garantía real, puesto que la hipoteca se convierte en un medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que el recurso económico más ventajosos para que un deudor pudiese seguir explotando el bien objeto de la garantía.”<sup>79</sup>***

No obstante a lo anteriormente descrito, Ruiz Torres aclara que las comunidades judías dispersas por toda la Europa medieval, perfeccionaron la estructura del derecho real de hipoteca, hasta hacerlo uno de los mecanismos más influyentes de la banca moderna:

***“Especialistas en el préstamo mediante garantía hipotecaria, y los únicos en practicarlo en la Europa Occidental durante más de cinco siglos, los judíos fijaron las condiciones de esta transacción, inspirándose a la vez en los preceptos de la Talmud y en la necesidad práctica. Su reglamentación sería adoptada más tarde por los lombardos y los franciscanos, fundadores de los montes de piedad, y seguirá teniendo vigencia hasta la actualidad. Han sido los judíos quienes precisaron la naturaleza de los bienes***

---

<sup>78</sup> TREJO Guerrero, Gabino. Los derechos reales en Roma. 2 da. Edición. SISTA. México D.F. p.p. 179.

<sup>79</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil 4. 1 era. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 355.

*inmobiliarios susceptibles de ser puestos como garantía, quienes definieron los derechos del prestamista contra el propietario del bien puesto en garantía y quienes fijaron la escala de interés.*<sup>80</sup>

2.2. La garantía hipotecaria en el Derecho Mexicano Positivo.

Pérez Fernández del Castillo establece la existencia jurídica de la hipoteca en tres ramas del derecho positivo mexicano:

***“1.- Hipoteca Civil: La regulada por el Código Civil Federal;***

***2.- Hipoteca Mercantil: El Código de Comercio y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, regulan diferentes tipos de hipotecas, como por ejemplo sobre la unidad industrial, o sea, sobre la universalidad de hecho consistente tanto en el activo fijo como en el circulante que constituye el patrimonio . Además la hipoteca sobre barcos, que son cosas mercantiles, se considera una universalidad de derecho;***

***3.- Hipoteca Fiscal: El Código Fiscal de la Federación, en el artículo 141 establece: Los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal en alguna de las siguientes formas: II. Prenda o hipoteca...”***<sup>81</sup>

2.3. Definición doctrinal y legal

Rojina Villegas enmarca a la hipoteca en la categoría de los derechos reales:

***“Es un derecho real que se constituye sobre determinados bienes, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para en caso de incumplimiento de la obligación.”***<sup>82</sup>

Por su parte, Trejo Guerrero arroja la siguiente definición:

---

<sup>80</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Derecho Bancario. 1 era. Edición. Oxford Press. México D.F. p.p. 8.

<sup>81</sup> PÉREZ Fernández del Castillo, Pedro. Contratos civiles. 13 ava. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 361.

<sup>82</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 356.

***“Es el derecho real de garantía por el que el deudor otorga al acreedor, la facultad de obtener la posesión de una cosa previamente de designada, si el deudor no había cumplido con el pago de la deuda. Se presenta como una prenda sin posesión de ésta, sólo se da si el deudor incumplía, pero no al momento de celebrar la hipoteca, pues la posesión de la cosa y los frutos, corresponden al deudor mientras se llegaba al plazo para liquidar su deuda y hasta ese momento el acreedor sólo puede percibir los intereses, en caso de que no se cubriera el pago entonces sí podía ejercer los derechos contemplados en la hipoteca y así adquirir la posesión de la cosa.”***<sup>83</sup>

A su vez, el diccionario Ruy Díaz describe a la hipoteca como un contrato de garantía:

***“El contrato formalizado generalmente por instrumento público por el cual uno sujeta determinado bien inmueble para seguridad y garantía del cumplimiento de una obligación propia o ajena.”***<sup>84</sup>

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México describe a la hipoteca bajo las siguientes consideraciones:

***“Artículo 7.1097.- La hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.”***

Al nivel jurisprudencial, tenemos la siguiente definición; la cual lo define como un derecho real de garantía:

***Época: Quinta Época. Registro: 365035. Instancia: TERCERA SALA Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo XXVII. Materia(s): Civil Tesis: Pag. 2064 [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXVII; Pág. 2064***

## **HIPOTECA.**

---

<sup>83</sup> TREJO Guerrero, Gabino. Op. Cit. p.p. 178.

<sup>84</sup> ROMBOLA, Néstor Dario. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales Ruy Díaz. 5 ta. Edición. Buenos Aires, Argentina. p.p. 507.

***La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; la acción real puede entablarse contra cualquier poseedor, si es que la hipoteca no se ha extinguido, por ninguno de los medios que la ley previene. Cuando el deudor primitivo, o sea, el que constituyó la garantía hipotecaria, ha enajenado el predio que constituye la garantía, en contra de él solamente queda el ejercicio de la acción personal, más la acción real puede intentarse en contra de cualquier poseedor del inmueble hipotecado.***

### **TERCERA SALA**

***Amparo civil directo 4272/28. Urrutia Miguel y coagraviados. 25 de noviembre de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.***

#### 2.4. Naturaleza jurídica.

Utilizando la definición que León Tovar nos presenta, se determina la naturaleza jurídica de la hipoteca. Dicha definición se estructura de la siguiente forma:

***“La hipoteca es un derecho real constituida siempre sobre bienes especialmente determinados que no se entregan al deudor y que dan derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.”<sup>85</sup>***

Se desprende de esta definición que es un derecho real. El derecho real, según Rojina Villegas, lo constituyen los siguientes elementos:

***“Es un poder jurídico que se ejercer de forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros.”<sup>86</sup>***

Guerrero Trejo establece dos elementos constitutivos del derecho real:

***“En el derecho real encontramos solamente dos elementos: el sujeto activo, el titular del derecho y la cosa, que es el objeto de aquél.”<sup>87</sup>***

---

<sup>85</sup> LEÓN Tovar, Solya H. y González García, Hugo. Contratos mercantiles. 1 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 744.

<sup>86</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil 2. 1 era. Edición. PORRUA. México D.F. p.p. 21.

Además, dicho derecho real solamente se constituye sobre bienes perfectamente determinados y enajenables. Rojina Villegas nos dice que son bienes determinados aquellos que cumplen con el principio de especialidad:

***“El principio moderno de especialidad de la hipoteca es cuanto al crédito, para determinar su importe y en cuanto a los bienes objeto de la garantía, a efecto de que ésta recaiga sobre cosas individualmente determinadas.”<sup>88</sup>***

Rojina Villegas explica que la hipoteca tiene como resultado la venta de los bienes gravados en caso de incumplimiento, por lo que dichos bienes enajenables; es decir:

***“Es el bien que está en el comercio, pues existiría una imposibilidad jurídica en caso contrario, confirmando con este aspecto en que la cosa objeto del gravamen debe existir en la naturaleza, estar en el comercio y ser determinada.”<sup>89</sup>***

El diccionario Ruy Díaz va más allá, al establecer que los bienes que son susceptibles de un gravamen, que están sujetos a la enajenación. De esta forma define a los bienes enajenables:

***“Son aquellos en los que se transfiere la propiedad a otro a título gratuito o a título oneroso. Ello también comprende, en su sentido más extenso, a la enfiteusis, la prenda, la hipoteca, y aún la constitución de servidumbre sobre un fondo.”<sup>90</sup>***

La definición de León Tovar nos aclara que el fin de la hipoteca es garantizar una obligación anterior a la constitución del gravamen. Para Pérez Fernández del Castillo, ello hace de la hipoteca un derecho accesorio:

***“La validez y la existencia de la hipoteca depende de otro derecho o de una obligación previa.”<sup>91</sup>***

---

<sup>87</sup> TREJO Guerrero, Gabino. Op. Cit. p.p. 27.

<sup>88</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de derecho civil 4.1 era edición. México D.F. p.p. 356.

<sup>89</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 358.

<sup>90</sup> ROMBOLA, Néstor Darío. Op. Cit. p.p. 413.

Rojina Villegas comparte el criterio anterior, al definir a la hipoteca como un derecho accesorio ligado a una obligación principal:

***“La hipoteca se constituye para garantizar una obligación principal... Aplicando rigurosamente este principio, la hipoteca debe seguir todas las vicisitudes y modalidades de la obligación principal en cuanto a su existencia, validez, nulidad, transmisión, y extinción. Asimismo, los términos y condiciones que afecten a la obligación principal, afectarán a la hipoteca.”***<sup>92</sup>

Al nivel jurisprudencial, tenemos la siguiente definición respecto a la naturaleza accesoria de la misma:

***Época: Quinta Época. Registro: 385399. Instancia: SALA AUXILIAR. TipoTesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo CXVI. Materia(s): Civil. Tesis: Pag. 122[TA]; 5a. Época; Sala Aux.; S.J.F.; Tomo CXVI; Pág. 122***

#### **HIPOTECA, CARACTER ACCESORIO DE LA.**

***La hipoteca no es a tal grado autónoma que pueda tener plena y total eficacia independientemente del contrato principal, es decir, aun en el caso de que el acreedor hipotecario no haya cumplido las obligaciones que asumió en el acto jurídico al cual la hipoteca garantiza. A pesar de que dicha garantía real subsista íntegra, en el caso de que se reduzca la obligación garantizada o disminuya la extensión o valor de los bienes hipotecados, su naturaleza es de carácter accesorio, lo que además de estar unánimemente reconocido en la doctrina, se infiere de varios preceptos legales (entre otros los artículos 2903, 2906, 2921, 2927 y 9934 del Código Civil). Por tanto, si la hipoteca se constituyó para garantizar una obligación del tercero, íntimamente ligada con la que asumió la quejosa, y de ejecución condicionada (como en todos los casos de obligaciones recíprocas), al cumplimiento por parte de la misma quejosa, es claro que la acción hipotecaria no podría ser procedente para cobrar el total del adeudo garantizado con la hipoteca, si estaba acreditado el incumplimiento parcial de la quejosa, que justificaba una compensación, para disminuir la deuda del reo, o una condena condicional de éste.***

---

<sup>91</sup> PÉREZ Fernández del Castillo, Pedro. Op. Cit. p.p. 360.

<sup>92</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. 358.



## **SALA AUXILIAR**

***Amparo civil directo 78/50. Rendón viuda de García Dolores. 14 de abril de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.***

Otra característica de la hipoteca es que es de naturaleza formal, puesto que requiere de ciertas formalidades que la ley civil establece para que dicho derecho real sea efectivo. Pérez Fernández del Castillo establece respecto a ello:

***“La ley establece que la hipoteca puede otorgarse en escrito privado ratificado, o en escritura pública cuando se trate de bienes inmuebles.”***<sup>93</sup>

El Código Civil del Estado de México comparte el criterio doctrinal anterior, puesto que establece como elemento de validez de la hipoteca la formalidad descrita por Pérez Fernández del Castillo:

***“Requisito formal de la hipoteca:***

***Artículo 7.1098.- La hipoteca debe otorgarse en escritura pública.”***

Otro de los aspectos da tratar de la hipoteca es que las consecuencias derivadas de ella no se producen de forma instantánea, sino que se van generando a través del paso del tiempo; es decir, es de tracto sucesivo. Pérez Fernández del Castillo establece respecto a ello:

***“El contrato de hipoteca garantiza una obligación a través del tiempo, esto es, está sujeta a un plazo, a un término o a una condición.”***<sup>94</sup>

Por último, la hipoteca, toda vez que se trata de un derecho real que garantiza una obligación entre acreedor y deudor; otorga al acreedor la facultad de ejercitar una serie de acciones persecutorias que tienen como objetivo la venta del bien

---

<sup>93</sup> PÉREZ Fernández del Castillo, Pedro. Op. Cit. p.p. 361.

<sup>94</sup> Idem.

gravado para satisfacer la obligación debida. Rojina Villegas nos aclara esta cuestión:

***“La hipoteca concede las acciones persecutorias, de venta y de preferencia de pago. La acción persecutoria es propia de todo derecho real, la venta es inherente sólo a los derechos reales de garantía y la preferencia de pago es peculiar de los derechos reales de garantía, ya que supone que el valor de una cosa se destina al pago de un crédito u obligación principal.”***<sup>95</sup>

Respecto a dichas acciones persecutorias, a nivel jurisprudencial; tenemos el siguiente razonamiento lógico-jurídico, respecto a su procedencia y su finalidad:

***Época: Quinta Época. Registro: 339690 .Instancia: TERCERA SALA .TipoTesis: Tesis Aislada .Fuente: Semanario Judicial de la Federación Localización: Tomo CXXVI .Materia(s): Civil .Tesis: Pag. 322 [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo CXXVI; Pág. 322***

***HIPOTECA, ACCIONES DERIVADAS DE LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE MORELOS).***

***Admitiendo que la acción hipotecaria es real, en términos de los artículos 2o. fracción II y 3o. fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles, e incidental como lo dispone la fracción I del 13 de ese ordenamiento, no debe perderse de vista que la hipoteca tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal afectando bienes inmuebles, y que da derecho al acreedor a exigir de la persona que otorgó la garantía hipotecaria el pago del adeudo, por no haberse cumplido por el deudor la obligación contraída. En esas condiciones si la quejosa en el contrato de hipoteca, constituyó en garantía hipotecaria un inmueble para responder del pago de determinada cantidad que en ese propio contrato reconoció adeudar a otra persona y se obligó expresamente a cumplir en su integridad con las prestaciones contraídas en la escritura relativa, es indudable que la acción hipotecaria deducida en contra de la repetida quejosa lo es legalmente y no existe razón por la que previamente exigiera la actora del deudor el pago del adeudo, y subsidiariamente a la quejosa.***

**TERCERA SALA**

---

<sup>95</sup> ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p.p. 359.

***Amparo directo 1613/55. María Domínguez de Abe. 24 de octubre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.***

2.5. Diversas perspectivas de la garantía hipotecaria dentro del Derecho Mexicano Positivo.

2.5.1. Perspectiva civilista.

Desde la perspectiva civilista, la hipoteca está regulada por el Código Civil Federal; así como sus correlativos a nivel estatal. En el Estado de México, la hipoteca en su tercera parte, referente a los diversos tipos de contratos, en el título decimoquinto; el cual está constituido por cuatro capítulos. Estos capítulos son:

***I.- Capítulo Uno: De la hipoteca en general;***

***II.- Capítulo Dos: De la hipoteca voluntaria;***

***III.- Capítulo Tres: De la hipoteca necesaria;***

***IV.- Capítulo Cuatro: De la extinción de la hipoteca.***

2.5.2. Perspectiva mercantilista y financiera.

Acorde a lo expresado por Ruiz Torres, en materia mercantil; la hipoteca tiene las siguientes modalidades: la hipoteca industrial y la hipoteca para garantizar obligaciones. La hipoteca industrial es aquella que se constituye sobre unidades industriales, agropecuarias, ganaderas o de servicios:

***“La hipoteca industrial es un contrato mercantil accesorio que consiste en constituir hipoteca a favor de instituciones de crédito sobre una unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios. Comprende la autorización o concesión respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su unidad. Puede comprender, además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.”<sup>96</sup>***

---

<sup>96</sup> RUIZ Torres, Humberto Enrique. Op. Cit. p.p. 326.

El artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito regula este tipo de hipoteca mercantil bajo los siguientes términos:

**“ARTICULO 67:**

**LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN FAVOR DE INSTITUCIONES DE CREDITO SOBRE LA UNIDAD COMPLETA DE UNA EMPRESA INDUSTRIAL, AGRICOLA, GANADERA O DE SERVICIOS, DEBERAN COMPRENDER LA CONCESION O AUTORIZACION RESPECTIVA, EN SU CASO; TODOS LOS ELEMENTOS MATERIALES, MUEBLES O INMUEBLES AFECTOS A LA EXPLOTACION, CONSIDERADOS EN SU UNIDAD. PODRAN COMPRENDER ADEMAS, EL DINERO EN CAJA DE LA EXPLOTACION CORRIENTE Y LOS CREDITOS A FAVOR DE LA EMPRESA, ORIGINADOS POR SUS OPERACIONES, SIN PERJUICIO DE LA POSIBILIDAD DE DISPONER DE ELLOS Y DE SUSTITUIRLOS EN EL MOVIMIENTO NORMAL DE LAS OPERACIONES, SIN NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, SALVO PACTO EN CONTRARIO.**

**LAS INSTITUCIONES DE CREDITO ACREEDORAS DE LAS HIPOTECAS A QUE SE REFIERE ESTE ARTICULO, PERMITIRAN LA EXPLOTACION DE LOS BIENES AFECTOS A LAS MISMAS CONFORME AL DESTINO QUE LES CORRESPONDA, Y TRATANDOSE DE BIENES AFECTOS A UNA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO, LAS ALTERACIONES O MODIFICACIONES QUE SEAN NECESARIAS PARA LA MEJOR PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO CORRESPONDIENTE. SIN EMBARGO, LAS INSTITUCIONES ACREEDORAS PODRAN Oponerse A LA VENTA O ENAJENACION DE PARTE DE LOS BIENES Y A LA FUSION CON OTRAS EMPRESAS, EN CASO DE QUE SE ORIGINE CON ELLO UN PELIGRO PARA LA SEGURIDAD DE LOS CREDITOS HIPOTECARIOS.**

**LAS HIPOTECAS A QUE SE REFIERE ESTE ARTICULO DEBERAN SER INSCRITAS EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD DEL LUGAR O LUGARES EN QUE ESTEN UBICADOS LOS BIENES.”**

Poe su parte, dicho doctrinario nos describe a la hipoteca para garantizar obligaciones como un contrato para mercantil que permite garantizar el pago derivado de la compra de obligaciones emitidas por sociedades mercantiles:

**“Contrato mercantil accesorio celebrado para garantizar la emisión de obligaciones. Se entiende que la hipoteca cubre, sin necesidad de ulteriores anotaciones o inscripciones en el Registro Público, todos los saldos que eventualmente, dentro de los límites del**

*crédito total representados por la emisión, quedan insolutos por concepto de obligaciones o cupones no pagados o amortizados en la forma en que se estipula.”<sup>97</sup>*

El artículo 214 de la Ley General de Operaciones y Títulos de Crédito se regula dicha modalidad de la hipoteca:

**“ARTICULO 214:**

**CUANDO EN GARANTIA DE LA EMISION SE DEN EN PRENDA TITULOS O BIENES, LA PRENDA SE CONSTITUIRA EN LOS TERMINOS DE LA SECCION 6A. DEL CAPITULO IV, TITULO II DE ESTA LEY. CUANDO SE CONSTITUYA HIPOTECA, SE ENTENDERA QUE LA HIPOTECA CUBRE, SIN NECESIDAD DE ULTERIORES ANOTACIONES O INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO PUBLICO, TODOS LOS SALDOS QUE EVENTUALMENTE, DENTRO DE LOS LIMITES DEL CREDITO TOTAL REPRESENTADO POR LA EMISION, QUEDEN INSOLUTOS POR CONCEPTO DE OBLIGACIONES O CUPONES NO PAGADOS O AMORTIZADOS EN LA FORMA QUE SE ESTIPULE. LA PRENDA O LA HIPOTECA CONSTITUIDAS EN GARANTIA DE LA EMISION, SOLO PODRAN SER CANCELADAS TOTAL O PARCIALMENTE, SEGUN SE HAYA ESTIPULADO EN EL ACTA DE EMISION, CUANDO SE EFECTUE CON INTERVENCION DEL REPRESENTANTE COMUN, LA CANCELACION TOTAL O PARCIAL, EN SU CASO, DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS.”**

En materia financiera, la hipoteca está contemplada por el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 141. Dicha hipoteca se constituye con la finalidad de garantizar un crédito fiscal derivado de las obligaciones que consigna el artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

**“ARTICULO 141. LOS CONTRIBUYENTES PODRAN GARANTIZAR EL INTERES FISCAL EN ALGUNA DE LAS FORMAS SIGUIENTES:**

**II. PRENDA O HIPOTECA...”**

---

<sup>97</sup> Idem.

TERCERA PARTE: Aspecto ADJETIVO. Del presupuesto procesal de la vía y de la excepción de improcedencia de la vía.

La vía por la que se sustancia una controversia judicial es uno de los presupuestos procesales sobre los que se cimenta el Derecho Procesal Civil mexicano, por lo que el estudio de la misma dentro de un proceso de naturaleza civil o mercantil es una facultad propia del órgano jurisdiccional concededor del mismo. El análisis hecho por éste órgano es vital, ya que garantiza que dicho proceso se rija por los principios de seguridad y certeza jurídica, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, evitando que se constituyan situaciones de desventaja a cualquiera de los partícipes de un litigio; las cuales puedan conducir a un estado de indefensión, derivado de la inadecuada interpretación y aplicación de la norma jurídica a un negocio jurídico específico.

### III. LA VÍA

#### 1.1. Estudio de la vía como presupuesto procesal

##### 1.1.1. Los presupuestos procesales.

Son aquellos requisitos previos imprescindibles para la existencia del proceso. Estos presupuestos determinan el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia. El juez debe analizarlos de oficio en la admisión de la demanda, aun sin que las partes los objeten por vía de excepción, al considerarse de orden público, puesto que el Estado interviene en dicha relación.

En palabras del jurista italiano Giuseppe Chiovenda, son los presupuestos procesales:

***“las condiciones para que se consiga un pronunciamiento, favorable o desfavorable, sobre la demanda...”*** <sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de derecho procesal civil. 1 era. Edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México D.F. p.p. 36.

### 1.1.2. Ubicación del presupuesto de la vía en el Derecho Positivo Mexicano.

El estudio de la procedencia de la vía es un presupuesto procesal que, por su propia naturaleza, es una cuestión de orden público y debe estudiarse de oficio (aunque cualquiera de las partes en una controversia se haya o no excepcionado al respecto ni impugnado el auto admisorio de la demanda o se haga valer en el status procesal oportuno), en cualquier momento del juicio, incluso al dictar la sentencia definitiva, puesto que la ley expresamente ordena el procedimiento en que deben tramitarse las controversias, sin permitirse a los particulares adoptar diversas formas de juicio.

Ahora bien, la vía, que es la manera de proceder en un juicio siguiendo determinados trámites, constituye un presupuesto procesal porque es una condición necesaria para la regularidad del desarrollo del proceso, sin la cual no puede dictarse sentencia de fondo sobre la pretensión litigiosa.

Por lo tanto, si la prosecución de un juicio en la forma que establece la ley, tiene el carácter de presupuesto procesal que debe ser atendido previamente a la decisión de fondo, porque el análisis de las acciones sólo puede llevarse a efecto si el juicio, en la vía escogida por el actor, es procedente, pues de no serlo, el Juez estaría impedido para resolver sobre las acciones planteadas. De ahí, que si el juzgador omitiera estudiar de oficio dicho presupuesto sólo porque el demandado no lo hizo valer como excepción o porque no impugnó, en su momento, el auto admisorio de demanda mediante el recurso correspondiente, se vulnerarían las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis de Jurisprudencia que a la letra dice:

***Época: Novena Época***

***Registro: 178665***

***Instancia: PRIMERA SALA***

***Tipo. Tesis: Jurisprudencia***

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Localización: Tomo XXI, Abril de 2005**

**Materia(s): Común**

**Tesis: 1a./J. 25/2005**

**Pag. 576**

**[J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Abril de 2005; Pág. 576**

**PROCEDENCIA DE LA VÍA. ES UN PRESUPUESTO PROCESAL QUE DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO ANTES DE RESOLVER EL FONDO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.**

*El derecho a la tutela jurisdiccional establecido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es ilimitado, sino que está restringido por diversas condiciones y plazos utilizados para garantizar la seguridad jurídica. Así, las leyes procesales determinan cuál es la vía en que debe intentarse cada acción, por lo cual, la prosecución de un juicio en la forma establecida por aquéllas tiene el carácter de presupuesto procesal que debe atenderse previamente a la decisión de fondo, porque el análisis de las acciones sólo puede llevarse a efecto si el juicio, en la vía escogida por el actor, es procedente, pues de no serlo, el Juez estaría impedido para resolver sobre las acciones planteadas. Por ello, el estudio de la procedencia del juicio, al ser una cuestión de orden público, debe analizarse de oficio porque la ley expresamente ordena el procedimiento en que deben tramitarse las diversas controversias, sin permitirse a los particulares adoptar diversas formas de juicio salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley. En consecuencia, aunque exista un auto que admita la demanda y la vía propuesta por la parte solicitante, sin que la parte demandada la hubiere impugnado mediante el recurso correspondiente o a través de una excepción, ello no implica que, por el supuesto consentimiento de los gobernados, la vía establecida por el legislador no deba tomarse en cuenta. Por tanto, el juzgador estudiará de oficio dicho presupuesto, porque de otra manera se vulnerarían las garantías de legalidad y seguridad jurídica establecidas en el artículo 14 constitucional, de acuerdo con las cuales nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Luego entonces, el juzgador, en aras de garantizar la seguridad jurídica de las partes en el proceso, debe asegurarse siempre de que la vía elegida por el solicitante de justicia sea la procedente, en cualquier momento de la contienda, incluso en el momento de dictar la sentencia definitiva, por lo*



*que debe realizar de manera oficiosa el estudio de la procedencia de la vía, aun cuando las partes no la hubieran impugnado previamente.*

**PRIMERA SALA. CONTRADICCIÓN DE TESIS 135/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Sexto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito y la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 9 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.**

*Tesis de jurisprudencia 25/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de marzo de dos mil cinco.*

### 1.1.3. Concepto jurídico de vía.

El diccionario jurídico Ruy Díaz de Ciencias jurídicas y sociales arroja el siguiente concepto de vía:

**“VÍA:**

*El modo de proceder para sustanciar los juicios; puede dividirse en ordinaria y ejecutiva.”<sup>99</sup>*

### 1.1.4. Clasificación de la vía.

El diccionario Ruy Díaz arroja la siguiente clasificación:

**“VÍA ORDINARIA:** *El curso u orden regular con que se sigue un pleito, observando y guardando el tenor y las solemnidades del derecho, como son la demanda, el emplazamiento, la contestación, la dilación probatoria, los alegatos, la citación a sentencia definitiva y la sentencia.”<sup>100</sup>*

**“VÍA EJECUTIVA:** *El juicio breve y sumario que traen aparejado los instrumentos ejecutivos.”<sup>101</sup>*

Carrasco Soulé define al juicio ordinario civil como:

***“el medio por el que se dirimen todas las controversias que no cuentan con una regulación específica en los Códigos de Procedimientos Civiles.”<sup>102</sup>***

---

<sup>99</sup> ROMBOLA, Néstor Dario. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales Ruy Díaz. 5 ta. Edición. Buenos Aires, Argentina. p.p. 928.

<sup>100</sup> Idem.

<sup>101</sup> Idem.

El código de procedimientos civiles del Estado de México; en su artículo 2.107 define al juicio ordinario civil conforme a lo siguiente:

***Artículo 2.107.- En el juicio ordinario se tramitarán todas las acciones que no tengan un procedimiento específico.***

Castillo Lara describe al juicio ordinario mercantil bajo la siguiente definición:

***“El juicio que procede en todos aquellos casos en que las contiendas entre las partes no tengan señalada una tramitación especial en las leyes mercantiles; ello de conformidad con el artículo 1377 del Código de Comercio.”***<sup>103</sup>

Por su parte, Contreras Vaca define a dicho procedimiento mercantil:

***“La serie concatenada de actos que se utiliza para dirimir todas aquellas controversias que no tienen una tramitación especial y para las partes no han optado por recurrir al procedimiento convencional o al arbitral, los cuales son consideradas preferentes en materia mercantil.”***<sup>104</sup>

El artículo 1377 del Código de Comercio define al juicio ordinario mercantil bajo los siguientes términos:

***ARTICULO 1377. TODAS LAS CONTIENDAS ENTRE PARTES QUE NO TENGAN SEÑALADA TRAMITACION ESPECIAL EN LAS LEYES MERCANTILES, SE VENTILARAN EN JUICIO ORDINARIO, SIEMPRE QUE SEAN SUSCEPTIBLES DE APELACION.***

Dávalos Mejía define al juicio ejecutivo mercantil de la siguiente forma:

***“Es el juicio que tiene por objeto obtener el pago inmediato y llano del crédito demandado, o bien, pronunciar una sentencia condenatoria del remate de los bienes que aseguren el pago del crédito.”***<sup>105</sup>

El artículo 1391 primer párrafo; del mismo ordenamiento jurídico define al juicio ejecutivo mercantil de la siguiente forma:

---

<sup>102</sup> CARRASCO Soulé, Hugo Carlos. Derecho procesal civil. 1 era. Edición. IURE. México D.F. p.p. 17.

<sup>103</sup> CASTILLO Lara, Eduardo. Procedimientos mercantiles. 1 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 341.

<sup>104</sup> CONTRERAS Vaca, Francisco José. Derecho procesal mercantil. 1 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 85.

<sup>105</sup> DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. Títulos y operaciones de crédito. 3 era. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 417.

**ARTICULO 1391. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO TIENE LUGAR CUANDO LA DEMANDA SE FUNDA EN DOCUMENTO QUE TRAIGA APAREJADA EJECUCION.**

1.1.5 De la excepción de la improcedencia de la vía.

Ovalle Fabela, en su obra intitulada “Derecho Procesal Civil”, define a la excepción de improcedencia de la vía:

***“Es las excepción por la que el demandado objeta que el tipo de juicio escogido por el actor no es el conveniente para la misma.”<sup>106</sup>***

**II.- SITUACIÓN PROCESAL ACTUAL DE LA VÍA CON RESPECTO A LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARÍA EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

2.1. Hipótesis de la improcedencia de la vía ordinaria civil.

La procedencia de la vía ordinaria civil está determinada por el artículo 2.107 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México; sin embargo, toda vez que los presupuestos procesales, como en este caso lo es la vía; son los requisitos sin los cuales puede iniciarse, tramitarse, ni resolverse con eficacia jurídica un procedimiento; en cuyo caso son elementos indispensables para poder pronunciar una sentencia favorable o desfavorable al actor; además, dichos presupuestos deben existir desde que se inicia el proceso y subsistir durante él.

Por lo tanto es indispensable hacer un estudio minucioso de la procedencia de la vía elegida por la accionante (en este caso especial lo es la vía ordinaria civil), antes de analizar las circunstancias de fondo.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis de Jurisprudencia que a la letra dice:

***Época: Novena Época***

***Registro: 178665***

***Instancia: PRIMERA SALA***

---

<sup>106</sup> OVALLE Favela, José. Derecho procesal civil. 9 ena. Edición. Oxford. México D.F. p.p. 93-94.

**TipoTesis: Jurisprudencia**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Localización: Tomo XXI, Abril de 2005**

**Materia(s): Común**

**Tesis: 1a./J. 25/2005**

**Pag. 576**

**[J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Abril de 2005; Pág. 576**

**PROCEDENCIA DE LA VÍA. ES UN PRESUPUESTO PROCESAL QUE DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO ANTES DE RESOLVER EL FONDO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.**

*El derecho a la tutela jurisdiccional establecido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es ilimitado, sino que está restringido por diversas condiciones y plazos utilizados para garantizar la seguridad jurídica. Así, las leyes procesales determinan cuál es la vía en que debe intentarse cada acción, por lo cual, la prosecución de un juicio en la forma establecida por aquéllas tiene el carácter de presupuesto procesal que debe atenderse previamente a la decisión de fondo, porque el análisis de las acciones sólo puede llevarse a efecto si el juicio, en la vía escogida por el actor, es procedente, pues de no serlo, el Juez estaría impedido para resolver sobre las acciones planteadas. Por ello, el estudio de la procedencia del juicio, al ser una cuestión de orden público, debe analizarse de oficio porque la ley expresamente ordena el procedimiento en que deben tramitarse las diversas controversias, sin permitirse a los particulares adoptar diversas formas de juicio salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley. En consecuencia, aunque exista un auto que admita la demanda y la vía propuesta por la parte solicitante, sin que la parte demandada la hubiere impugnado mediante el recurso correspondiente o a través de una excepción, ello no implica que, por el supuesto consentimiento de los gobernados, la vía establecida por el legislador no deba tomarse en cuenta. Por tanto, el juzgador estudiará de oficio dicho presupuesto, porque de otra manera se vulnerarían las garantías de legalidad y seguridad jurídica establecidas en el artículo 14 constitucional, de acuerdo con las cuales nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Luego entonces, el juzgador, en*

*aras de garantizar la seguridad jurídica de las partes en el proceso, debe asegurarse siempre de que la vía elegida por el solicitante de justicia sea la procedente, en cualquier momento de la contienda, incluso en el momento de dictar la sentencia definitiva, por lo que debe realizar de manera oficiosa el estudio de la procedencia de la vía, aun cuando las partes no la hubieran impugnado previamente.*

**PRIMERA SALA. CONTRADICCIÓN DE TESIS 135/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Sexto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito y la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 9 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.**

**Tesis de jurisprudencia 25/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de marzo de dos mil cinco.**

El documento base de la acción consiste en el contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria. Los contratos de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, son el instrumento jurídico por el cual la institución crediticia otorga un crédito para la adquisición de una vivienda a un particular determinado. Cabe destacar que esta actividad sólo puede ser llevada a cabo por entidades económicas ligadas al sistema financiero mexicano; acorde a lo dispuesto en los artículos 45-A y 103 de la Ley de Instituciones de Crédito. Por lo tanto, si la parte accionante, es una sociedad financiera, cuya actividad comprende el otorgamiento de créditos y vinculada al sistema financiero mexicano; los ordenamientos jurídicos aplicables estas sociedades son la Ley de Instituciones de Crédito; y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en todo lo relativo a los medios e instrumentos de otorgamiento de créditos.

De las consideraciones hechas con anterioridad, se concluye que el contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria es un acto de comercio, en términos de la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio; por lo tanto, las controversias que deriven de la interpretación del mismo deberán tramitarse en un procedimiento mercantil; de conformidad con el artículo 1049 del Código de Comercio.

En consecuencia, la naturaleza mercantil del acto jurídico contenido en el contrato de crédito celebrado entre la entidad financiera y un particular que no ejerce el comercio, resulta de la coincidencia existente entre los derechos y obligaciones que derivan del este acuerdo de voluntades y las actividades que se establecen como preponderantes en la justificación del objeto jurídico pactado producto de dicho acuerdo. Si la parte accionante se constituye con el carácter de sociedad anónima de capital variable, está adoptando una de las figuras contempladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles; por lo que es inconcuso que los actos jurídicos que coincidan con la actividad comercial propia de la parte accionante estén excluidos de la regulación de las leyes mercantiles, tanto sustantivas como procesales, distintas a la especialmente expedidas para la tramitación y regulación de los actos y procedimientos de naturaleza mercantil, de conformidad con lo establecido en el artículo 1049 del Código de Comercio, aun cuando estos puedan tener afinidad con algunos contratos específicamente regulados por la legislación civil estatal, tal y como lo es el contrato accesorio de garantía hipotecaria, regulado por el Código Civil.

En suma, el contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria utilizado por la parte accionante como documento base de la acción constituye un instrumento que enmarca en su esencia misma a un acto jurídico mercantil, por lo que la interpretación de dicho instrumento redundaría en lo improcedente utilizando la vía ordinaria civil como medio para llevarlo a cabo.

Toda vez que se ha establecido la naturaleza mercantil del acto jurídico del que se desprende la posible controversia judicial, es necesario establecer la procedencia de la vía mercantil, la cual está regulada por los artículos 1049 y 1050 del Código de Comercio, que a la letra señalan:

**ARTICULO 1049. SON JUICIOS MERCANTILES LOS QUE TIENEN POR OBJETO VENTILAR Y DECIDIR LAS CONTROVERSIAS QUE, CONFORME A LOS ARTICULOS 4o., 75 Y 76, SE DERIVEN DE LOS ACTOS COMERCIALES.**

**ARTICULO 1050. CUANDO CONFORME A LAS DISPOSICIONES MERCANTILES, PARA UNA DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN UN ACTO, ESTE TENGA NATURALEZA**

**COMERCIAL Y PARA LA OTRA TENGA NATURALEZA CIVIL LA CONTROVERSIA QUE DEL MISMO SE DERIVE SE REGIRA CONFORME A LAS LEYES MERCANTILES.**

Por su parte, los artículos 4, 75 y 76 del mismo ordenamiento establecen:

**ARTICULO 4. LAS PERSONAS QUE ACCIDENTALMENTE, CON O SIN ESTABLECIMIENTO FIJO, HAGAN ALGUNA OPERACION DE COMERCIO, AUNQUE NO SON EN DERECHO COMERCIANTES, QUEDAN, SIN EMBARGO, SUJETAS POR ELLA A LAS LEYES MERCANTILES. POR TANTO, LOS LABRADORES Y FABRICANTES, Y EN GENERAL TODOS LOS QUE TIENEN PLANTEADOS ALMACEN O TIENDA EN ALGUNA POBLACION PARA EL EXPENDIO DE LOS FRUTOS DE SU FINCA, O DE LOS PRODUCTOS YA ELABORADOS DE SU INDUSTRIA, O TRABAJO, SIN HACERLES ALTERACION AL EXPENDERLOS, SERAN CONSIDERADOS COMERCIANTES EN CUANTO CONCIERNE A SUS ALMACENES O TIENDAS.**

**ARTICULO 75. LA LEY REPUTA ACTOS DE COMERCIO:**

**I. TODAS LAS ADQUISICIONES, ENAJENACIONES Y ALQUILERES VERIFICADOS CON PROPOSITO DE ESPECULACION COMERCIAL, DE MANTENIMIENTOS, ARTICULOS, MUEBLES O MERCADERIAS, SEA EN ESTADO NATURAL, SEA DESPUES DE TRABAJADOS O LABRADOS;**

**II. LAS COMPRAS Y VENTAS DE BIENES INMUEBLES, CUANDO SE HAGAN CON DICHO PROPOSITO DE ESPECULACION COMERCIAL;**

**III. LAS COMPRAS Y VENTAS DE PORCIONES, ACCIONES Y OBLIGACIONES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES;**

**IV. LOS CONTRATOS RELATIVOS A OBLIGACIONES DEL ESTADO U OTROS TITULOS DE CREDITO CORRIENTES EN EL COMERCIO;**

**V. LAS EMPRESAS DE ABASTECIMIENTOS Y SUMINISTROS;**

**VI. LAS EMPRESAS DE CONSTRUCCIONES, Y TRABAJOS PUBLICOS Y PRIVADOS;**

**VII. LAS EMPRESAS DE FÁBRICAS Y MANUFACTURAS;**

**VIII. LAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PERSONAS O COSAS, POR TIERRA O POR AGUA; Y LAS EMPRESAS DE TURISMO;**

***IX. LAS LIBRERIAS, Y LAS EMPRESAS EDITORIALES Y TIPOGRAFICAS;***

***X. LAS EMPRESAS DE COMISIONES, DE AGENCIAS, DE OFICINAS DE NEGOCIOS COMERCIALES, CASAS DE EMPEÑO Y ESTABLECIMIENTOS DE VENTAS EN PUBLICA ALMONEDA;***

***XI. LAS EMPRESAS DE ESPECTACULOS PUBLICOS;***

***XII. LAS OPERACIONES DE COMISION MERCANTIL;***

***XIII. LAS OPERACIONES DE MEDIACION EN NEGOCIOS MERCANTILES;***

***XIV. LAS OPERACIONES DE BANCOS;***

***XV. TODOS LOS CONTRATOS RELATIVOS AL COMERCIO MARITIMO Y A LA NAVEGACION INTERIOR Y EXTERIOR;***

***XVI. LOS CONTRATOS DE SEGUROS DE TODA ESPECIE;***

***XVII. LOS DEPOSITOS POR CAUSA DE COMERCIO;***

***XVIII. LOS DEPOSITOS EN LOS ALMACENES GENERALES Y TODAS LAS OPERACIONES HECHAS SOBRE LOS CERTIFICADOS DE DEPOSITO Y BONOS DE PRENDA LIBRADOS POR LOS MISMOS;***

***XIX. LOS CHEQUES, LETRAS DE CAMBIO O REMESAS DE DINERO DE UNA PLAZA A OTRA, ENTRE TODA CLASE DE PERSONAS;***

***XX. LOS VALES U OTROS TITULOS A LA ORDEN O AL PORTADOR, Y LAS OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES, A NO SER QUE SE PRUEBE QUE SE DERIVAN DE UNA CAUSA EXTRAÑA AL COMERCIO;***

***XXI. LAS OBLIGACIONES ENTRE COMERCIANTES Y BANQUEROS, SI NO SON DE NATURALEZA ESENCIALMENTE CIVIL;***

***XXII. LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADOS DE LOS COMERCIANTES EN LO QUE CONCIERNE AL COMERCIO DEL NEGOCIANTE QUE LOS TIENE A SU SERVICIO;***



**XXIII. LA ENAJENACION QUE EL PROPIETARIO O EL CULTIVADOR HAGAN DE LOS PRODUCTOS DE SU FINCA O DE SU CULTIVO;**

**XXIV. LAS OPERACIONES CONTENIDAS EN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO;**

**XXV. CUALESQUIERA OTROS ACTOS DE NATURALEZA ANALOGA A LOS EXPRESADOS EN ESTE CODIGO.**

**EN CASO DE DUDA, LA NATURALEZA COMERCIAL DEL ACTO SERA FIJADA POR ARBITRIO JUDICIAL.**

**ARTICULO 76. NO SON ACTOS DE COMERCIO LA COMPRA DE ARTICULOS O MERCADERIAS QUE PARA SU USO O CONSUMO, O LOS DE SU FAMILIA, HAGAN LOS COMERCIANTES: NI LAS REVENTAS HECHAS POR OBREROS, CUANDO ELLAS FUEREN CONSECUENCIA NATURAL DE LA PRACTICA DE SU OFICIO.**

Por lo tanto, son juicios mercantiles los que tiene por objeto ventilar y decidir controversias que conforme a los artículos 4, 75 y 76 de dicho código, deriven en actos de comercio; así como, que en el caso de que una de las partes que participe en dicho acto, tenga naturaleza comercial; como en este caso la accionante, y la otra civil, la controversia que se suscite, se regirá por las leyes mercantiles.

De lo que se coligue, que el contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria es un acto de comercio, conforme a lo dispuesto en la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio, y las consecuencias derivadas de su interpretación deban tramitarse en un procedimiento mercantil, ello de conformidad con el artículo 1049 de dicho ordenamiento, en consecuencia, la terminación o cumplimiento de dicho acto compete a la materia mercantil y en ese sentido, la vía mercantil deberá ser la intentada por la accionante.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis Aislada que a la letra dice:

**Época: Novena Época**

**Registro: 174761**

**Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO**

**TipoTesis: Tesis Aislada**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Localización: Tomo XXIV, Julio de 2006**

**Materia(s): Civil**

**Tesis: III.2o.C.118 C**

**Pag. 1176**

**[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Julio de 2006; Pág. 1176**

**CONTRATOS MERCANTILES. FORMA DE ESTABLECER QUE SE ESTÁ EN PRESENCIA DE OBLIGACIONES DE TAL NATURALEZA.**

*Para poder definir cuándo un contrato es de naturaleza civil o mercantil, debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio define al derecho mercantil desde una concepción objetivista, esto es, lo define a partir de los actos que la propia norma cataloga como comerciales y no necesariamente en función de los sujetos que los desarrollan (comerciantes). El mencionado cuerpo de leyes, en su artículo 75, enumera en veinticuatro fracciones, los actos que considera mercantiles, a los que clasifica como tales ya sea por el objeto, por los sujetos que intervienen o por la finalidad que se persigue con su realización, y, en su fracción XXV, precisa que serán mercantiles cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en ese código, concluyendo que, en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial. La enumeración que se hace en el artículo 75 del Código de Comercio, comprende una gran variedad de actos cuya naturaleza deriva de distintas razones, por lo cual, no es posible obtener una definición única de acto de comercio, al igual que tampoco puede darse un concepto unitario de contrato mercantil; luego, dado que el único rasgo que identifica a los actos de comercio, es que lo son, por disposición expresa del legislador, para establecer cuándo se está en presencia de obligaciones de esa naturaleza, deberá indagarse si el acto jurídico en cuestión encuadra en aquellos que*

*el legislador catalogó expresamente como actos de comercio. De donde se sigue, que deben calificarse como contratos mercantiles todas las relaciones jurídicas sometidas a la ley comercial; lo que implica, que serán mercantiles los contratos, aun cuando el acto sea comercial sólo para una de las partes, tal como se preceptúa en el artículo 1050 del código en consulta.*

## **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO**

***Amparo directo 50/2006. Desarrollos Turísticos de Manzanillo, S.A. de C.V. 17 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña.***

De las consideraciones jurídicas hechas con anterioridad, se deduce que la vía ordinaria civil no es la apropiada; toda vez que tanto las disposiciones derivadas del contrato de crédito simple con garantía hipotecaria, así como la estructura y regulación de la institución financiera otorgante del crédito, están regidas por las leyes mercantiles; entonces, las controversias derivadas de estas circunstancias deberán ventilarse por medio de la vía mercantil.

### **2.2. Hipótesis de la improcedencia de la vía ordinaria mercantil.**

Atendiendo a la naturaleza de la acción intentada, y de conformidad con lo establecido con los artículos 291, 292 y 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, para la procedencia de la acción se deberán acreditar los siguientes elementos:

- 1.- La existencia de la relación contractual de las partes en litigio;
- 2.- La exigibilidad de la acción;
- 3.- El incumplimiento por parte del demandado respecto a la obligación adquirida y derivada del contrato celebrado.

De los tres elementos descritos con antelación, se deduce que ejercicio de la acción promovida por la parte actora a través de la vía ordinaria mercantil es correcta, toda vez que el documento base de la acción consiste en un contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, que celebran tanto la institución

de crédito; en su calidad de acreditante; y la demandada, en su calidad de acreditada.

Los contratos de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, son el instrumento jurídico por el cual la institución crediticia otorga un crédito para la adquisición de una vivienda a un particular determinado. Cabe destacar que esta actividad sólo puede ser llevada a cabo por entidades económicas ligadas al sistema financiero mexicano; acorde a lo dispuesto en los artículos 45-A y 103 de la Ley de Instituciones de Crédito. Por lo tanto, si la parte accionante, es una sociedad financiera, cuya actividad comprende el otorgamiento de créditos y vinculada al sistema financiero mexicano; los ordenamientos jurídicos aplicables estas sociedades son la Ley de Instituciones de Crédito; y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en todo lo relativo a los medios e instrumentos de otorgamiento de créditos.

De las consideraciones hechas con anterioridad, se concluye que el contrato de crédito simple con interés y garantía hipotecaria es un acto de comercio, en términos de la fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio; por lo tanto, las controversias que deriven de la interpretación del mismo deberán tramitarse en un procedimiento mercantil; de conformidad con el artículo 1049 del Código de Comercio, independientemente que se trate de una relación personal garantizada con un gravamen real, pues ningún precepto jurídico prohíbe ejercitar las acciones correspondientes a la vía ordinaria mercantil; es decir, todas aquellas que en el clausurado financiero del documento base de la acción son de índole personal, como es la suerte principal, los intereses ordinarios y moratorios derivados del crédito, las primas de seguro, entre otras.

No obstante, la ejecución de la garantía hipotecaria es improcedente a través de la vía ordinaria mercantil, dado que hace referencia a la posesión del bien hipotecado, y esta cuestión tiende a hacer efectivo gravamen real, para lo cual, es necesario ejercitar la acción prevista en la legislación civil (la acción hipotecaria); al omitirse en los ordenamientos mercantiles regulación al respecto.

A pesar que el artículo 1055 Bis del Código de Comercio, adicionado a dicho ordenamiento el 13 de junio del 2003, el cual establece lo siguiente:

***“ARTICULO 1055 BIS. CUANDO EL CREDITO TENGA GARANTIA REAL, EL ACTOR, A SU ELECCIÓN, PODRA EJERCITAR SUS ACCIONES EN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL, ORDINARIO, ESPECIAL, SUMARIO HIPOTECARIO O EL QUE CORRESPONDA, DE ACUERDO A ESTE CÓDIGO, A LA LEGISLACION MERCANTIL O A LA LEGISLACION CIVIL APLICABLE, CONSERVANDO LA GARANTIA REAL Y SU PREFERENCIA EN EL PAGO, AUN CUANDO LOS BIENES GRAVADOS SE SEÑALEN PARA LA PRACTICA DE LA EJECUCION.”***

Este precepto legal faculta a la parte accionante a ejercitar sus pretensiones, a su elección, entre otras en la vía ordinaria mercantil, sin embargo, se precisa que aún cuando los bienes gravados se señalen para la ejecución se conserve la garantía real y su preferencia de pago, pero ello no autoriza a que la vía mercantil se deduzcan las acciones correspondientes a la hipoteca, pues en ese caso, dada la naturaleza de este gravamen real, es necesario acudir a la vía civil correspondiente (el juicio hipotecario), porque ese acto jurídico se encuentra excluido de las leyes mercantiles.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis Aislada que a la letra dice:

***(TA); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro X, Julio de 2012, Tomo 3; Pág. 1874***

***JUICIO ORDINARIO MERCANTIL. EN ÉL NO PUEDE ORDENARSE LA EJECUCIÓN DE UNA GARANTÍA HIPOTECARIA QUE AMPARE EL ADEUDO PRINCIPAL, AL NO ESTAR PREVISTA ESA FIGURA JURÍDICA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.***

***En el juicio ordinario mercantil no se prevé trámite alguno que permita al acreedor el ejercicio de los derechos de ejecución deducidos de una operación mercantil garantizada con hipoteca, en razón de que el artículo 1377 del Código de Comercio, sólo contempla la procedencia genérica del juicio mercantil ordinario, pero sin abarcar aspectos accesorios como la ejecución de una garantía que ampare el adeudo principal, ya que dispone: "Todas la contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario."; aunado a lo anterior, la figura jurídica de la "hipoteca" no está regulada en la legislación mercantil, sino que se rige por disposiciones del derecho civil, lo que imposibilita la aplicación supletoria de la***

*legislación civil que prevé dicha institución, ya que no está autorizada esa aplicación supletoria en materia mercantil respecto de figuras jurídicas que no están contempladas en el Código de Comercio, por lo que en el juicio ordinario mercantil no puede ordenarse la ejecución de la garantía establecida en el fundatorio de la acción.*

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO**

*Amparo directo 581/2011. HSBC México; Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero HSBC. 27 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco José Domínguez Ramírez. Secretario: Vicente de Jesús Peña Covarrubias.*

*Nota: La tesis que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, Tomo 2, junio de 2012, página 879, se publica nuevamente con la clave o número de identificación correcto.*

Otro aspecto importante de estudio versa sobre el documento base de la acción; puesto que cuando un crédito tenga una garantía real, como lo es la constitución de una hipoteca; la legislación mercantil prevé que la parte accionante, podrá ejercitar su acción a través de la vía que a su elección prefiera; ya sea civil o mercantil; tal y como dispone el artículo 1055 Bis del Código de Comercio. Sin embargo, el legislador es inconcuso en lo relativo al gravamen real; ya que los derechos personales son los que solamente pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído; y están constituidos por 3 elementos fundamentales: Sujeto activo o acreedor, sujeto pasivo o deudor y la prestación que podrá ser de dar, hacer o no hacer algo; y por otro lado, los derechos reales es una relación jurídica inmediata entre una persona y una cosa. La diferencia con los derechos reales radica en que estos ya no colocan en relación las personas con las cosas sino las personas con las personas, por esta razón tienen calidad de ser relativos ya que sólo pueden reclamarse de un individuo determinado (deudor), y por otro lado, los derechos reales es una relación jurídica inmediata entre una persona y una cosa. Si hacemos uso de dichas definiciones para determinar la naturaleza jurídica de la relación fuente de la controversia que se dilucida en el presente curso, es claro que el otorgamiento de un crédito, como en este caso lo hacen las instituciones financieras a los particulares es esencialmente de carácter personal, por tanto la

acción mercantil ordinaria o ejecutiva, no es jurídicamente apropiada para hacer efectiva la garantía hipotecaria -aún cuando el crédito esté garantizado a través de una hipoteca; ya que dicha garantía, al ser un contrato de naturaleza civil, deberá dilucidarse por medio de la acción civil hipotecaria, a través de la cual la ley otorga el derecho de hacer efectiva la garantía real que se hubiere pactado en el crédito de que se trate; por lo que la vía mercantil ordinaria es inadecuada para el cobro del crédito fundatorio; por lo tanto, resulta improcedente hacer ejecutar la garantía real pactada, por haberse ejercido una acción que versa sobre derechos personales y no reales.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis Aislada que a la letra dice:

**Registro No. 162587**

**Localización:**

**Novena Época**

**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**XXXIII, Marzo de 2011**

**Página: 2331**

**Tesis: III.1o.C.176 C**

**Tesis Aislada**

**Materia(s): Civil**

**GARANTÍA HIPOTECARIA. ES IMPROCEDENTE HACERLA EFECTIVA SI SE ELIGE LA VÍA MERCANTIL ORDINARIA, PARA EL COBRO DEL CRÉDITO FUNDATORIO DE AQUÉLLA, AL TRATARSE DE UNA ACCIÓN QUE VERSA SOBRE DERECHOS PERSONALES Y NO REALES (LEGISLACIÓN MERCANTIL).**

**Los artículos 1055 Bis, 1377 a 1390 del Código de Comercio y 68 de la Ley de Instituciones de Crédito facultan a las instituciones de crédito a elegir la vía por medio de la cual pueden reclamar el pago de sus créditos, como la ejecutiva mercantil, la ordinaria mercantil o la vía civil sumaria hipotecaria; por lo que en los dos primeros casos la acción mercantil ordinaria o ejecutiva son de naturaleza personal, y no real, y por ello, a través de éstas, no es jurídicamente posible hacer efectivo el gravamen hipotecario, a diferencia de la acción civil sumaria hipotecaria, a través de la cual la ley otorga el**

**derecho de hacer efectiva la garantía real que se hubiere pactado en el crédito de que se trate; por lo que al elegir la vía mercantil ordinaria para el cobro del crédito fundatorio resulta improcedente ordenar hacer efectiva la garantía real pactada, por haberse ejercido una acción que versa sobre derechos personales y no reales. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.**

**Amparo directo 392/2010. Banco Nacional de Crédito Rural, S.N.C., Institución de Banca de Desarrollo (en liquidación). 12 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretaria: Laura Icazbalceta Vargas.**

Es por ello que en la vía ordinaria mercantil es procedente dejar a salvo los derechos respecto a la ejecución de la garantía hipotecaria para que la parte accionante los ejercite a través de la vía adecuada.

2.3. Hipótesis de la improcedencia de la vía ejecutiva mercantil.

Atendiendo a la naturaleza de la acción intentada, el juicio ejecutivo mercantil se funda en títulos que traen aparejada ejecución, tal como se encuentra previsto por el artículo 1391 del Código de Comercio que preceptúa:

**“El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.**

**Traen aparejada ejecución:**

- I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348.**
- II. Los instrumentos públicos**
- III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288**
- IV. Los títulos de crédito**
- V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia**
- VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia.**
- VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor.**



**VIII. *Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.***

Los contratos de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, para esta situación en particular, deberán considerarse como instrumentos públicos (por lo que son susceptibles de ser sujetos a juicio ejecutivo, ello de conformidad con la fracción II del artículo 1391 del Código de Comercio); puesto que dicho documento se eleva a escritura pública, como requisito de validez del acto jurídico; tal y como lo dispone la legislación civil estatal; sin embargo, la constitución de la garantía hipotecaria que consigna en el mismo documento, desvirtúa la vía ejecutiva, puesto que la acción entablada a través de la vía ejecutiva mercantil es de naturaleza personal; por lo que solamente se busca el cumplimiento de la obligación principal; más no es posible exigir la venta del bien gravado, para que con el producto de dicha venta, se haga el pago respectivo al acreedor.

Por otra parte, en el juicio ejecutivo mercantil, implica primeramente la fase de ejecución (el embargo sobre bienes del deudor para garantizar de manera cautelar el pago de la obligación) y después la de conocimiento; ello es así debido a la existencia del título ejecutivo, que constituye en esencia una prueba preconstituida de la acción ejercitada; además de que se conforma dicho medio probatorio, porque en ella consigna con indubitabilidad una obligación de forma fehaciente, clara, exigible y líquida; es decir, que haya vencido el término para dar cumplimiento al adeudo y pueda ser requerida judicialmente y que dicha suma pueda ser determinada en pesos y centavos. Por lo que hace a la hipoteca; si se está en el caso de una obligación garantizada con una hipoteca; y el acreedor reclama el cumplimiento al deudor de dicha obligación, y éste a su vez responde con una negativa; previo procedimiento correspondiente y tras dictar sentencia condenatoria por parte de un órgano jurisdiccional competente, se ordenará remate y subasta pública del bien hipotecado, a fin de que con el producto de ello, se cubra la obligación.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis Aislada que a la letra dice:

*(TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; XII, Agosto de 1993; Pág. 600*

**VIA EJECUTIVA MERCANTIL, ES IMPROCEDENTE CUANDO LA ACCION SE FUNDA EN UN DOCUMENTO PUBLICO EN QUE SE CONSTITUYE UNA HIPOTECA.**

*Cuando se demanda el pago de una cierta cantidad, que deviene del reconocimiento de un adeudo, hecho en un documento público mercantil, en el que a la vez se constituyó una garantía hipotecaria, es improcedente la vía ejecutiva mercantil, pues si bien es verdad que el documento base de la acción es un instrumento público, y que conforme al artículo 1391, fracción II, del Código de Comercio, esta clase de documentos traen aparejada la ejecución, es decir, son títulos ejecutivos; sin embargo, no menos es verdad que al haberse constituido una garantía hipotecaria, tal documento no puede considerarse como un título ejecutivo, por ser contrario a la naturaleza propia de éste. En efecto, la vía ejecutiva mercantil está indicada para exigir el pago de un adeudo cierto y líquido, consignado de un documento de los establecidos en la disposición legal citada, adeudo que se asegura, decretándose, dentro del procedimiento, el embargo sobre bienes del deudor; en el caso, se constituyó previamente una garantía diversa, es decir, una hipoteca, en el documento mismo base de la acción, luego entonces, la tramitación de un procedimiento, en el que se exija al deudor el cumplimiento de una obligación de pago, haciendo efectiva una garantía hipotecaria, constituida en el mismo documento en que se acepta el adeudo, es contraria a las reglas que rigen el juicio ejecutivo mercantil, pues en éste se parte de un adeudo que se garantiza, posteriormente, decretándose el embargo sobre bienes del deudor.*

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO**

*Amparo directo 139/93. Mauricio Hernández Sepúlveda. 7 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.*

*Nota: Por ejecutoria de fecha 30 de octubre de 1996, la Primera Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 27/96 en que participó el presente criterio.*

Al tenor de lo antes descrito, la figura jurídica del embargo, presente durante la etapa de requerimiento en el juicio ejecutivo mercantil, al ser una entidad eminentemente procesal, y no una concepción jurídica que se enmarque dentro la institución jurídica de los derechos reales, esta debe tramitarse conforme a las formalidades que exige el procedimiento, las cuales, son enmarcadas y delimitadas por la vía procedimental elegida, y como se ha establecido con

antelación, con respecto a la parte actora, al entablar esta una controversia a través de una vía no idónea, no ha seguido apropiadamente las etapas procesales necesarias para la aplicación de dicha figura (en este caso el embargo) por lo tanto, es improcedente el establecimiento del mismo por parte de la juzgadora. A su vez, el embargo, al no ser un derecho real, sino una entidad jurídica de distinta índole, no otorga a la parte que solicite dicha medida el derecho de persecución y oponibilidad ante terceros que sí otorga la acción real correspondiente, como en éste caso es intención de la actora; por lo tanto; si un bien inmueble que tiene garantía hipotecaria es sujeto de embargo, el gravamen hipotecario subsiste, de manera que, aun cuando el acreedor logre la condena del acreditado respecto del derecho personal en la vía ejecutiva, como subsiste la garantía hipotecaria, es su deber intentar la vía civil hipotecaria para hacer efectivo dicho gravamen que permanece aunque se condene al acreditado en una vía cuya naturaleza jurídica no es la de perseguir la cosa, como lo es la vía ejecutiva mercantil.

Para apoyar el criterio argumentado con anterioridad, me sirvo de insertar la siguiente Tesis Aislada que a la letra dice:

***Quinta Época,***

***Registro: 358350,***

***Instancia: Tercera Sala,***

***Tesis Aislada,***

***Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XLIX Materia(s): Civil,***

***Tesis: Página: 589. Genealogía: Apéndice de 1917-1985,***

***Cuarta Parte, Tercera Sala, quinta tesis relacionada con la jurisprudencia 135, página 391.***

***EMBARGO, NATURALEZA DEL.***

***Las características más importantes del derecho real, son las siguientes: el poder directo e inmediato que confiere a su titular, sobre una cosa; el derecho de persecución, y el derecho de preferencia, cuando se trata, naturalmente, de los derechos reales que constituyen una garantía. Ahora bien, es indudable que el embargo no concede al embargante un poder directo e inmediato sobre la cosa embargada, sino que lo coloca bajo la guarda de un tercero y a disposición del Juez que conoce del juicio en que se***

*ordenó la providencia; lo que significa que la cosa embargada no se encuentra bajo el poder del embargante, sino bajo el de una autoridad judicial, que no puede considerarse siquiera como intermediario entre el embargante el que puede disponer del bien secuestrado; de ahí, que el embargo deba considerarse como una institución de carácter procesal y de naturaleza sui generis, cuyas características se relacionan con el depósito, según lo dispuesto por los artículos 2545 y 2546 del Código Civil de 1884, debiendo buscarse el origen de esta institución en lo que los romanos denominaban secuestro, y no en el pignus praetorium, o en el pignus ex iudicati causa captum, que constituían, en el derecho romano, casos de seguridad, o garantía real. Tampoco implica el embargo, el derecho de persecución, porque éste consiste en la facultad de obtener todas o parte de las ventajas de que es susceptible una cosa, reclamándola de cualquier poseedor, siguiendo un juicio en contra de un tercero o sea, deduciendo una acción que es correlativa del derecho de persecución por tanto, aun aceptando que el embargante pueda privar, en ciertos casos a un nuevo adquirente, de la cosa embargada, haciendo que ésta se remate y se le adjudique, el derecho de persecución lo adquiere desde el momento en que se convierte en adjudicatorio, es decir, en propietario; teniendo, entretanto sólo el derecho de hacer rematar la cosa por el Juez a cuya disposición se encuentra el bien embargado, derecho que emana estrictamente de la sentencia pronunciada en el juicio en que se ha ordenado el embargo y al cual corresponde la actio iudicati de que habla Chiovenda. Finalmente, el embargo, no otorga al embargante el derecho de preferencia, ni tampoco se adquiere tal prerrogativa, que es característica de los derechos reales de garantía, en virtud de su registro, pues el acreedor hipotecario no aumenta su preferencia, ni puede decir que tiene una nueva causa de ello, cuando embarga la cosa hipotecada mediante fijación de la cédula respectiva; en cambio, si el titular de una segunda hipoteca se subroga en los derechos del primer acreedor hipotecario, con relación a los demás acreedores, también hipotecarios, puede invocar, en lo sucesivo, dos causas, de preferencia, y en caso de que no existan otros acreedores, puede decirse no sólo que tiene dos causas, sino que su preferencia aumentó; lo que significa que el embargo en sí no constituye una causa de preferencia, o menos que se considere como tal, la prelación que se establece por el Código de Procedimientos Civiles, en el caso del reembargante; pero entonces, tendría que considerarse una tercera causa de preferencia al lado de las garantías y de los privilegios, con características especiales, y que no podría aplicarse sino al caso expresamente previsto por la ley, ya que las disposiciones que establecen la preferencia, implica una excepción a la regla general, según la cual, todos los acreedores deben sufrir proporcionalmente las disminuciones que resienta el patrimonio de su deudor; y así como en el caso de concurrencia de créditos preferentes, por causas de garantías reales o créditos privilegiados, el problema se resuelve dando la preferencia a estos últimos,*

*tendrá que concluirse en caso de concurrencia de créditos hipotecarios con créditos garantizados con embargo o reembargo, que la preferencia corresponde a los primeros; de todo lo que se deduce que el embargo no constituye un derecho real, dado que no reúne ninguna de las características más importantes que este derecho, confiere a su titular.*

*Amparo civil directo 1539/34. Junquera Rafael. 24 de julio de 1936. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis Bazdresch. La publicación no menciona el nombre del ponente.*

## CONCLUSIONES.

Las instituciones crediticias al otorgar un crédito que se garantiza a través de la constitución de una hipoteca, podrán optar distintas vías procesales para lograr el pago del crédito.

La vía ordinaria civil y ordinaria mercantil proceden cuando se intenta logra el cobro de un crédito que consigna en un documento que no trae aparejada ejecución y la vía ejecutiva mercantil procede cuando el cobro de un crédito consigna en un documento que trae aparejada ejecución.

En los casos mencionados con anterioridad no se hace efectivo el gravamen hipotecario, puesto que dichos caminos procesales tienen como única finalidad el reconocimiento de la obligación de carácter personal suscrita en el contrato base de la acción. Cada una de las vías procesales enunciadas posee su propio fundamento jurídico y una regulación propia, por lo que aunque dichas vías sirvan para cobrar un crédito adeudado, al estudiar las características propias de cada una de ellas.

Cuando se embarga un bien inmueble que tiene garantía hipotecaria, dicho gravamen subsiste, de manera que, aun cuando el acreedor logre la condena del acreditado respecto del derecho personal en la vía ordinaria o ejecutiva, como subsiste la garantía hipotecaria, es su deber intentar la vía civil hipotecaria para hacer efectivo dicho gravamen que permanece aunque se condene al acreditado en una vía cuya naturaleza jurídica no es la de perseguir la cosa, como lo son la vía ordinaria civil, mercantil o la vía ejecutiva mercantil.

La acción que pretenda ejercer el acreedor para recuperar el crédito dependerá de su elección y de lo que pretenda, por lo que si intenta ejecutar la garantía hipotecaria que se constituyó al otorgar el crédito entonces está obligado a ejercer la vía correspondiente (la vía hipotecaria civil); pero si la pretensión de la actora es lograr el pago a través de la ejecución de la garantía hipotecaria que reporta dicho bien, deberá acudir a la vía civil correspondiente.

Si el procedimiento elegido por la accionante se pronuncia únicamente sobre los derechos personales derivados del otorgamiento del crédito entre el acreedor y el deudor del contrato correspondiente, no es factible que a través de los mismos se haga efectivo el gravamen hipotecario, puesto que si se intentase ejecutar dicha garantía a través de la vía ordinaria, sea civil o mercantil; se contravendría el derecho fundamental a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque no estaría siguiendo lo establecido por el legislador, ya que la accionante violaría las formalidades y términos establecidos para cada clase de juicio.

Se concluye que la acción que la parte acreedora deba ejercer para recuperar un crédito derivado de la suscripción de un contrato dependerá de la finalidad que persiga; por lo que si se pretende hacer efectiva la garantía hipotecaria que se constituye al momento de otorgar el crédito, entonces está obligado a ejercer la vía correspondiente (la vía hipotecaria civil), y si lo que intenta es solamente lograr la condena de la parte acreditada en el contrato de crédito, es necesario que lo promueva a través de la vía ordinaria o ejecutiva civil o mercantil, según sea el caso; puesto que son vías que resultan procedentes para ejercer acciones de naturaleza personal.

## BIBLIOGRAFÍA:

- CARRASCO Soulé, Hugo Carlos, Derecho procesal civil, México D.F.; Editorial IURE, 1era edición, 2004.
- LEÓN Tovar, Soyla H. y GONZÁLEZ García, Hugo, Derecho mercantil, México D.F.; Editorial Oxford, 1era edición, 2007.
- LEÓN Tovar, Soyla H., Contratos mercantiles, México D.F.; Editorial Oxford, 1era edición, 2004.
- RUIZ TORRES, Humberto Enrique, Derecho Bancario, Oxford.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Títulos y Operaciones de Crédito, Oxford.
- TREJO GUERRERO, Gabino, Los Derechos Reales en Roma, SISTA.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes y personas, Porrúa.
- ROMBOLA, Néstor Darío, Diccionario Ruy Díaz de Ciencia Jurídicas y Sociales, Buenos Aires; Argentina, 5ta edición, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Porrúa.
- PÉREZ Fernández del Castillo, Pedro. Contratos civiles. 13 ava. Edición. PORRUA. México D.F.
- GARCÍA, Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 5 ta. Edición. Porrúa. México D.F.
- BONNECASE, Julien. Elementos de derecho civil, tomo 2. 3era reimpresión. Cárdenas Editores. México D.F.



- MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de derecho civil, tomo 1. 3 era. Edición. Porrúa. México D.F.
- DE PINA Vara, Rafael. Diccionario de derecho. 12 ava. Edición. Porrúa. México D.F.
- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 1 era. Edición. Porrúa. México D.F.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 1 era. Edición. Editorial Saturnino Calleja. Madrid, España.
- BORJA Soriano, Manuel. Teoría general de las obligaciones. 11 ava. Edición. Porrúa. México D.F.
- SÁNCHEZ Cordero-Dávila, Jorge. Derecho civil. 1 era. Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.
- SOTO, Álvarez, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil. 1 era. Edición. Limusa. México D.F.
- PINA Vara, Rafael. Derecho mercantil mexicano. 28 ava. Edición. Porrúa. México D.F.
- SANTOS Azuela, Héctor. Nociones de derecho positivo mexicano. 2 da. Edición. Alhambra. México D.F.
- GALINDO Garfias, Ignacio. Estudio de derecho civil. 1 era. Edición. Instituto de investigaciones jurídicas. México D.F.
- CHIOVENDA, Guiseppe, Curso de derecho procesal civil. 1 era. Edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México D.F.
- CASTILLO Lara, Eduardo. Procedimientos mercantiles. 1 era. Edición. Oxford. México D.F.

- CONTRERAS Vaca, Francisco José. Derecho procesal mercantil. 1 era. Edición. Oxford. México D.F.
- OVALLE Favela, José. Derecho procesal civil. 9 ena. Edición. Oxford. México D.F.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL:

CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

CÓDIGO DE COMERCIO.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; año 8, quinta época, número 233, del periodo julio-septiembre, año 1998.

Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS: [ius.scjn.gob.mx/](http://ius.scjn.gob.mx/)