

PRÓLOGO

Tratar sobre la hipoteca inversa, obliga una previa aclaración. La hipoteca es un derecho accesorio, por virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación. Por lo tanto, la estructura convencional o legal de la hipoteca, se determina por la del crédito que con ella se asegura.

El calificativo no es obra del autor, sino de la denominación con la que esta figura es tratada en la doctrina extranjera. El código de consumo francés (Code de la consommation) libro III, título I, capítulo IV, lo denomina Préstamo Vitalicio Hipotecario; la sección 255 del Acta Nacional de Vivienda (National Housing Act) en los Estados Unidos de América, la denomina Hipoteca de Conversión del valor Acumulado de la Vivienda (Home Equity Conversion Mortgage); en el Reino Unido, está regulada como Hipoteca Vitalicia (Lifetime Mortgage); en España de manera clara como Hipoteca Inversa (Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria). Sin embargo, en la literatura jurídica general y en el medio financiero, se conoce con el apelativo hipoteca inversa.

Inversa es el participio irregular del verbo invertir, el cual a su vez significa alterar, trastornar las cosas o el orden de ellas (*Diccionario de la Lengua Española*).

La aplicación del término a la hipoteca, evoca la diferencia entre su funcionamiento general y el de excepción. En virtud del primero, la hipoteca experimenta un decremento en el monto de la garantía, atendiendo la estructura del negocio jurídico garantizado. En el segundo, la obligación se incrementa con el transcurso del tiempo y la ejecución del contrato.

Por lo general, el monto de los contratos de mutuo, préstamo o crédito, se determina al momento de su celebración, no obstante la posibilidad del deudor de disponer en parcialidades de la suma principal dentro de un plazo fatal. Adicionalmente, se establecen una o varias amortizaciones para el pago de la deuda y en esta medida, el importe de la obligación garantizada va disminuyendo con el transcurso del tiempo.

En el caso de la garantía del contrato cuyo estudio nos ocupa, el proceso se revierte y al otorgarse el contrato de crédito, el deudor no dispone de la suma acreditada y podríamos decir, no debe nada. Sin embargo, la ejecución del contrato produce el inicio e incremento de la deuda, mediante la entrega de las ministraciones periódicas convenidas.

Así, en atención a la estructura del contrato de crédito garantizado, su importe se va incrementando con el transcurso del tiempo, sin obligación del acreditado de amortizarlo parcialmente, debiendo hacerlo al término del plazo.

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA INVERSA

El contrato de apertura de crédito se encuentra regulado por la LGTOC en el 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 cubrir oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.”

La operatividad de la garantía hipotecaria inversa, excluye la idoneidad de los contratos de mutuo y préstamo en la estructura del negocio jurídico objeto de seguridad.

Hemos precisado la diferencia esencial entre los contratos mencionados y el contrato de apertura de crédito, estableciendo respecto de este último:

“Es un contrato de naturaleza obligacional, consensual, que se perfecciona con el acuerdo de las partes (acreditante y acreditado). Produce la obligación del acreditante de conferir **crédito** al acreditado, el que se ejecuta por cualquiera de los siguientes medios: a) Poniendo a disposición del acreditado una suma de dinero, o b) Obligándose a contraer una obligación por cuenta del acreditado.”

Y en relación con los otros dos, afirmamos:

“A diferencia de lo que ocurre en los contratos de mutuo o de préstamo, en los que por el sólo efecto de los contratos se transfiere la propiedad de la suma de dinero objeto del contrato, en el contrato de apertura de crédito, el acreditado conviene una suma máxima de dinero para disponer total o parcialmente de él en la medida en que el negocio para el que fue contratado lo requiera, eliminando el costo financiero que implica su uso”.¹

Dentro de los elementos esenciales del contrato de crédito, se encuentra el consentimiento respecto al monto del crédito, forma de disposición y de amortización. Estos requisitos caracterizan al contrato garantizado con la hipoteca inversa en la legislación extranjera, en donde está concebido como vehículo legal para la obtención de recursos complementarios de la pensión de personas adultas mayores o en situación de dependencia. Y es precisamente este supuesto el elemento relevante y característico del negocio jurídico cuyo estudio realizamos en esta breve monografía.

Sin dirigir nuestra atención a la precisada finalidad, nada aportaría a los realizados con respecto a los contratos de hipoteca y crédito.²

En este sentido, nuestro estudio se refiere al contrato de apertura de crédito, simple o revolvente, con la finalidad específica de incrementar los ingresos de las personas adultas mayores o en situación de dependencia.

De aquí, la posibilidad de definirlo como el:

“contrato de apertura de crédito, simple o revolvente, por virtud del cual, el acreditante se obliga a poner a disposi-

¹ VISOSO DEL VALLE, Francisco José, *La Apertura de Crédito y sus Especies*, Porrúa, México, 2009.

² *La Hipoteca y La Apertura de Crédito y sus Especies*, Porrúa, México, 2007, 2009 respectivamente.

ción del acreditado, una suma determinada de dinero, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, con la finalidad de complementar los recursos necesarios para su subsistencia, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, dentro del plazo estipulado por las partes, el cual deberá transcurrir a partir del fallecimiento del acreditado.”

En términos simples, consiste en la conversión de un patrimonio inmobiliario en rentas periódicas, sin perder la propiedad ni el disfrute del inmueble hipotecado.

CAPÍTULO II

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA CONTRATAR

Tanto el contrato de apertura de crédito como la hipoteca se encuentran regulados por la ley, el primero en la LGTOC y el segundo en el cc. El marco normativo participa de naturaleza supletoria a la voluntad de los contratantes, en virtud de tratarse, en lo general, de disposiciones de carácter privado, que no afectan el interés público ni los derechos de terceros.

El simple acuerdo de voluntades, es fuente de derechos y obligaciones y cualquier persona es libre para contratar. Lo contrario es la excepción y por lo tanto debe estar previsto en la ley (artículos 6, 1792, 1793, 1798 y 1839 cc.).

No obstante, esta libertad sin cortapisas ha sido superada por la solidaridad social, característica de nuestro derecho civil actual. El principio prevaleciente del bien común sobre el particular, está presente en nuestro derecho y es garante del orden público.

Galindo Garfias³, refiriéndose al orden público, dice “que está constituido por: a) las leyes de derecho público; b) las disposiciones que regulan la organización de la familia y al estado y capacidad de las personas; c) las normas que tutelan los derechos de terceros; d) las normas que protegen a un contratante

³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, Porrúa, México, 1996, p. 17.

frente a otro, y e) en general, la moral y las buenas costumbres cuya violación configura la conducta ilícita. Establece por lo tanto, el marco normativo de la voluntad de los particulares, el cual se encuentra limitado por lo siguiente:

“a) Las cláusulas que estipulen no deben ser contrarias a la naturaleza del contrato, al orden público o a las buenas costumbres (Art. 1839); b) Las partes no pueden eximirse de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla (Art. 6°); c) Los derechos privados no pueden ser materia de renuncia si con ella se afectan el interés público o los derechos de tercero (Art. 6°), y d) Las personas no pueden usar o disponer de sus bienes o derechos en perjuicio de la colectividad (Art. 16).”

En este sentido Messineo⁴ establece como presupuesto del contrato a la institución jurídica de la propiedad privada y con ella enlaza idealmente el principio de libertad contractual. Debido a las numerosas restricciones legales al régimen contractual, el mencionado principio parece desvanecerse por lo cual es necesario reafirmar “un enunciado de evidente carácter general, la libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite, la excepción; y, por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente.”

Establece el autor en comentario, dos primeras limitaciones a la libertad contractual de los contratos nominados: primero, el respeto a “las normas legales imperativas del régimen contractual general y particular (esto es, el relativo a cada uno de los contratos) y las normas corporativas.”

Dentro de la clasificación de las cláusulas de los contratos, la limitación relativa a las normas legales

⁴ MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986 Tomo I, p. 15 y ss.

imperativas del régimen contractual general, las encontramos en la llamada teoría general del contrato, regulada por nuestro código civil en el libro cuarto, primera parte, título primero.

Las normas legales imperativas del régimen contractual particular, deben observarse en las cláusulas esenciales de los contratos, regulados como lo hemos precisado, en la LGTOC y cc respectivamente.

Las normas corporativas, hacen referencia a los ordenamientos de carácter administrativo, de observancia obligatoria para las instituciones reguladas, en particular las entidades financieras, contratos colectivos de trabajo etcétera.

Las limitaciones referidas, hacen referencia a las cláusulas esenciales de los contratos de apertura de crédito y de hipoteca, por ser contratos regulados en la ley. Sin embargo, la libertad contractual encuentra campo fértil en las cláusulas naturales y accidentales del contrato, con observancia de las referidas restricciones. Como lo veremos, el fin específico de los recursos acreditados, la periodicidad de las ministraciones, las excepciones en la disposición de los recursos, la fecha de pago, la capitalización de intereses etcétera.

Nuevamente, respecto de las limitaciones introducidas a la libertad contractual, Sánchez Medal,⁵ en referencia a la intervención del Estado en la formación y ejecución de diversos contratos, a través de leyes de moratorias en los pagos, las leyes protectoras de los inquilinos, las disposiciones para fijar precios máximos a los artículos de primera necesidad, la Ley Federal de Protección al Consumidor etcétera, afirma que no hicieron:

⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Porrúa. 14^a ed., México. 1995, p. 6.

“desaparecer la libertad contractual, sino que constituyeron sólo limitaciones a la misma y fueron las causas que originaron el llamado “dirigismo contractual” (Josserand), que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses puramente individuales, pero no de una manera total en esta materia, sino sólo a propósito de determinados contratos y con respecto a ciertos objetos.”

CAPÍTULO III

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

La ley establece como elementos esenciales del contrato, el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato. Es decir, un objeto digno de tutela.

CONSENTIMIENTO

De acuerdo con la estructura del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria inversa, resulta relevante la información y el conocimiento pleno de sus efectos jurídicos y económicos.

Por virtud de este contrato, el acreditado se encuentra facultado para disponer de una suma de dinero determinada, ya sea mediante una sola disposición o diversas ministraciones. Su finalidad específica, encuentra su génesis en la necesidad del acreditado de hacer frente a alguna eventualidad o bien, completar sus ingresos por la insuficiencia de su pensión o fondo de retiro.

El sujeto en el supuesto mencionado, no tendrá la capacidad de rembolsar las cantidades dispuestas al amparo del contrato, pues si los recursos acreditados tienen por objeto completar su gasto ordinario, resulta excluyente la disponibilidad de recursos excedentes para realizar pagos tanto por el principal como por los accesorios estipulados.

Y es precisamente esta estructura el origen inverso del contrato. De manera ordinaria, el acuerdo de vo-

luntades estará dirigido a disponer parcialmente de los recursos por el monto indispensable para hacer frente a las necesidades primordiales del acreditado. De esta forma, los accesorios se devengarán en menor cuantía por lo restringido de las disposiciones. Por otro lado, la cantidad acreditada se preservará por mayor plazo. De manera extraordinaria, podrá disponerse de la totalidad del crédito para hacer frente a alguna eventualidad (una grave enfermedad; la necesidad imperiosa de reparar la vivienda, un daño surgido de un evento inesperado etcétera).

Se presenta así una doble clasificación de este contrato. Es instantáneo porque su cumplimiento puede ejecutarse en un sólo acto al momento de su celebración, pero la estipulación de las partes transforma su naturaleza a la de tracto sucesivo. Durante la vida del contrato, la obligación a cargo del acreditante se traduce en pagar periódicamente una suma determinada de dinero a cuenta de la cantidad total acreditada, sin obligación del acreditado de realizar reembolsos. El vencimiento del plazo natural del contrato, se produce con la muerte del acreditado y el término para el pago se contará a partir de este acontecimiento.

Como el principal y sus accesorios, se pagarán en un plazo cuyo vencimiento habrá de contarse a partir del fallecimiento del acreditado, la obligación del pago correrá por cuenta del albacea en su sucesión y con cargo al haber hereditario.

Es de suponer un patrimonio relicto limitado. En la mayoría de los casos, constituido sólo con el inmueble hipotecado en garantía del cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, las consecuencias se develan a la vista de cualquiera. El acreedor deberá hacer efectiva la garantía mediante la enajenación del inmueble hipotecado y el cobro de su crédito, con el producto de la venta o bien mediante su adjudicación en pago.

Cualquiera la solución, los efectos no se producirán en el patrimonio del acreditado, sino en el de sus herederos, legítimos o testamentarios, quienes quedarán privados del caudal hereditario por el pago de las deudas del autor de la herencia.⁶

Por esta razón, el acreditado debe ser previamente asesorado por un tercero ajeno al contrato, con la finalidad de garantizar su imparcialidad y objetividad, quien deberá explicarle con sencillez y meridiana claridad, los efectos tanto jurídicos como especialmente los económicos. La especialidad de la materia financiera y su grado de dificultad, requieren conocimientos técnicos especiales y en algunos casos el dominio de materias como las matemáticas, cálculo, finanzas et- cétera, que escapa al conocimiento del hombre común. La falta de entendimiento vicia la voluntad y nubla el consentimiento, facultando la anulabilidad del contrato.

En países, en donde se encuentra regulada de manera específica esta modalidad de los contratos de crédito y garantía hipotecaria, se establece como requisito para contratar, estar asesorado por un agente autorizado por las autoridades correspondientes. En Estados Unidos de América, se establece la obligación del acreditado, de participar en una sesión de información al consumidor emitida por un consejero habilitado en el tema, quien deberá ser independiente del acreditante.

En España, las disposiciones regulatorias de la Hipoteca Inversa, establecen la misma obligación:

“En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2

⁶ El Art. 1288 c.c. establece: “A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división.”

que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”.⁷

Debido a la estructura del contrato, el monto del crédito se fija en atención al valor de la garantía. Sin embargo y lejos de lo que pudiera pensar el acreditado, el importe del principal nunca igualará el valor comercial o físico del inmueble, porque el acreedor deberá tomar en cuenta los accesorios y en su caso capitalizarlos, incrementando el importe total y consumiendo el valor de la garantía.

Bajo este esquema, si la garantía tiene un valor de 100 y el plazo del crédito es de 10 años, el acreditante deberá tomar en cuenta los intereses, comisiones y demás accesorios a producirse durante la vigencia del contrato para que, sumados al principal, no excedan del valor de la misma, pues en caso contrario difícil resultará su recuperación. Sin embargo, el acreditado pensará, si me han prestado 50 y mi inmueble vale 100, mis herederos podrán pagar 50 y aún así recibir un bien con un valor residual de 50.

Aconsejable por lo tanto, pero poco práctico, resultaría la intervención de los herederos en la celebración del contrato, sólo para hacerse sabedores y en su caso, evitar su impugnación al momento del cumplimiento. Decimos poco práctico, porque el acreditado puede va-

⁷ Disposición Adicional 1ª numeral 4 Ley41/2007 de 7 de diciembre.

riar sus herederos mediante el otorgamiento de un testamento o la revocación del vigente al momento de celebrar el contrato.

Por las consideraciones precisadas, resulta de especial importancia la asesoría especializada en la materia al acreditado. García Villegas⁸ propone la adición al artículo 51 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, para conceder a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros la regulación del régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa.

Por lo tanto, el consentimiento como requisito esencial del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria reversible, debe reunir las características necesarias para la celebración de cualquier otro contrato, ser expreso, libre, informado, pero en este caso en particular, la información debe proporcionarse de la manera que hemos indicado.

OBJETO

El objeto del contrato lo constituye una obligación de dar. Transmitir el acreedor, la propiedad de una suma determinada de dinero al acreditado, quedando éste obligado a restituirla con sus accesorios, al término del contrato.

Pero el objeto está precedido de la causa motivo o fin del contrato, el cual resulta de especial relevancia en este caso. Es deber del ser humano, agradecer a quienes le antecedieron y forjaron el desarrollo económico usufructuado por las generaciones futuras. Quienes aportaron las novedades tecnológicas de uso

⁸ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *Hipoteca Inversa*, Librería Porrúa. Colección de Temas Jurídicos en Breviarios. Número 61, 2011, p. 38.

cotidiano por la sociedad y en actual situación de dependencia, por tener recursos limitados debido a su imposibilidad física de generar nuevos ingresos, obligados a vivir del rendimiento de su patrimonio o de una pensión acumulada por los años trabajados. ¿Qué fin puede ser más digno de tutela que cuidar de estas personas, cuando se ubican en una situación vulnerable?

La finalidad del contrato de apertura de crédito en la modalidad que nos ocupa, es proveer a las personas necesitadas de un ingreso adicional, mediante la regulación de contratos viables para recuperar el valor invertido en sus viviendas, sin verse desposeídos de las mismas.

Por lo general, cuando iniciamos la etapa productiva de nuestra vida, nos esforzamos por constituir un patrimonio mediante la adquisición de una vivienda. De esta manera, garantizamos la seguridad de nuestras familias al contar con habitación digna y permanente. Para ello, acudimos en la mayoría de los casos a financiamiento, el cual cubrimos con el producto de nuestro trabajo. Al final de nuestras vidas, la situación se revierte. Tenemos un patrimonio inmobiliario, pero nuestros ingresos por lo general disminuyen. Como dicen, los ladrillos valen, pero no alimentan. La gente ya no contrata personas adultas mayores. La necesidad de atención médica se incrementa y los costos aumentan de manera desproporcionada a los rendimientos de los capitales y pensiones o fondos de retiro o de ahorros.

Si no contamos con un medio seguro, para revertir el proceso y obtener el valor rescatable de nuestras viviendas, sin perder el derecho para continuar ocupándolas, nos veremos arrojados a los tiburones. Agiotistas que se soban las manos en señal de avaricia, por los altísimos costos financieros de los préstamos concedidos a personas, usualmente rechazadas por las instituciones financieras, por no contar con el flujo de ingreso necesario para la viabilidad del crédito.

La imposibilidad de pagar el préstamo, se convierte prácticamente en la entrega de su vivienda al agiotista en plazo sumamente breve. El acreditado pierde su patrimonio sin valor residual alguno.

En cambio, la estructura del contrato de crédito con esta finalidad específica, permite asegurar la vivienda durante la vida del acreditado e incluso de su beneficiario y un ingreso adicional para solventar sus necesidades económicas.

En atención a lo anterior, el objeto característico de esta modalidad del contrato de apertura de crédito, no se agota con la prestación a cargo del acreditante, quien se obliga a transmitir la titularidad de una suma de dinero al acreditado, sino por quedar sujeta la obligación de reembolso a un plazo, el cual deberá contarse a partir de un hecho futuro, de realización cierta pero de fecha indeterminada: la muerte del acreditado o en su caso, de su beneficiario.

De tal manera, el objeto de la obligación considerado en la persona del deudor, consiste en el deber de restituir el importe del numerario dispuesto al amparo del crédito concedido, con los accesorios (comisiones, intereses y demás prestaciones) estipulados a su cargo. Esta obligación, cuyo cumplimiento deberá realizarse con posterioridad al fallecimiento del acreditado, constituirá una deuda de la herencia.

Se desprenden de lo anterior, dos elementos característicos de esta modalidad:

a. La obligación del acreditante de enterar al acreditado una suma de dinero periódica, previamente establecida y con cargo al crédito concedido en el contrato y hasta por la suma convenida. El importe del crédito, salvo excepción, no se entrega en una sola exhibición.

b. La obligación del albacea en la sucesión del acreditado, de cubrir el importe del crédito dispuesto, con sus accesorios, en el plazo estipulado en el contrato.

La garantía constituida para la seguridad del cumplimiento de la obligación, revela en este esquema, su verdadera naturaleza jurídica.

Sus elementos esenciales están claramente establecidos en la ley, por ser un contrato nominado. El consentimiento debe ser expreso, por quien tenga la libre disposición de sus bienes, porque sólo quien puede enajenar puede hipotecar; público, porque sólo la hipoteca de todos conocida, supera la limitación establecida por el principio de relatividad de los contratos; especial, porque la hipoteca sólo garantiza la obligación para cuya seguridad se constituye; indivisible en su doble aspecto, el bien objeto de la garantía y la obligación asegurada.

El objeto se traduce en la obligación del deudor hipotecario, de responder por el cumplimiento de la obligación con el valor del bien asegurado, en el grado de preferencia y con la prelación establecida en la ley. El bien no se entrega al acreedor, lo conserva el deudor. Esta relación jurídica, considerada en su aspecto positivo, crea para el acreedor el derecho a ser pagado con el valor del bien hipotecado, de manera preferente a cualquier otro acreedor (si ha quedado registrada en primer lugar), con las salvedades de los créditos singularmente privilegiados y preferentes establecidos en la legislación.

Es así como la garantía real hipotecaria parece haber desvirtuado su naturaleza de derecho real, para comprenderse exclusivamente en su aspecto adjetivo. El deudor frente a sus acreedores tiene una sola obligación, responder con todo su patrimonio embargable (art. 2964 cc). Pero los acreedores entre sí, pueden contar con privilegios legales o convencionales. Estos privilegios constituyen la prelación en el pago de sus créditos (art. 2980 cc). Esta preferencia deberán ejercerla judicialmente en caso de controversia. Así, dedu-

timos la naturaleza privilegiada de la acción hipotecaria, con prelación en el cobro del crédito con ella asegurado, con absoluta independencia de la naturaleza jurídica sustantiva de la hipoteca. En palabras de Carnelutti, “una cualidad procesal, no material del crédito, o más concretamente, un derecho procesal, no sustancial del acreedor”.⁹

La diferencia esencial, se produce en la inoponibilidad del deudor, frente al común de sus acreedores, de pagar a uno o a otro por los privilegios determinados a favor de acreditantes específicos. El deudor tiene la obligación de pagar a sus acreedores con la totalidad de su patrimonio embargable. Incluso los acreedores entre sí, no tienen derechos si el correlativo es la obligación, porque un acreedor privilegiado no puede exigir de un acreedor común prestación alguna. Es frente al Estado, personificado por el juzgador en el procedimiento concursal correspondiente, ante quien se deberá hacer valer el privilegio, la preferencia en el pago del crédito correspondiente. Es precisamente este privilegio el que constituye el objeto de la garantía hipotecaria.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Vol. I, p. 465.

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO

Las especiales características del consentimiento, aunadas a la peculiar estructura de esta modalidad del contrato, obligan a reflexionar sobre sus elementos personales.

Su finalidad asistencial lo aleja de su regulación general y obliga a considerar disposiciones especiales. De acuerdo con la división de las normas y de las instituciones legales, podríamos considerarla una figura de derecho social. La vulnerable situación de quienes requieren de este tipo de créditos, exige la especial protección del Estado, de manera preventiva y no sólo correctiva. Por esta razón, los contratos deben ser previamente calificados y aprobados por la autoridad para evitar abusos.

Sin menoscabar la libertad contractual, consideramos pertinente limitar su celebración a los acreditantes sujetos a la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y por lo tanto, a las instituciones de crédito autorizadas para operar en el país, mediante contratos de adhesión previamente inscritos en el Registro de Contratos de Adhesión de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

La previa revisión, calificación e inscripción del contrato en el mencionado registro y la vigilancia a que están sujetas las instituciones de crédito, permitirán

evitar abusos en perjuicio de los acreditados. Sin embargo, consideramos insuficiente la regulación actual, debido a la naturaleza social del contrato en la especie que nos ocupa. Conveniente resultaría legislar de manera específica sobre esta figura, como ha sucedido en la legislación extranjera (Francia, España, Canadá etcétera).

En cuanto a los acreditados se refiere, sus especiales características derivan de la estructura del contrato, principalmente su reversibilidad y su término. De su estructura, hemos establecido su especial finalidad: asistir a personas mayores coadyuvando a la satisfacción de sus necesidades económicas, mediante recursos complementarios a sus escasos ingresos, quedando asegurada su necesidad de vivienda. Íntimamente ligada a su finalidad, el término del contrato debe sujetarse al fallecimiento del acreditado o acreditados o beneficiarios.

La viabilidad del esquema financiero partirá de supuestos especiales y por lo tanto, diferentes al esquema habitual de los créditos bancarios, pero al final, deberá resultar en la recuperación de las sumas dispuestas al amparo del crédito, con sus accesorios.

Estos créditos no se otorgan en base al flujo de ingreso del acreditado y por lo tanto, su capacidad de pago, sino al valor de la garantía y el plazo de supervivencia del deudor o en su caso, de los deudores o beneficiarios. De aquí la importancia de considerar idóneos, sólo a quienes tienen una expectativa de vida igual o similar, al plazo durante el cual se agotará el crédito, adicionado con sus accesorios.

En los Estados Unidos de América, la edad es de 62 años; España, exige 65 años y Alemania 60. Como podemos observar, la edad del acreditado está determinada en su legislación de acuerdo a la expectativa de vida del país y por las razones anotadas en el párrafo precedente.

El esquema contractual está basado en la recuperación del flujo, a través de la conversión líquida del patrimonio inmobiliario del acreditado. Así como en la estructura ordinaria del contrato de crédito el ingreso del acreditado es esencial para el pago de la deuda, en el caso a estudio el valor del inmueble hipotecado y su apreciación por el transcurso del tiempo, son factores determinantes de la viabilidad del crédito.

La seguridad en la conservación de la habitación del deudor, estableciendo el plazo del pago de la deuda a partir de su fallecimiento, desestima cualquier otra figura jurídica por virtud de la cual puede el necesitado, obtener recursos con garantía del inmueble de su propiedad, la cual no queda comprometida.

El deudor no transmite la propiedad de su residencia. A su fallecimiento, sus herederos tienen la opción de liberarla mediante el pago de la deuda acumulada hasta ese momento o abandonarla para ser ejecutada en satisfacción del crédito.

Por esta razón las características del acreditado resultan determinantes. La expectativa de vida determinará el número de ministraciones del crédito y por lo tanto su importe. También permitirá proyectar el importe de los intereses a devengarse por el plazo del contrato y finalmente, el importe total del adeudo en relación con el valor de la garantía.

Salta a la vista lo aleatorio del contrato, porque la viabilidad del crédito está basada en cálculos actuariales que parten de acontecimientos de realización incierta y por ende de gran riesgo tanto para el acreditante como del acreditado.

Si la garantía se deprecia, el acreditante corre el riesgo de no recuperar la totalidad de su crédito. Si el acreditado sobrevive las expectativas consideradas al celebrar el contrato, se agotará el capital y se generarán más intereses consumiendo no sólo el valor de la

garantía, sino cualquier otro activo patrimonial del deudor, en estricto apego al principio consagrado en el artículo 2964 del c.c. Adicionalmente, dejará de percibir el ingreso extra representado por las ministraciones del crédito.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO

Hemos sugerido la intervención única de las instituciones de crédito en el otorgamiento de los contratos cuyo estudio nos ocupa, resaltando la importancia de su supervisión por parte de las autoridades financieras del país, mediante contratos de adhesión previamente revisados, calificados y registrados por la CONDUSEF.

En consecuencia, serán aplicables a los referidos contratos las disposiciones de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, la cual en su artículo 11 regula los contratos de este tipo, remitiendo a las disposiciones de carácter general emitidas por la CONDUSEF.

De las citadas disposiciones, destacamos para los efectos de nuestro estudio, la necesidad de celebrar el contrato por escrito, mediante formatos que faciliten la lectura y comprensión de su contenido obligacional y la utilización de una carátula para los contratos que facilite su lectura, comprensión y comparación, comprendiendo los elementos esenciales de la operación, tasas, comisiones y penalidades para el cliente y supuestos de aplicación, CAT, etcétera.

La CONDUSEF, de conformidad con la ley de la materia, podrá señalar los tipos de contratos de adhesión que documenten las operaciones o servicios que celebren las Entidades Financieras, que requieran autorización previa de la citada Comisión. En el caso a estu-

dio, consideramos incluyente el contrato de adhesión del crédito con garantía hipotecaria reversible.

La previa autorización del contrato, permitirá la revisión y calificación de los elementos esenciales, brindando la tutela requerida por la especial situación vulnerable de los acreditados en el tipo contractual en estudio.

Como documento privado, el contrato de adhesión celebrado en el territorio nacional, deberá estar escrito en idioma español y contener la firma o huella digital del cliente o su consentimiento expreso por los medios electrónicos que al efecto se hayan pactado.

En ejercicio de la facultad conferida a la CONDUSEF, ésta emitió la disposición única aplicable a las Entidades Financieras, publicada en el DOF el día 19 de agosto del 2010, de la que resultan destacables las relativas a los contratos de adhesión.

En las disposiciones, el contrato se define como el:

“documento elaborado unilateralmente por las Entidades Financieras para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones pasivas, activas o de servicios que lleven a cabo con los Usuarios, en el entendido de que éstos últimos no podrán negociar dichos términos y condiciones.”

Las disposiciones son aplicable a contratos de adhesión que documenten créditos hasta por la suma de 900,000 udis. Sin embargo sugerimos la reforma correspondiente, para hacerla aplicable a los contratos de crédito con garantía hipotecaria inversa con independencia del monto acreditado.

De conformidad con el artículo 5 de las citadas disposiciones, el contrato de adhesión debe comprender de manera general, el objeto, los sujetos, comisiones y tasas de interés, vigencia, modificaciones, terminación y los servicios de atención al usuario. De manera par-

ticular, el artículo 6 refiere formalidades a cumplir, el 7 regula la carátula del contrato de adhesión y el 8 regula la domiciliación de los pagos. Recomendamos su estudio detallado, el cual excede la extensión del presente ensayo.

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS MATERIALES DEL CONTRATO

Dos son los elementos materiales del contrato, el primero corresponde a la prestación a cargo del acreditante y lo constituye una suma determinada de dinero; el otro, atañe a la garantía constituida en cumplimiento de la obligación y a cargo del acreditado.

Con relación a la primera, deberemos precisar si en el importe del crédito conferido se incluyen las prestaciones, gastos, comisiones e intereses convenidos por las partes. En el caso de no manifestarse de manera expresa el convenio de las partes, de conformidad con la ley (art. 292 LGTOC), se entenderán comprendidos dentro del importe del crédito.

Esta presunción resulta aplicable al caso en estudio, porque con independencia de las cantidades efectivamente dispuestas al amparo del crédito, el acreditado lo contrata por una suma determinada y naturalmente, conviene previamente el importe de los intereses, ordinarios y moratorios, premios, gastos y comisiones.

No obstante, esta estructura contractual resulta inviable en la presente modalidad crediticia. Como lo precisamos, el término del plazo del crédito, es una fecha cierta en cuanto ha de llegar, pero indeterminada porque no puede precisarse el momento de su actualización.

Por lo tanto, si se calculan los intereses para incluirse en cada disposición del crédito desde el mo-

mento de determinar la suma total del mismo, se incluirían los del capital no dispuesto y por períodos que probablemente no habrán de consumarse. Además, resulta previsible la diversidad de tasas, de acuerdo con la fecha de las distintas disposiciones parciales del crédito. La tasa puede convenirse determinable más no determinada. Por ejemplo, puede estipularse una tasa igual a la que resulte de adicionar dos puntos a la tasa de interés interbancaria de equilibrio (TIIE).

De esta forma, la tasa de interés es determinable de acuerdo con la TIIE vigente al momento de la disposición del crédito, más no al momento de la celebración del contrato, por lo que resultará imposible calcular el monto de los intereses durante la totalidad del plazo.

Una de las diferencias esenciales entre el mutuo, el préstamo y el crédito, es precisamente el momento en el cual se transfiere la propiedad del objeto material del contrato. En el contrato de apertura de crédito, su celebración obliga al acreditante a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, pero como aún no se transfiere su propiedad sino hasta que el acreditado efectivamente disponga de la misma, los intereses no se generan. Una vez dispuesta la suma acreditada, total o parcialmente, los intereses del crédito se generarán sobre las cantidades efectivamente recibidas por el deudor. El plazo de su reembolso, correrá a partir de la fecha del fallecimiento del sujeto pasivo o de su o sus beneficiarios, razón por la cual no es posible calcular previamente los intereses del crédito, porque ni la fecha de partida del plazo ni su término se conocen.

Será necesario entonces, establecer el importe máximo del crédito y de manera expresa, la obligación del acreditado de cubrir las prestaciones anunciadas de manera adicional al principal.

Esto obliga una relevante estipulación en el contrato, la referente a la tasa de interés y si estos habrán de cubrirse por periodos determinados y con antelación al pago del capital o bien, si deberán cubrirse de manera conjunta con aquél.

Reiteramos, la finalidad de la modalidad crediticia en estudio y la especial situación de los sujetos a quienes va dirigida, fuerzan la segunda opción. Los intereses deberán ser pagados conjuntamente con el principal dispuesto al amparo del crédito.

Desde luego, sin perjuicio del derecho del deudor de pagar anticipadamente la deuda, por aplicación de la presunción legal por virtud de la cual, la caducidad del plazo opera por la potestad del obligado al pago (art. 1958 c.c.).

Y es aquí en donde se presenta una situación peculiar. Aunque en materia mercantil es factible el pacto por virtud del cual los intereses devengados se capitalicen y produzcan nuevos intereses, habrán de determinarse los periodos en los cuales se produzca dicha capitalización.

Relevante resulta la calificación del contrato. Si consideramos la naturaleza civil, el pacto de capitalización de los intereses sólo se permite una vez generados estos¹⁰. Sin embargo, por ser un contrato regulado por la LGTOC y celebrado por una institución de crédito, su naturaleza mercantil nos permite aplicar de manera integral la legislación de la materia y por lo tanto, pactar desde el inicio del contrato la capitalización de los intereses, comisiones y demás gastos del contrato, como pueden ser primas de seguros entre otros.¹¹

¹⁰ El artículo 2397 c.c. establece “Las partes no pueden bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”

¹¹ El artículo 363 c.co. establece “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.”

La autorización legal de capitalizar los intereses, permite al deudor diferir su pago y al acreedor cobrar intereses sobre dichas sumas. Por ello, es necesario el pacto previo del costo del dinero para el deudor, mediante la determinación de la tasa aplicable a determinado período o períodos, a cuyo término deberán liquidarse los intereses y adicionarse al capital. A partir de ese momento, las sumas adicionadas generarán intereses de manera conjunta con el principal del crédito.

Surgen entonces dos situaciones, el plazo de la prescripción del derecho de cobro de los intereses y la preferencia de su cobro frente a otros acreedores del deudor.

El plazo de la prescripción de la acción de cobro de los intereses, comienza a contarse a partir de que la misma puede ejercitarse. Por lo tanto, en el contrato de crédito deberá precisarse la o las fechas de satisfacción de los intereses por los períodos transcurridos con antelación a las mismas. Así por ejemplo, podrá establecerse la obligación del acreditado de cubrir los intereses devengados por períodos de tres meses, contados a partir de la celebración del contrato. Concluido el período, comienza a correr el plazo para el cumplimiento de la obligación, nace la acción de cobro y por lo tanto, empieza a correr el plazo para la prescripción (art. 1040 c.co.).

Sin embargo, si precede el pacto de capitalizar los intereses, deberá convenirse un plazo para cubrir su monto, con la presunción convencional de capitalizarlos si al término no son satisfechos. En este caso, la prescripción se interrumpe por la renovación del plazo para su pago (art. 1041 c.co.).

Para surtir efectos frente a cualquier otro acreedor del mismo deudor, el pacto deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar en donde se encuentre ubicada la garantía hipotecaria.

La ley exige tres requisitos en la prelación para el cobro de los intereses generados por el crédito (art. 2915 c.c.):

a. Pacto expreso de los contratantes, para extender la garantía hipotecaria al pago de los intereses generados por el principal, aún por más de tres años.

b. El plazo de la garantía, no debe exceder el de la prescripción legal de los intereses.

c. Anotación en el Registro Público de la Propiedad.

El crédito se otorga por un plazo cierto pero indeterminado, como lo hemos precisado. Durante la vigencia del crédito y hasta verificarse el pago, se devengarán intereses. Si la expectativa de vida del acreditado es de 20 años, el crédito devengará intereses por dicho período. Por lo tanto, las partes deberán cumplir con la exigencia legal y convenir la extensión de la garantía del pago de los intereses que devengará el principal del crédito durante su vigencia.

Ahora bien, ¿si las partes no convienen expresamente esta disposición, pero los intereses se capitalizan por períodos inferiores a este plazo, adquieren prelación para su pago?

Los intereses protegidos con la misma prelación del crédito, serán los generados durante los tres primeros años del crédito, contados a partir de la celebración del contrato. Por lo tanto, aquellos que se generen con posterioridad a dicho plazo, sólo estarán garantizados con la misma prelación si no se perjudican derechos de terceros, al momento de capitalizarlos.

La disposición legal, limita la convención al plazo de la prescripción -al limitar la garantía del pago preferente de los intereses, a los que se devenguen durante el plazo máximo de la misma.

El crédito devenga intereses y se encuentra garantizado con hipoteca. La garantía asegura la recuperación de las cantidades dispuestas al amparo del crédito.

to y sus accesorios con el grado de prelación establecido en la ley. El pago de los intereses devengados por el crédito durante los tres primeros años de su vigencia, se encuentra garantizado aún ante el silencio de las partes. Los intereses devengados durante el período sucesivo de vigencia del crédito, podrán contar con la misma prelación de cobro, si se conviene así expresamente. El plazo adicional será el mismo de la prescripción negativa.

Aunque la disposición restrictiva es de naturaleza civil, la referencia al plazo de la prescripción, debe interpretarse de conformidad con la naturaleza jurídica del contrato principal cuyo cumplimiento garantiza la hipoteca. Por lo tanto, al ser la apertura de crédito un contrato mercantil, deberán aplicarse las disposiciones correspondientes a la prescripción de los actos de comercio.

El c.co. regula de manera completa la prescripción en el Título Segundo del Libro Cuarto, en sus artículos 1038 al 1048. Estas disposiciones son aplicables al contrato de apertura de crédito en los términos del artículo 2º fracción II de la LGTOC. Las disposiciones citadas, no contienen regla especial o plazo específico para la prescripción negativa del cobro de los intereses devengados por un crédito, de donde se surte en la especie, la aplicación de la norma general del plazo de 10 años para la prescripción negativa de la acción para el cobro de los intereses devengados por el crédito (art. 1047 c.co.).

¿Qué sucederá entonces con los intereses devengados por el plazo contado a partir del año 10 de vigencia del crédito? Aún con el pacto de las partes, su pago no estará garantizado con la prelación conferida por la garantía real hipotecaria.

La especial naturaleza jurídica de la modalidad del contrato cuyo estudio nos ocupa, nos permite sugerir

una adición legislativa a la norma en comento, a fin de aceptar como excepción a la limitación, el pago preferente de los intereses devengados por este tipo de créditos durante todo el plazo de su vigencia y hasta su total solución.

La disposición no afecta derechos de terceros, porque desde el momento de adquirirlos, estarán enterados del preferente pago del crédito inverso y sus accesorios durante todo el plazo de duración.

El segundo elemento material del contrato, lo constituye el bien inmueble objeto de la garantía. Con relación al mismo, será relevante considerar lo siguiente:

a. *El acreditado deberá tener la libre disposición del bien.* Esto implica la ausencia de gravámenes constituidos con mejor prelación o grado.

Si bien es cierto, la hipoteca no constituye un acto dominical sobre la finca objeto del gravamen, no menos cierto es que éste resulta un acto dispositivo.¹² El

¹² La doctrina distingue los actos jurídicos de acuerdo con sus efectos. Así, trata de los actos de dominio, de administración, administración extraordinaria etcétera. Con respecto a los primeros, distingue entre los actos de dominio en sentido estricto y los actos obligacionales o dispositivos. En los primeros, agrupa todos aquellos actos traslativos del dominio y en los dispositivos, actos preparatorios a la enajenación o probable enajenación mediante la constitución de gravámenes. De acuerdo con el Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor, S.A. Barcelona, España, existen dos vertientes que han explicado el concepto de *actos de disposición*. El primero explica: "Frente a los actos dispositivos opone esta dirección los por ella denominados actos obligatorios, que son aquellos que no producen una pérdida inmediata de derecho, sino que tan sólo se limitan a prepararla, esto es, a imponer sobre el patrimonio de su titular la obligación de transmitir o gravar su derecho. ... incluye esta dirección como principales especies de *actos de disposición*, la enajenación, el gravamen y la renuncia.. si tomamos como ejemplo de gravamen la prenda, el acto mediante el cual el acreedor y deudor acuerdan constituir este tipo de gravamen no será más que un acto obligatorio, siendo la efectiva constitución de la prenda el verdadero acto

deudor hipotecario, vincula el bien hipotecado al pago de la deuda y el vínculo (gravamen) subsiste aunque el dominio se transfiera. Por esta razón, sólo los que pueden enajenar el bien lo pueden hipotecar y sólo se pueden hipotecar los bienes que se pueden enajenar (art 2906 c.c.).

Por lo tanto, si el bien fue adquirido por el acreditado, casado bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal, deberá observarse lo dispuesto por el artículo 194 c.c., conforme al cual el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal.

La citada disposición no exige la conformidad de los cónyuges para hipotecar el bien común, sin embargo en aplicación estricta de la norma 2906 c.c., si el propietario no puede enajenar sin la conformidad de su cónyuge y sólo los que pueden enajenar pueden hipotecar, se actualiza en la especie como requisito de legitimación para hipotecar, el mismo consentimiento.

Pero he aquí una observación relevante. ¿Qué sucede, cuando el solicitante del crédito no cuenta con el consentimiento del cónyuge, por abandono del hogar conyugal?

En un caso judicial de reciente resolución, sorprendió la solución al citado problema. Sucede que necesitados de recursos, dos personas mayores a

dispositivo, el verdadero acto de gravamen y tomando siempre en consideración que algunos actos dispositivos van precedidos del correspondiente acto obligatorio, mientras que otros se producen sin necesidad de tal preparación.. La otra dirección científica. Se ha afirmado que los *actos de disposición* están constituidos por las enajenaciones propiamente dichas, es decir, por las ventas, cambios, donaciones, aportaciones a una sociedad, y por aquellos otros actos, como la hipoteca y la servidumbre, que comprometen definitivamente el porvenir, mientras que los actos de administración tienen como principal carácter el de no comprometer el provenir, sino por un tiempo corto y ser, por consiguiente, frecuentemente renovables.”

quienes las instituciones de banca múltiple niegan el crédito, debido a la imposibilidad de cumplimiento por la carencia de ingresos de los solicitantes, acuden ante un agiotista quien les exige la garantía real hipotecaria sobre el inmueble que constituye su habitación.

Pasa algún tiempo y el cónyuge abandona el hogar conyugal, dejando a su esposa desamparada e incurre en incumplimiento en el pago del crédito. Como el acreedor demanda judicialmente el pago y la cónyuge carece de recursos para cubrir el adeudo, viendo la posibilidad de salvar parte del valor del inmueble hipotecado, conviene con el acreedor su transmisión en pago de la deuda, recibiendo de éste un pago por el valor rescatable del mismo.

Sin embargo, conforme al artículo 194 citado, requiere el consentimiento de su cónyuge para disponer del bien común, sólo que éste no es localizado.

Sorprendentemente, la deudora, debemos decir el abogado de la deudora y de manera inexplicable la Juez del conocimiento de la causa, encuentran en la representación común procesal prevista por el artículo 53 del cpc, la solución al caso.

La citada norma hace referencia al litis consorcio necesario y establece que siempre que dos o más personas ejerzan una misma acción u opongan la misma excepción, deberán litigar unidas y bajo una misma representación. Esta representación tiene la naturaleza de un mandato judicial, es decir, está limitado exclusivamente a actos de naturaleza procesal para la continuación del juicio. Supone la designación de los litigantes de común acuerdo. En este entendido, el representante tendrá las facultades que los litigantes convengan.

Sin embargo, en el caso comentado, la cónyuge compareció por su propio derecho al juicio y su cónyuge se constituyó en rebeldía, al no atender el llamado

judicial. Por lo tanto, la Juez designó a la cónyuge compareciente, a solicitud de ésta, representante común de los demandados.

A pesar de que la citada norma, establece de manera clara que el representante común así designado, carece de las facultades de desistirse, transigir y comprometer en árbitros, aprueba la transacción del actor con la codemandada y la autoriza para, con el carácter de representante común, enajenar el bien de la misma especie, transmitiéndolo en pago al acreedor.

Naturalmente, el Notario ante quien acude a formalizar la transmisión del dominio, considera insuficiente la representación procesal para realizar el acto dominical.

Sin embargo, la solución se encontraba en la misma autorización judicial, pero de conformidad con el artículo 206 bis del c.c., por virtud de la cual se podría haber legitimado a la cónyuge para transmitir el dominio. La citada norma establece:

“Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo ni en parte los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial.”

Si el cónyuge abandonado puede legitimarse para enajenar el inmueble, podrá también solicitar la autorización para hipotecarlo. La habitación forma parte del concepto de los alimentos (art. 308 c.c.). Ante la carencia de recursos para solventar los alimentos, bien puede la cónyuge abandonada acreditar los supuestos de la norma invocada (art. 206 bis c.c.), y obtener la autorización judicial para constituir garantía hipotecaria en seguridad del cumplimiento del crédito inverso cuya finalidad será obtener los ingresos necesarios para hacer frente a dicha necesidad, sin el ries-

go de colocarse en manos de agiotistas sin escrúpulos que la despojarán de su habitación en breve plazo.

Otra limitación a la libre disposición del bien, la constituye la copropiedad. De acuerdo con nuestro derecho, el copropietario podrá disponer de la parte alícuota que le corresponde en el bien, sin afectar el derecho de sus copropietarios (art. 950, 2902 c.c..)

Consideramos muy poco probable el interés de alguna institución de crédito, para aceptar la constitución de garantía hipotecaria sobre la parte alícuota de una finca, en tanto su enajenación será más complicada que la de un inmueble cuyo dominio corresponda de modo exclusivo al acreditado.

En primer lugar en caso de venta, en la copropiedad será necesaria la previa notificación a los copropietarios para el ejercicio del derecho del tanto que la ley les confiere (950, 973 c.c.). En segundo término, todos los copropietarios tienen el derecho a servirse de la cosa común, por lo cual al ejecutarse la garantía, será muy difícil lograr la desposesión del copropietario y la entrega de la cosa al adjudicatario.

Cabe sin embargo una consideración. Cuando ambos copropietarios son acreditados, por ejemplo en el caso de cónyuges. Aún casados bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, es factible que el inmueble objeto de la garantía hubiera sido adquirido por ambos en copropiedad. En este caso, encontrándose ambos en los supuestos de procedencia del crédito inverso, podría constituirse la garantía sobre el inmueble constitutivo de su habitación y el plazo del contrato sujetarlo al fallecimiento del último de los acreditados.

b. *Ausencia de gravámenes y limitaciones de dominio.* El plazo del contrato y por lo tanto, la ejecución de la garantía están ligados al fallecimiento del acredi-

tado. En consecuencia, suponen un período de vigencia que se antoja más bien de mediano a largo plazo. Por otro lado, de acuerdo con la mecánica del crédito, la finalidad del acreditado es recuperar el valor de la propiedad para destinarlo a completar sus necesidades alimenticias, por la insuficiencia de su pensión o fondo de retiro. La consideración de redimir la garantía se ve mucho menos probable frente a su necesaria ejecución.

La preexistencia de gravámenes constituidos sobre el inmueble, confiere prelación a los acreedores para recuperar sus créditos, los cuales seguro serán de vencimiento anterior al crédito con garantía inversa.

Si el crédito se ha concedido con esta estructura en atención a la situación de necesidad del acreditado y su insuficiente flujo de recursos para pagarlo, será previsible el incumplimiento de las obligaciones previas vinculadas en su cumplimiento con el bien objeto de la garantía hipotecaria y por lo tanto la fragilidad de la misma. De manera similar, cualquier limitación del dominio del bien, imposibilita constituir sobre el mismo un acto de naturaleza dispositiva como hemos definido a la hipoteca.

c. *Valor comercial.* La exacta determinación del valor comercial del inmueble objeto de la garantía, resulta esencial para la correcta cuantificación del crédito. Como hemos explicado, las instituciones de crédito deben realizar los estudios y allegarse la información necesaria, para asegurar la recuperación de los capitales y sus accesorios colocados entre el gran público, porque la mayor parte de éstos, tienen su origen en operaciones pasivas, por los depósitos de los ahorradores en dichas instituciones.

Por lo tanto, si se trata del esquema tradicional de los créditos, deberá analizarse el flujo de ingreso del

deudor para determinar su capacidad de pago. En su caso, el flujo que producirá la inversión de los capitales prestados al acreditado y en ulterior término su patrimonio como garantía general del cumplimiento (art. 2964 c.c.)

En el contrato inverso, la imposibilidad del pago por la falta de flujo de recursos, es el punto de partida. Por lo tanto, la viabilidad del esquema se determina por la garantía hipotecaria ofrecida en seguridad del cumplimiento de la obligación.

El importe del principal, el monto de sus accesorios y el plazo estimado de vigencia del contrato, serán los factores básicos para proyectar el importe total del adeudo. Por otro lado, el avalúo del bien objeto de la garantía y su posible depreciación o apreciación, serán los detonantes de la viabilidad o inviabilidad del crédito.

El avalúo en consecuencia, no puede quedar al arbitrio de ninguno de los contratantes. Por esta razón, nuestras autoridades han establecido un esquema bajo el cual los acreditados tendrán la opción de elegir entre una lista de valuadores autorizados por la Sociedad Hipotecaria Federal, S.N.C., quienes son los únicos autorizados para realizar los avalúos en este tipo de créditos. El artículo 7 de la LTFCCG, establece:

“Los avalúos de los bienes inmuebles objeto de Créditos Garantizados a la Vivienda deberán realizarse por peritos valuadores autorizados al efecto por la Sociedad Hipotecaria Federal, S.N.C. El acreditado tendrá el derecho a escoger al perito valuator que intervenga en la operación de entre el listado que le presente la Entidad.”

La imparcialidad e independencia del valuator, permitirán esperar un estudio serio y apegado a la realidad inmobiliaria del momento. Es importante destacar la determinación del valor del inmueble, en

la viabilidad de la operación. Por lo tanto, su exacta tasación permitirá a su propietario, obtener el importe líquido que acumuló en el inmueble, a través del crédito. Como la valuación se realiza en el momento de celebrarse el contrato, es de esperar como ha sucedido de manera general al paso del tiempo, la revaloración del bien y con ello, el incremento en la seguridad de recuperación del principal del crédito y sus accesorios.

Sin embargo dos factores pueden influir de manera negativa en perjuicio de cualquiera de las partes. Previsibles pero inevitables, la supervivencia del acreditado más allá del plazo previsto por las partes al celebrar el contrato y la depreciación del inmueble hipotecado.

En el primer caso, la contingencia juega negativamente para ambas partes. El acreedor verá incrementar el adeudo por los intereses y en consecuencia la posible insuficiencia de su garantía. El acreditado, verá incrementar la deuda por los mismos motivos, pero ya no recibirá los recursos complementarios a su pensión o fondo de retiro, provocando la insuficiencia del ingreso para su supervivencia y por lo tanto será previsible la suspensión de todo acto de conservación del inmueble hipotecado, provocando su depreciación.

Por esta razón, sería recomendable en estos casos la contratación de un seguro, cuya prima podría ser financiada por el acreedor, incluyendo su costo en el importe del crédito. Este seguro, garantizaría al acreedor la recuperación del crédito íntegro en caso de resultar insuficiente la garantía real hipotecaria y como lo veremos más adelante, el resto del patrimonio relicto del deudor. Por parte del deudor, garantizaría la continuidad en el pago de las pensiones cuando el crédito se haya agotado.

Como el contrato está sujeto en su cumplimiento, a un acontecimiento futuro de realización cierta pero de fecha contingente, es posible, en los términos de los artículos primero y cuarenta y cinco de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, asegurar el riesgo mencionado.¹³

Si el inmueble se revalúa, resultará también más atractivo a los herederos del acreditado o coacreditados, liquidar el importe del adeudo con la finalidad de conservarlo, lo cual representa una doble ventaja para el acreedor. A la par de ver incrementada la garantía de recuperación del crédito por la valía del inmueble, también verá disminuir la necesidad de ejecutar la hipoteca por el interés de los herederos en liquidar el adeudo.

d. *Uso*. El uso del inmueble hipotecado, ha sido objeto de diversa regulación en la legislación extranjera. En la legislación Española, la hipoteca inversa es definida como el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante. En Francia, la hipoteca inversa sólo se puede constituir sobre un inmueble propiedad del prestatario para uso exclusivo de habitación. En Estados Unidos, la hipoteca deberá recaer sobre la residencia habitual del acreditado.

¹³ El artículo primero de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, establece: "Art. 1º.- Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato." A su vez, el artículo cuarenta y cinco, establece: "Art. 45.- El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración, el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado. Sin embargo, los efectos del contrato podrán hacerse retroactivos por convenio expreso de las partes contratantes. En caso de retroactividad, la empresa aseguradora que conozca la inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a las primas ni al reembolso de sus gastos; el contratante que conozca esa circunstancia perderá el derecho a la restitución de las primas y estará obligado al pago de los gastos."

Como en México no se encuentra regulada de manera específica esta modalidad del contrato, no encontramos limitación alguna con respecto al inmueble susceptible de constituir la garantía específica del acreditado. Por ende, el uso no se encuentra restringido.

La libertad del acreditado de decidir el uso del inmueble, puede sin embargo incrementar el riesgo de la finca. Un inmueble destinado al uso exclusivo del propietario, permite a la institución realizar inspecciones periódicas, con la finalidad de constatar el cumplimiento de las obligaciones del deudor, con respecto a la conservación de la garantía.

Como lo comentamos, el acreditado recupera a través del crédito, el valor rescatable de su propiedad. Al final del contrato, se habrá consumido el valor del inmueble al igualar el importe del adeudo, resultando poco atractivo a los herederos el pago de la deuda. En consecuencia, es muy probable el desinterés del deudor de invertir los recursos necesarios para mantener en buen estado su propiedad, la cual ve consumirse con el paso del tiempo y las ministraciones recibidas a cuenta del crédito.

Si el propietario conserva la posesión del inmueble y lo destina para su habitación, facilitará el ejercicio del derecho de inspección del acreedor y en su caso, podrá determinar si el deudor ha incumplido e incluso si esto constituye causa de vencimiento anticipado del plazo y acción de pago para exigir la devolución de las cantidades dispuestas al amparo del crédito.

Sin embargo y en consideración de los mismos argumentos, nosotros consideramos atractivo el arrendamiento de la propiedad. En primer lugar, el acreditado podría obtener recursos adicionales a través de los frutos civiles. En nuestra sociedad prevalece la unión familiar. Es frecuente arregar a nuestros ascendientes en nuestros hogares, llevándolos a vivir en

nuestras residencias. Esto permitiría al deudor ahorrar gastos de habitación y adicionalmente, un ingreso por los mencionados frutos. Además, sería posible imponer al arrendatario, la obligación de realizar cuantas reparaciones requiera la finca para mantenerla en el estado material en que le fue entregada.

Por estos motivos y ante la existencia en nuestra legislación de disposición aplicable en este sentido, resulta recomendable ponderar la conveniencia de autorizar el arrendamiento del inmueble al deudor, previo consentimiento del acreedor, en los términos del artículo 2914 c.c.

En cuanto a la limitación del uso, no encontramos en nuestra legislación ninguna limitación en este sentido. Tampoco vemos inconveniente en constituir la garantía sobre un inmueble diverso a la residencia habitual del acreditado. No obstante y por la mecánica del crédito en esta modalidad, vemos poco probable el interés del medio financiero para otorgarlo en casos diversos a la especial calidad del acreditado y con la finalidad anunciadas.

e. Situación registral. El estatus jurídico de la propiedad inmobiliaria en México, en cuanto a los efectos frente a terceros de los actos celebrados con respecto a las fincas, se conoce a través del Registro Público de la Propiedad. La inscripción de los mismos, permite superar el principio de relatividad del acto jurídico, trascendiendo sus efectos más allá de los contratantes haciéndolo oponible a cualquier otra persona con derecho de igual o similar naturaleza sobre la misma finca.

Hemos precisado la verdadera naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria, resaltando su carácter eminentemente procesal, facultando a su titular para cobrar con el valor de la finca gravada el importe de su crédito, con preferencia a cualquier otro acreedor sin privilegio o garantía preferente. Esta preferencia se de-

termina, con la hipoteca y su oportuna inscripción en el Registro, la cual le confiere su trascendente prelación.

Esta razón obliga a constituir la garantía formal y materialmente, con exacta observancia de las normas aplicables al caso, pero sin descuidar su debida inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

No obstante, el acreedor puede ver disminuido su derecho por la superveniencia de créditos con prelación especial a pesar de ser posteriores en tiempo. La inscripción de la garantía a favor del acreedor, obliga al ejecutante con prelación, notificarle el estado de ejecución del procedimiento de apremio, permitiéndole deducir sus derechos.

f. *Venta*. Nuestra legislación no permite la prohibición del deudor de enajenar la finca hipotecada. Sin embargo, en términos de lo dispuesto por el artículo 6 del c.c. por voluntad de las partes, es factible pactar diversas causas de vencimiento anticipado del plazo para el reembolso de las cantidades dispuestas a cuenta del crédito y pago de sus accesorios, por variadas consideraciones de las partes.

Por lo tanto, si el deudor enajena el inmueble hipotecado, no obstante no redimirse la hipoteca,¹⁴ el acreedor puede considerar mermada la seguridad de la garantía y por lo tanto, pactar en el contrato de crédito este hecho como causa de vencimiento anticipado.

En los mismos términos, la hipoteca en ulterior término constituida sobre la misma finca y el reembargo, pueden estipularse como causas de vencimiento anticipado del plazo y conceder al acreedor acción para reclamar la devolución del crédito o la ejecución de la garantía.

¹⁴ El art 2894 c.c. establece: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero."

La caducidad del plazo en las obligaciones sujetas a esta modalidad, opera por disposición de la ley y sin necesidad de pacto expreso, en los casos regulados por el artículo 1959 c.c.,¹⁵ sin embargo la naturaleza de la obligación en la modalidad a estudio, aconseja pactar en el contrato diversas causas adicionales de vencimiento anticipado del plazo, facilitando al acreedor la recuperación de las cantidades dispuestas al amparo del crédito, cuando las situaciones supervenientes a la celebración del contrato agravan los riesgos de su incumplimiento.

Así, conceder el arrendamiento de la finca hipotecada sin el consentimiento del acreedor; adeudos de carácter fiscal como el impuesto predial o los derechos por consumo de agua potable; contingencias laborales del deudor, demandas de esta naturaleza o por alimentos; reembargo, hipoteca u otros gravámenes supervenientes; constitución de derechos reales sobre el inmueble, tales como derecho de uso, habitación, servidumbres, usufructo; omisión de las reparaciones requeridas para mantener el inmueble en el mismo estado guardado al momento de constituir la hipoteca; impedir la inspección de la garantía hipotecaria; modificar el uso de la finca etcétera. Todos estos supuestos y seguro muchos otros cuya mención no pretendemos agotar, incrementan de alguna manera el riesgo de la cosa o de la subsistencia y ejecución de la garantía.

¿Qué sucederá cuando el importe del crédito rebase el valor de la garantía? La respuesta parece antici-

¹⁵ El citado artículo establece: “Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: I. cuando después de contraída la obligación, resultar insolvente, salvo que garantice la deuda; II. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; III. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente substituidas por otras igualmente seguras.”

parse, sin embargo es interesante comentar lo siguiente. En la legislación francesa, en el Código de Consumo, artículo L314-9, establece el límite de la deuda al valor del inmueble hipotecado al término del contrato. Esto implica la obligación de los herederos de responder con el inmueble hasta por dicho importe, sin responsabilidad por el excedente.

Por extraña que parezca la disposición, no resulta del todo ajena a nuestra legislación y más aún a algún criterio judicial.

Cuando por decreto del ejecutivo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2000, se creó o adicionó la Sección Séptima que comprende los Artículos del 346 al 380 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a efecto de regular la prenda sin transmisión de posesión, el artículo 379 establecía:

“Las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante prenda sin transmisión de posesión, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.”

¿De dónde habrá podido el legislador arrogarse tal idea? Es totalmente contraria al principio aplicable a las obligaciones, en virtud del cual su cumplimiento se encuentra garantizado por la totalidad del patrimonio embargable del deudor, aplicable a todos los actos patrimoniales. Esto quizás fue la razón por la cual la prenda sin transmisión resultaba poco atractiva para ambas partes.

La disposición, lejos de beneficiar a los acreditados, provocó la reacción de los acreedores en el sentido

de solicitar garantías por un valor muy superior a la deuda, para no arriesgar la seguridad del negocio jurídico en caso de resultar incobrable por la diferencia entre el valor de la garantía y el importe del principal y sus accesorios. En el mejor de los casos, dejaron de aceptar este tipo de garantía. Dicho artículo fue derogado por diverso decreto publicado en el *DOF* el 13 de junio del año 2003.

El criterio judicial, lo encontramos en una sentencia interlocutoria dictada en juicio especial hipotecario, con motivo de la aprobación del remate en el juzgado vigésimo sexto en materia civil en el Distrito Federal, en la que el juzgador, textualmente sentenció:

“RESUELVE:

PRIMERO.—Se APRUEBA el remate en SEGUNDA ALMONEADA celebrado con fecha...a favor de la parte actora....el bien inmueble objeto del remate consistente enen la cantidad decantidad que se cubre con el reconocimiento de adeudo plasmado en el convenio judicial de fecha...que ascendió a la cantidad de \$1'206,148.10 (UN MILLÓN DOSCIENTOS SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS 10/100 M.N.).

SEGUNDO.—No se reservan los derechos de la actora respecto del remanente pendiente de cubrir por parte del demandado una vez hecha la adjudicación, atendiendo a que el bien que se adjudica fue el que sirvió como garantía del crédito concedido al demandado, con lo cual estuvo conforme el acreedor hipotecario y sin que se haya estipulado condición o cláusula alguna en el sentido de que se garantizara con bienes distintos al que fue objeto del remate...”

Desde luego consideramos inaplicable en nuestro derecho el comentado criterio. En primer término por la derogación de la disposición comentada, ajustando el tratamiento de los créditos garantizados con prenda sin transmisión de posesión a la regla general aplica-

ble en nuestro derecho. En segundo término pero de absoluta relevancia, por el principio aplicable en nuestro derecho, por virtud del cual el deudor responde con el importe total de sus bienes embargables.¹⁶

Por lo tanto, si el valor del bien hipotecado resulta insuficiente para cubrir el importe total de la deuda, incluyendo principal y accesorios, el acreedor podrá ejecutar su derecho de cobro sobre la totalidad de los bienes relictos. Poco importará en este caso que el juez no reserve sus derechos, porque la sentencia deberá ser recurrida y seguramente revocada por el superior, por contravenir una disposición en contra de los intereses del acreedor.

Consideramos innecesaria la reserva del acreedor, al constituir la garantía hipotecaria, de la garantía general anunciada, porque ésta aplica por ministerio de la ley y sin necesidad de convenio expreso de las partes.

Cabe sin embargo una limitación. Como la deuda se vuelve exigible a partir del fallecimiento del deudor, son los herederos los directamente responsables de cubrirla, pero de acuerdo con nuestro derecho, les asiste el derecho de inventario.

Con relación a este beneficio comentamos en nuestra obra *Remate, medios de realización judicial*,¹⁷ vemos reflejado en las disposiciones comentadas en el párrafo precedente, el antiguo *beneficium competentiae* del derecho romano y citando a Peña Guzmán Luis Alberto y Argüello Luis Rodolfo, en su obra *Derecho Romano* (2ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966), dijimos nos ilustran respecto de este tema, indicándonos que dentro de la división del

¹⁶ El art 2964 c.c. establece: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

¹⁷ VISOSO DEL VALLE, Francisco José, Porrúa, México, 2011

Derecho Romano, se encuentran el Derecho normal, el Derecho Singular, dentro del que a su vez se encuentran el *privilegium* y *beneficium*.

“El derecho bajo otro aspecto fue clasificado por los romanos en derecho normal (*ius commune*) y en derecho singular (*ius singulare*). En principio los preceptos y normas jurídicas se dictan para reglar los casos generales y son obligatorios para toda una población y para todo un territorio, constituyendo el derecho normal, pero por razones especiales, en los casos en que la norma general no sería equitativa, se dictan reglas particulares que importan una derogación o una excepción al principio general, viniendo a constituir el derecho singular o excepcional... El *ius singulare* aparece así como un derecho anómalo que se introduce contrariando principios generales por causa de alguna utilidad particular, naciendo como consecuencia de una *ratio iuris* específica que hace que sea aplicable a una categoría especial de personas o de cosas y por ello, en manera alguna, puede ser extendido su campo de aplicación a cosas o personas distintas de aquellas que determinaron su consagración, lo que en otros términos significa que el derecho excepcional no admite aplicación analógica.”

El *privilegium*, evolucionado, se trata de una norma constituida a favor de determinadas personas que importa una excepción a las reglas del derecho común y cuando se le asigna tal carácter, se puede decir que es acogido por los principios de *ius singulare*.

“Los *beneficia* aparecieron para indicar concesiones a personas o provincias acordadas por la autoridad pública, especialmente el emperador, pero su frecuente aplicación dio lugar a que importaran una excepción a las normas que regulaban determinada relación jurídica. El *beneficium* en el derecho justinianeo, sin llegar a constituir derecho singular, significó una ventaja de que podían aprovecharse los particulares que se encontraran en una especial situación, siempre que lo solicitaran expresa-

mente. Así el *beneficium inventari* por el cual el heredero que ha hecho inventario de los bienes del causante no responde por las deudas que excedan el importe de los mismos, contrarían el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatem*; el *beneficium competentiae* que permite que ciertos deudores sólo puedan ser ejecutados dentro de los límites de sus posibilidades económicas y otros más... el beneficio de competencia (*beneficium competentiae*) que entrañaba un pago parcial de la obligación, porque daba derecho al deudor que hubiera caído en insolvencia a no ser condenado a pagar más de lo que buenamente pudiera, hasta tanto mejorara de fortuna, a fin de que dispusiera de lo indispensable para su subsistencia...”

La brevedad de este ensayo, impide realizar un estudio más profundo sobre la naturaleza jurídica de las deudas del autor de la sucesión, tan sólo concluimos que éstas trascienden la defunción del deudor y se conserva el derecho del acreedor, quien podrá extender la ejecución sobre los demás bienes relictos, pero no sobre los bienes propiedad de los herederos (arts. 1284, 1285, 1401, 1446, 1447, 1448, 1706 fracción V, 1717, 1735, 1759, 1760, 1761, 1762, 1763, 1764, 1765 y 1766 c.c.)

CAPÍTULO VII

EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Hemos afirmado la naturaleza procesal de la garantía hipotecaria. La prelación en el cobro del crédito asegurado con ella, se deduce en caso de concurso de acreedores, frente al Estado, en su función jurisdiccional.

Sin embargo, es importante distinguir un aspecto sustantivo en la naturaleza de la obligación. En tanto el deudor y garante hipotecario sean la misma persona, no hay limitación legal para ejecutar la garantía real y ante su insuficiencia, extender la ejecución sobre diversos bienes embargables del mismo deudor.

La posterior separación de la responsabilidad personal y la responsabilidad real, invitan a diversa reflexión. De esta escisión, resultan dos aspectos relevantes de la obligación.

El primero, deriva del derecho de cobrar el importe de la deuda con el valor total del inmueble hipotecado y con exclusión de cualquier otro acreedor. El bien queda plenamente vinculado con la obligación y responde íntegramente del importe del crédito. No sólo confiere un derecho de preferencia, sino un derecho sobre la totalidad del bien, su valor en cambio (elemento distintivo de la garantía hipotecaria: la indivisibilidad de la deuda y de la garantía. Art. 2911 c.c.).

El segundo, lo encontramos en el poder jurídico del Estado, a instancia del acreedor, de ejecutar la garantía real con independencia de quién sea su propietario, bien el deudor o un tercero. Si el domino del bien es

transferido por el deudor hipotecario a un tercero, produciendo la separación de la deuda y de la responsabilidad, se cristaliza el derecho real en su fase de persecución y realización con preferencia al derecho real de propiedad adquirido con posterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria. Ante dos derechos de la misma naturaleza (derechos reales), el primero en tiempo (con exacta observancia de la materia registral) es preferido por la ley y por lo tanto, oponible a cualquier adquirente posterior.¹⁸

En el caso de la hipoteca constituida en garantía de un crédito a plazo, cuyo término se conviene posterior al fallecimiento del deudor, es clara la división de la responsabilidad y de la deuda. El único obligado al pago de la deuda es el acreditado. Sin embargo, como la garantía participa de naturaleza real, sigue al bien aún y cuando éste pase a poder de tercero, quien adquiere la responsabilidad de sufragar la deuda hasta por el valor en cambio del bien hipotecado.

Esta responsabilidad limitada en nuestro derecho, se conoce con el nombre de beneficio de inventario y aludimos a ella en diverso apartado de este ensayo. Pero por ministerio de ley, (art. 2964 c.c.) el patrimonio del deudor se encuentra afecto al pago de sus deudas y su transmisión lleva consigo la responsabilidad de la obligación hasta por el importe de las mismas. De

¹⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3013 c.c., “La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca y otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución.” A su vez, el artículo 2982 c.c. establece “Si hubiera varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si éstas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrado los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera del término de la ley.”

manera que al fallecer el deudor, quien o quienes adquieran el bien hipotecado y cualquier otro bien relicto embargable, responderán de la deuda, pero sólo por el importe de los bienes recibidos (art. 1284 c.c.). Se transmite la responsabilidad, no la obligación.

Cabe ahora definir el ejercicio de la acción. De conformidad con la ley, al momento de fallecer el deudor, sus herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común (art. 1288 c.c.). Sin embargo, mientras no se haga la partición del activo, no se individualiza el causahabiente del bien hipotecado y por lo tanto el responsable de la deuda garantizada con el mismo.

Pero el acreedor no necesita esperar la partición para ejercer su derecho al cobro de la deuda. El ejercicio de su acción se encuentra expedito en contra del responsable de la deuda a través del albacea en la sucesión. Es más, ni siquiera está obligado a esperar la formación del inventario para exigir el pago de su crédito, porque al estar garantizado con hipoteca, se encuentra revestido con prelación especial para su pago, con excepción de los créditos mortuorios, los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia y los alimenticios, revestidos con preferencia legal sobre los créditos hipotecarios.

Por lo tanto, si el trámite sucesorio se ha iniciado, el albacea ha sido designado y éste ha aceptado el cargo, deberá demandarse a la sucesión del deudor por conducto del albacea y si el trámite no se hubiera iniciado transcurrido el luto legal, el acreedor podrá denunciar judicialmente el fallecimiento del acreedor en los términos del artículo 769 cpc, acreditando el interés jurídico en los términos de los artículos 1, 3, 12 y 30 cpc.¹⁹

¹⁹ el artículo 771 cpc, establece un plazo de diez días a partir de la muerte del autor de la sucesión, para presentar el testamento

Sin embargo, deberemos considerar la situación referida en el artículo 799 cpc al tratar de los juicios intestamentarios, pues dicha disposición parece exigir al denunciante ser o pretender ser heredero legítimo, al exigirle justificar el parentesco o lazo si existiere y que lo hubiere unido con el autor de la sucesión, en el grado por el que pueda considerarse heredero legítimo. En cualquier caso, lo obliga a indicar los nombres y domicilio de los parientes en línea recta y del cónyuge superviviente, o, a falta de ellos, de los parientes colaterales dentro del cuarto grado y de ser posible, presentar las partidas de Registro Civil que acrediten la relación.

La legislación actual produce incertidumbre al acreedor con relación al ejercicio de su acción de cobro. Es claro el desinterés de los herederos para iniciar un trámite sucesorio, cuya única finalidad es allanar el camino al acreedor para cobrar el importe de su crédito.

Si el acreedor requiere de la colaboración de los herederos del deudor para cobrar el importe de su crédito, mediante la ejecución de la garantía hipotecaria, quedará disuadido de celebrar el contrato de crédito en la modalidad que nos ocupa.

Ante esta situación, el acreedor podrá denunciar el fallecimiento del deudor a efecto de iniciar el trámite sucesorio en su etapa de aseguramiento y conservación de los bienes, mediante la designación judicial de interventor en los términos del artículo 771 cpc. Sin embargo, ésta designación sólo procederá si transcurrido el plazo indicado de 10 días desde el fallecimiento del autor de la sucesión (deudor), no se ha presentado el testamento, si en él no está nombrado el albacea, o si no se denuncia el intestado.

o denunciar el intestado. Este plazo es lo que se conoce como el período de duelo por el fallecimiento del autor de la sucesión

Aún nombrado el interventor, es discutible si representa los intereses de los herederos y por lo tanto está legitimado para defenderlos en juicio, por los bienes relictos.

El artículo 772 cpc le confiere el carácter de depositario de los bienes y la obligación de conservarlos. La conservación de los bienes significa mantener o preservar su permanencia. La integridad de los mismos debe observarse en su aspecto material y jurídico. La destrucción de la cosa a la par de la extinción del derecho de propiedad sobre la misma, acarrearán el mismo efecto económico para su propietario, la disminución del activo de su patrimonio. Por lo tanto, podríamos considerar la legitimación procesal del interventor en el juicio entablado por el acreedor en contra de la sucesión del deudor. En este caso desde luego, los derechos de los presuntos herederos deberán estar adicionalmente salvaguardados por el Ministerio Público. Este criterio se deduce de la tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que transcribimos en la nota siguiente y rescatamos en la parte considerativa a la legitimación del interventor procesal para actuar en el procedimiento contencioso establecido en contra de la sucesión del deudor.²⁰

Tema: HEREDEROS. ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA, SI NO ESTÁ EN FUNCIONES EL **INTERVENTOR** O EL ALBACEA DE LA SUCESIÓN, O ÉSTOS SE NIEGAN A PROMOVERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

HEREDEROS PRESUNTOS. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

²⁰ Registro No. 18825. Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXI, Mayo de 2005., p. 203.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 65/2004-PS. ENTRE LAS SUS-
TENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS TERCERO Y CUAR-
TO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

CONSIDERANDO:

TERCERO.—Las consideraciones de las ejecutorias pro-
nunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito
mencionados que dieron origen a esta denuncia de con-
tradicción, son las siguientes:

a) El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del
Tercer Circuito, al resolver el tres de septiembre de mil
novecientos noventa y dos la improcedencia 363/92, de-
terminó, en la parte que interesa, materia de la presente
contradicción de criterios, lo siguiente:

Que conforme a la fracción I del artículo 24 del Código
de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, cuando
aún no se ha designado al albacea, los herederos o pre-
suntos herederos están facultados para ejercitar las ac-
ciones que correspondan a la masa hereditaria, “ya que al
final sólo éstos resentirán el menoscabo que sufra la he-
rencia, con la única salvedad de que no esté en funciones
el interventor o el albacea de la sucesión”; por lo que si
aún no se designa al representante de la sucesión, los
herederos están legitimados para promover juicio de am-
paro en defensa de los derechos que pudieran tener rela-
cionados con la masa hereditaria.

Del anterior criterio, se derivó la tesis que enseguida
se reproduce:

“SUCESIÓN LEGÍTIMA, CUANDO NO SE HA NOMBRADO ALBA-
CEA O INTERVENTOR EN LA, LOS HEREDEROS ESTÁN LEGITIMA-
DOS PARA PROMOVER AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE
JALISCO). El artículo 24, fracción I del Código de Procedi-
mientos Civiles del Estado, establece que: ‘Las acciones,
defensas y recursos que correspondan a la masa de la
herencia, podrán ser ejercitadas: por cualquiera de los
herederos y legatarios, si no están en funciones el inter-
ventor o el albacea de la sucesión’; entonces, si en el ju-
icio mercantil ejecutivo del que derivan los actos reclama-
dos se remató un bien inmueble perteneciente al autor de

la sucesión sin que los herederos fueran llamados a juicio, es obvio que, en ausencia del albacea o del interventor, éstos sí están facultados para ejercitar las acciones que correspondan a la masa hereditaria, ya que sólo ellos resentirán el menoscabo que sufra la herencia. Lo anterior pone de manifiesto que es inexacto que los promoventes carezcan de legitimación activa para intentar el juicio de garantías, toda vez que de las constancias de las actuaciones se desprende que la denuncia del intestado y la solicitud de garantías fueron hechas el mismo día, de lo que se deduce que no había representante de la sucesión, sin que valga el hecho de que probablemente en fecha posterior ya hubiera albacea o interventor, pues cualquiera de ellos estaría fuera de tiempo para acudir en demanda de amparo.

Improcedencia 363/92. Milagros del Carmen, José Simón y Carlos Alberto, todos ellos de apellidos Luna Villarruel. 3 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Secretario: Luis Rubén Baltazar Aceves.

Octava Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: XI, febrero de 1993. Página: 333 ”

b) Por otra parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, al resolver el veintitrés de abril de dos mil cuatro el amparo en revisión 126/2004, estimó, en lo que interesa, lo siguiente:

Que en términos de los artículos 24, fracción I, 819 y 822 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, así como el 1620 del Código Civil del propio Estado, vigentes en febrero de mil novecientos ochenta, a falta del albacea o interventor de la sucesión ya designado, los herederos aún no declarados o no reconocidos en el juicio con ese carácter, carecen de legitimación para promover el juicio de amparo en defensa de los derechos relacionados con la masa hereditaria, ya que el primero de esos numerales “hace referencia a herederos o legatarios, no a presuntos herederos”; por lo que implícitamente sostuvo que sólo los herederos pueden promover el amparo cuando ya existe la designación del albacea y éste no está en funciones o se encuentra ausente.

CUARTO.—Con el propósito de verificar si en el presente caso existe contradicción entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados contendientes, se tiene presente el contenido de la jurisprudencia siguiente, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. De conformidad con lo que establecen los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: a) que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Tomo XIII, abril de 2001. Tesis: P./J 26/2001. Página 76.”

De esta jurisprudencia, se advierte que para la configuración de una contradicción de tesis, se requiere que haya una disparidad de criterios de los tribunales en donde se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que hayan analizado, en esencia, iguales cuestiones jurídicas y adopten posturas divergentes
2. Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones o interpretaciones jurídicas realizadas en la sentencia que cada tribunal dicte; y,
3. Que los distintos criterios provengan del examen de elementos coincidentes, lo que implica que deben partir del análisis esencial de semejantes supuestos.

QUINTO.—En este asunto sí se satisfacen los supuestos mencionados que condicionan una contradicción de tesis, y para constatarlo es menester examinar a continuación la parte conducente de las ejecutorias de las que derivaron los criterios en conflicto:

1. De la síntesis considerativa localizada en las páginas cinco a siete de la presente ejecutoria, se advierte que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito analizó la cuestión jurídica relativa a si los herederos tienen legitimación para promover juicio de amparo en defensa de los derechos relacionados con la masa hereditaria, cuando no exista la designación del albacea o interventor.

Por su parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, en esencia, se ocupó de la cuestión consistente en la legitimación de los herederos para promover el juicio de amparo en defensa de los derechos relacionados con la masa hereditaria, a falta del albacea ya designado.

A pesar de que ambos tribunales analizaron, en esencia, iguales cuestiones jurídicas, adoptaron posturas divergentes, ya que el primero de los tribunales sostuvo que los herederos están facultados para promover el amparo si aún no se ha designado albacea; en tanto que el segundo de los tribunales emitió un punto de vista diferente, consistente en que solamente están legitimados para promover amparo los herederos ya declarados o reconocidos, si ya se designó al albacea y éste falta o no está en funciones.

2. En cuanto al segundo de los requisitos de la contradicción de tesis, debe decirse que la diferencia de los criterios a examen se presentó en las consideraciones e interpretaciones jurídicas que los tribunales realizaron en la sentencia que cada tribunal dictó.

3. Por último, se debe agregar que los distintos criterios en oposición provinieron del examen de elementos coincidentes, dado que los tribunales que los emitieron examinaron cada uno por su parte, la legitimación de los herederos para promover juicio de amparo en defensa de los derechos relacionados con la masa hereditaria, así

como el artículo 24, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

En ese orden de ideas, el tema de la presente contradicción de tesis versa sobre la determinación de si en términos del artículo 24, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, para que los herederos o presuntos herederos, en su caso, puedan promover juicio de amparo en defensa de los derechos derivados de la masa hereditaria, es necesario que no exista designación del albacea o interventor, o basta con que éstos falten o no estén en funciones, aunque ya estén designados.

SEXTO.—Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio que se establece en la presente ejecutoria.

En atención a que el tema de esta contradicción de tesis tiene relación con la legitimación para promover amparo, ya sea por parte de los herederos o de los presuntos herederos, es menester en primer lugar precisar algunos conceptos sobre el principio de instancia de parte agraviada que rige en el juicio de amparo, ya que la cuestión a dilucidar versa sobre la determinación de si en términos del artículo 24, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, para que los herederos o los presuntos herederos, en su caso, puedan promover juicio de amparo en defensa de los derechos derivados de la masa hereditaria, es necesario que no exista designación del albacea o interventor, o basta con que éstos falten o no estén en funciones, aunque ya estén designados.

El citado principio de instancia de parte agraviada se encuentra recogido en el artículo 4o. de la Ley de Amparo, que establece lo siguiente:

“ART. 4o.—El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o perso-

na extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.”

Según se advierte de la citada transcripción, el juicio de amparo solamente lo puede promover la persona que con el acto reclamado de la autoridad haya sufrido o sufra una lesión o una afectación personal y directa en alguno de sus derechos sustantivos fundamentales, que la Constitución tutela mediante las garantías individuales.

Es decir, sólo lo puede promover la parte que con el acto reclamado sufra un agravio actual y no futuro e incierto, en forma directa e inmediata, ya sea en su libertad, en su persona, en su familia, en su domicilio, o bien, en sus propiedades o posesiones; y dicha promoción la puede hacer por derecho propio o por medio de su representante, por su defensor, si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, o por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que la ley lo permita expresamente.

En sentido inverso, cuando el amparo lo promueve quien no sufre con el acto reclamado de la autoridad un agravio actual o inminente en forma directa e inmediata, ya sea en su libertad, en su persona, en su familia, en su domicilio, o bien, en sus propiedades o posesiones, el juicio de amparo resulta improcedente, en términos del artículo 73, fracciones V y XVIII, en relación con el artículo 4o. de la Ley de Amparo, que decretan:

“ART. 73.—El juicio de amparo es improcedente:

...

V. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

...

XVIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.”

Conforme a esas bases y en consideración a que el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco permite que las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia sean ejer-

citadas por cualquiera de los herederos y legatarios, si no está en funciones el interventor o el albacea de la sucesión, se arriba a la conclusión de que quien no sea heredero declarado por la autoridad correspondiente o no esté reconocido, y solamente tenga la calidad de presunto heredero, entonces carece de legitimación para promover juicio de amparo en defensa de la masa de la herencia.

Esto porque si bien la herencia constituye la sucesión en todos los bienes del difunto, en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte y que deben transmitirse a los herederos a la muerte del autor de la sucesión, empero, si aún no ha sido reconocida ni declarada la calidad de heredero ni, por ende, los derechos y los bienes se le han asignado, no existe la certeza de que será declarado heredero, ni que de llegar a tener esa calidad él no cederá sus derechos hereditarios a otra persona antes de la adjudicación o de la división de los bienes, y esta indefinición provoca que el presunto heredero carezca de legitimación para promover el amparo en contra de los actos de autoridad que causen un daño a los bienes hereditarios.

Ciertamente, la presunción es la probabilidad, sospecha o conjetura que resulta de un razonamiento inductivo, así como la consecuencia eventual que se deduce de un hecho conocido cuando se trata de indagar la existencia de otro desconocido, por lo que la presunción no constituye una certeza plena de un derecho, de un hecho o de una situación, y en esas condiciones el presunto heredero por no tener reconocido formalmente el carácter de titular de algún derecho de propiedad o de posesión sobre los bienes que integran la masa hereditaria, sino sólo una expectativa de derecho sobre éstos, carece de interés jurídico para defenderlos mediante el juicio de amparo.

Queda así demostrado que en caso de existir un acto de autoridad que afecte los mencionados bienes, en ese supuesto el presunto heredero no podría sufrir un perjuicio de manera concreta, actual, personal, directa e inmediata, al no ser todavía titular de un derecho legítimamente tutelado; por lo que si llegare a promover amparo con ese carácter de presunto heredero, tendría que de-

sechase la demanda como lo ordena el artículo 145 de la Ley de Amparo, por existir un motivo manifiesto e indudable de improcedencia, relacionado con los artículos 73, fracciones V y XVIII, y 4o. de la Ley de Amparo.

Esta conclusión se corrobora con el contenido de las siguientes tesis.

“INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. NO PUEDE SER PRESUNTIVO. En el juicio de amparo, el interés jurídico para promoverlo no puede ser presuntivo, sino que debe acreditarse en forma indubitable. La Ley de Amparo dispone a través del artículo 4o. el principio de ‘instancia de parte agraviada’. El artículo 76 de la misma contiene el principio de particularidad que rige respecto de la sentencia que se dicte en el juicio, prohibiendo a la vez una declaración general de la constitucionalidad de la ley o el acto reclamado. El artículo 80 del propio ordenamiento citado determina los efectos que tiene la sentencia dictada en un juicio de garantías, que conceda el amparo, en cuanto que encierra una declaración de restitución para el caso concreto. En razón de las disposiciones contenidas en los artículos aludidos, existe la necesidad de que el promovente de un juicio de garantías acredite plenamente su interés jurídico en promoverlo, para el efecto de que, si así lo estima procedente la autoridad que conozca del juicio de garantías, esté en la posibilidad de conceder la protección de la Justicia Federal respecto de personas determinadas en forma particularizada por su interés, y a la vez se conceda la protección en el efecto procedente. Situaciones, las anteriores, que no se podrían satisfacer si el interés del promovente del amparo tan sólo fuese presuntivo.

Amparo en revisión 4325/54. Compañía Nacional de Gas, S.A. 15 de enero de 1985. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Séptima Época, Primera Parte:

Volumen 64, página 69. Amparo en revisión 5148/57. José González Jiménez. 4 de abril de 1974. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.

Volumen 27, página 77. Amparo en revisión 5625/61. Humberto Castro y coagraviados. 23 de mayo de 1971. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Séptima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volúmenes: 193-198, Primera Parte. Página: 110.”

“INTERÉS JURÍDICO PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO. De acuerdo con el sistema consignado en la ley reglamentaria del juicio de garantías, el ejercicio de la acción constitucional está reservado únicamente a quienes resienten un perjuicio con motivo de un acto de autoridad o por la ley. Ahora bien, la noción de perjuicio para los efectos del amparo supone la existencia de un derecho legítimamente tutelado que, cuando es transgredido por la actuación de autoridad o por la ley, faculta a su titular para acudir ante el órgano jurisdiccional correspondiente demandando que esa transgresión cese. Tal derecho protegido por el ordenamiento legal objetivo es lo que constituye el interés jurídico que la ley de la materia toma en cuenta para la procedencia del juicio de amparo. Sin embargo, es oportuno destacar que no todos los intereses que puedan concurrir en una persona merecen el calificativo de jurídicos, pues para que tal acontezca es menester que el derecho objetivo se haga cargo de ellos a través de una o varias de sus normas.

Amparo en revisión 4767/71. Pablo Murillo Mercado. 10 de abril de 1973. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Abel Huitrón y A.

Séptima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen: 52, Primera Parte. Página: 46.

“PERJUICIO E INTERÉS JURÍDICO. De acuerdo con el sistema consagrado por la fracción I del artículo 107 constitucional y 4o. de su ley reglamentaria, el ejercicio de la acción de amparo se reserva únicamente a la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama, entendiéndose como perjuicio la afectación por la actuación de una autoridad o por la ley de un derecho legítimamente tutelado; el que, desconocido o violado, otorga al afectado la facultad para acudir ante el órgano jurisdiccional competente a efecto de que ese derecho protegido por la ley le sea reconocido o que no le sea violado, y esto constituye el interés jurídico que el ordenamiento legal de amparo toma en cuenta para la procedencia del juicio constitu-

cional. De modo que, aunque los promoventes del amparo pretendan se examine la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto que contiene la ley que impugnan, cuando la ley por sí misma no les para perjuicio alguno, el examen solicitado resulta improcedente, tanto más si entre los actos reclamados en la demanda de garantías y la disposición legal impugnada no existe nexo alguno, ni mucho menos acto de aplicación de ésta en perjuicio de los quejosos.

Amparo en revisión 838/62. José Vázquez y coagraviados. 21 de junio de 1977. Mayoría de once votos. Disidentes: Antonio Rocha Cordero, J. Ramón Palacios Vargas, Arturo Serrano Robles, Carlos del Río Rodríguez, Salvador Mondragón Guerra y Ernesto Aguilar Álvarez. Ponente: Ramón Canedo Aldrete. Secretario: Efraín Polo Bernal.

Séptima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Volúmenes: 97-102, Primera Parte. Página: 123.

Se debe hacer notar que por el hecho de que los presuntos herederos carezcan de legitimación para promover juicio de amparo en defensa de la masa hereditaria, con ello no se causa perjuicio a quienes en su momento llegasen a tener el carácter de herederos, ya que el artículo 817 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, autoriza al Juez a que inmediatamente que tenga conocimiento de la muerte del autor de una herencia, proceda con intervención del Ministerio Público a asegurar los bienes, mientras no se verifique la partición y mientras se presentan los interesados, en los siguientes supuestos:

- I. Si el difunto no era conocido o estaba de transeúnte en el lugar;
- II. Cuando haya menores interesados; y,
- III. Cuando haya peligro de que se oculten o dilapiden los bienes.

Dichas medidas se deben adoptar sin perjuicio de que muerto uno de los cónyuges continúe el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social.

Además, de acuerdo con los artículos 819, 820 y 821 del propio ordenamiento procesal, si pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión no se presenta el testa-

mento; si en éste no está nombrado el albacea o si no se denuncia el intestado, el Juez nombrará un interventor, el cual una vez que otorgue una fianza judicial para responder de su manejo, recibirá los bienes por inventario y tendrá el carácter de simple depositario, sin poder desempeñar otras funciones administrativas que las de mera conservación y las que se refieran al pago de las deudas mortuorias, con autorización judicial, y mientras el interventor no se haga cargo de los bienes, tendrá la vigilancia de ellos el Ministerio Público.

Por último, en acatamiento al artículo 822 de la citada legislación, el interventor cesará en su cargo luego que se nombre o se dé a conocer el albacea, y entregará a éste los bienes sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto ni aun por razón de mejoras o de gastos de manutención o de reparaciones.

SÉPTIMO.—Por otra parte, a fin de determinar si los herederos pueden promover legalmente juicio de amparo en defensa de los derechos derivados de la masa hereditaria en caso de que no exista designación del albacea o interventor, o en caso de que éstos falten o no estén en funciones aunque ya estén designados, conviene tener en este lugar por reproducida la consideración localizada en la parte final del considerando que antecede, relativa a que por el hecho de que los presuntos herederos carezcan de legitimación para promover juicio de amparo en defensa de la masa hereditaria, con ello no se causa perjuicio a quienes en su momento llegasen a tener el carácter de herederos; y es pertinente examinar enseguida el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que es del siguiente texto:

“ART. 24.—Las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia, podrán ser ejercitadas:

I. Por cualquiera de los herederos y legatarios, si no está en funciones el interventor o el albacea de la sucesión;

II. Por el interventor o el albacea, si han sido ya nombrados, y están en funciones: o por cualquier heredero o

legatario, cuando requerido judicial o notarialmente el albacea o el interventor rehúsen o descuiden deducirlos.”

Conforme a ese precepto, para que los herederos puedan ejercer las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia, se requiere que se den las dos condiciones siguientes:

1. Que no esté en funciones el interventor o el albacea de la sucesión; pues en caso de que éstos hayan sido ya nombrados y estén en funciones, el citado precepto faculta al interventor o al albacea para que hagan valer las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia.

2. Que sean requeridos judicial o notarialmente el albacea o el interventor para que deduzcan las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia, y rehúsen o descuiden deducirlos.

Como se aprecia, solamente en esos dos supuestos los herederos pueden hacer las citadas promociones y, por consiguiente, tienen un interés legítimamente reconocido en la ley, de llevar a cabo esas acciones cuando no estén en funciones dichos representantes de la sucesión, o cuando aunque exista su designación formal se nieguen a cumplir su función, o descuiden su desempeño.

En efecto, en términos generales el interés jurídico es la pretensión que se hace valer y que se encuentra reconocida por las normas de derecho a favor de alguien. En materia procesal es la pretensión o acción jurisdiccional con la que el promovente intenta la tutela de un derecho subjetivo.

Explicado en otra forma, el interés jurídico se traduce en un derecho jurídicamente tutelado y es uno de los presupuestos para promover el juicio de garantías en los términos de lo que establecen los artículos 4o. y 73, fracción V, de la Ley de Amparo; por lo que al darse el caso de no estar representada aún la sucesión por el interventor o por el albacea, o por negarse a defender los derechos y bienes de su caudal, en esos supuestos es incontrovertible que por estar los herederos facultados en la ley para realizar dichas actividades, aunque no sean los represen-

tantes de la sucesión, si llegase a ocurrir algún hecho o acto de una autoridad que causare un daño a los bienes que la integran, los herederos tienen legitimación para promover juicio de amparo.

Esto es, en el caso de que un acto de autoridad llegare a afectar a los aludidos derechos y bienes, de no estar en funciones el interventor o el albacea de la sucesión, o bien, en el evento de que sean requeridos judicial o notarialmente para que como representantes de la sucesión deduzcan las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia y rehúsen o descuiden deducirlos, es irrefutable que aquel acto de autoridad sí puede ser reclamado en el juicio de amparo por cualquiera de los herederos, al tener ese derecho tutelado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

A esta posición no se opone la circunstancia de que el juicio de garantías solamente lo puede promover la persona que con el acto reclamado haya sufrido o sufra la afectación personal y directa que los herederos todavía no sean individualmente los propietarios de los citados bienes, ni son los representantes de la sucesión, pues al tener aquéllos los derechos de acción de defensa respecto de los bienes hereditarios tutelados en el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, no podría afirmarse que carecen de legitimación para promover el amparo.

Por último, como se aprecia de la tesis que a continuación se reproduce, que aquí se invoca por analogía, los herederos están legitimados para defender en juicio los derechos de la sucesión, debido a que si los derechos o los bienes que forman parte de la masa hereditaria les pertenecen en común, mientras no se haga la división, entonces resulta lógico que tengan un interés en el juicio de amparo que promuevan en defensa de los derechos que les pertenecen, en los casos precisados previamente.

“LEGITIMACIÓN. LA TIENEN LOS HEREDEROS PARA DEFENDER EN JUICIO LOS DERECHOS DE LA SUCESIÓN.—Como los herederos tienen el carácter de comuneros de conformidad con el artículo 1185 del Código Civil de Coahuila (igual al 1288 del Código Civil del Distrito Federal) que

dispone que a la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común mientras no se hace la división, es evidente que dichos herederos están también dotados de la legitimación necesaria para defender en juicio los derechos de la sucesión, ya que el artículo 15 del Código de Procedimientos Civiles de dicho Estado (igual al del mismo número del código de la propia materia del Distrito Federal), les confiere tal legitimación al establecer que el comunero puede deducir las acciones relativas a la cosa común en calidad de dueño, habiendo la circunstancia de que no hay albacea.

Amparo directo 8080/49. María de los Ángeles Villarreal. 16 de junio de 1952. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época. Instancia: Sala Auxiliar. Tomo: Informe 1952. Página: 61.”

Consiguientemente, deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

HEREDEROS PRESUNTOS. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).—Conforme al principio de instancia de parte agraviada que rige en el juicio de amparo, éste sólo puede promoverse por la parte que con el acto reclamado sufra un agravio actual y cierto, en forma directa e inmediata, ya sea en su libertad, en su persona, en su familia, en su domicilio, o bien en sus propiedades o posesiones. En ese tenor, y en atención a que el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco faculta a los herederos a ejercer las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia, si no está en funciones el interventor o el albacea de la sucesión, se concluye que quien no sea heredero declarado por la autoridad correspondiente o no esté reconocido como tal y solamente tenga la calidad de presunto heredero carece de legitimación para promover el juicio de garantías en defensa de la masa hereditaria, pues si aún no se le ha reconocido ni

declarado el carácter de heredero, ni se le han adjudicado los bienes, no existe la certeza de que ello ocurrirá y tampoco de que de llegar a tener esa calidad, no cederá sus derechos hereditarios a otra persona, antes de la adjudicación o de la división de los bienes; de ahí que en ese supuesto, al ser futuro e incierto, el presunto heredero no podría sufrir un perjuicio de manera concreta, actual, personal, directa e inmediata, en tanto que todavía no es titular de un derecho legítimamente tutelado.

HEREDEROS. ESTÁN LEGÍTIMADOS PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA, SI NO ESTÁ EN FUNCIONES EL INTERVENTOR O EL ALBACEA DE LA SUCESIÓN, O ÉSTOS SE NIEGAN A PROMOVERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).—Conforme al artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles de esa entidad federativa, para que los herederos puedan ejercer las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa hereditaria, se requiere que se dé alguna de las condiciones siguientes: 1) que no esté en funciones el interventor o el albacea de la sucesión, o 2) que éstos sean requeridos judicial o notarialmente para que deduzcan esos actos, y rehúsen o descuiden deducirlos. Por ende, en caso de que un acto de autoridad llegare a afectar los bienes hereditarios, y el interventor o el albacea de la sucesión no estén en funciones, o bien, en el evento de que éstos sean requeridos judicial o notarialmente para que como representantes de la sucesión deduzcan las acciones, defensas y recursos que correspondan a la masa de la herencia, y rehúsen o descuiden deducirlos, es evidente que cualquiera de los herederos está legitimado para promover el juicio de amparo contra aquel acto de autoridad al estar facultados legalmente para ello, y en virtud de que los bienes que forman parte de la masa hereditaria les pertenecen en común, mientras no se haga la división.

Finalmente, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley de Amparo, las tesis jurisprudenciales que se sustentan en este fallo deberán identificarse con el número que les corresponda, y remitirse a la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Siste-

matización de Tesis para su publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, así como al Tribunal Pleno y a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales de Circuito y a los Juzgados de Distrito para su conocimiento.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO.—Si existe contradicción entre las tesis sustentadas por el Tercer y Cuarto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Tercer Circuito.

SEGUNDO.—Deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a las tesis que han quedado redactadas en la parte final del último considerando de esta resolución.

TERCERO.—Remítanse de inmediato las tesis jurisprudenciales que se sustentan en la presente resolución, a la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis para su publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, así como al Tribunal Pleno y a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales de Circuito y a los Juzgados de Distrito en términos del artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese; con testimonio de la presente resolución y, en su oportunidad, archívese el presente toca.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza (ponente), José Ramón Cossío Díaz y presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Tesis:

1. Registro No. 178449

Rubro: HEREDEROS PRESUNTOS. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Localización: 9a. Época; 1a. Sala; *SJF* y su *Gaceta*; XXI, Mayo de 2005; Pág. 217; [J];

2. Registro No. 178450

Rubro: HEREDEROS. ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LA MASA HEREDITARIA, SI NO ESTÁ EN FUNCIONES EL INTERVENTOR O EL ALBACEA DE LA SUCESIÓN, O ÉSTOS SE NIEGAN A PROMOVERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Localización: 9a. Época; 1a. Sala; *SJF* y su *Gaceta*; XXI, Mayo de 2005; Pág. 203; [J];

Sin embargo, es diferente sostener la legitimación de cualquier persona, para denunciar el fallecimiento de un sujeto ante el juez competente para conocer de su sucesión y la legitimación para continuar e intervenir en el proceso.

En el primer caso, la legitimación se agota con la denuncia. El denunciante no se encuentra autorizado legalmente para intervenir activamente en el juicio sucesorio. En el segundo caso, la legitimación *ad proce-sum* sí permite al denunciante continuar actuando en el juicio correspondiente.

Esta legitimación se surte por dos razones principales:

a. La naturaleza atractiva del juicio sucesorio, su carácter universal caracterizado por la acumulación de los pleitos vigentes o posteriores en contra del difunto o contra sus herederos en su calidad de tales, después de denunciada la sucesión.²¹

²¹ Art. 778 cpc: Son acumulables a los juicios testamentarios y a los intestados: I. Los pleitos ejecutivos incoados contra el finado antes de su fallecimiento; II. Las demandas ordinarias por acción personal, pendientes en primera instancia contra el finado; III. Los pleitos incoados contra el mismo por acción real, que se hallen en primera instancia, cuando no se sigan en el juzgado del lugar en que esté sita la cosa inmueble o donde se hubieren hallado los muebles sobre que se litigue; IV. Todas las demandas ordinarias y ejecu-

El acreedor tendrá sin embargo, una participación limitada en el proceso sucesorio. Tan solo podrá realizar las promociones necesarias para asegurar su interés jurídico y el ejercicio de su acción.

b. En aplicación del principio de derecho “en donde aplica la misma razón, aplica la misma disposición”, el artículo 656 relativo a los ausentes e ignorados, confiere acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, a cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste.²²

La citada disposición aplicada al caso del interventor designado en el proceso sucesorio, permite legítimarlo para actuar en el juicio especial hipotecario en defensa del patrimonio relicto.

La defunción del autor de la sucesión, produce la extinción de su personalidad (art. 22 c.c.).²³ Sin embargo, los bienes y obligaciones contraídos por el difunto, trascienden este efecto extintivo y permanecen. Por disposición legal, esta universalidad de derecho,

tivas que se deduzcan contra los herederos del difunto, en su calidad de tales, después de denunciado el intestado; V.- Los juicios que sigan los herederos deduciendo la acción de petición de herencia, ya impugnando el testamento o la capacidad de los herederos presentados o reconocidos, o exigiendo su reconocimiento, siempre que esto último acontezca antes de la adjudicación; VI.- Las acciones de los legatarios reclamando sus legados, siempre que sean posteriores a la facción de inventarios, y antes de la adjudicación, excepto los legados de alimentos, de pensiones, de educación y de uso y habitación.

²² Art. 656 c.c. “Tienen acción para pedir el nombramiento de depositario o de representante, el Ministerio Público, o cualquiera a quien interese tratar o litigar con el ausente o defender los intereses de éste.

²³ Art. 22 c.c. “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

se encuentra en estado de liquidación y por lo tanto, afecta al pago de las deudas del de cujus o generadas como consecuencia de su fallecimiento (art. 1753 c.c.).²⁴

La persona encargada de llevar a cabo este ajuste de cuenta, es el albacea, quien actúa en nombre propio y con las facultades necesarias para el cumplimiento de las atribuciones legales.

En tanto el albacea es designada, el interventor debe realizar los actos más urgentes para la conservación del patrimonio relicto y por lo tanto, si el juicio se entiende con él, los herederos no podrán alegar no haber sido oídos en el proceso ni por lo tanto estado de indefensión.

Sin embargo, resulta aconsejable al acreedor exigir de su deudor, el otorgamiento de testamento público abierto, en donde instituya herederos y albacea. Si bien el testamento es por naturaleza revocable (art. 1295 c.c.),²⁵ casi sin excepción es revocado mediante el otorgamiento de un testamento posterior perfecto (art. 1494 c.c.).²⁶ Esto allanará el camino al acreedor al denunciar la sucesión testamentaria sin verse forzado a averiguar los posibles herederos legítimos del deudor, conseguir los atestados correspondientes del registro civil, domicilios etcétera.

Resulta aconsejable no obstante, reformar el procedimiento sucesorio, a efecto de legitimar al acreedor

²⁴ Art. 1753 c.c. "Concluido y aprobado judicialmente el inventario, el albacea procederá a la liquidación de la herencia" Art. 844 cpc: "Aprobados el inventario y el avalúo de los bienes y terminados todos los incidentes a que uno y otro hayan dado lugar, se precederá a la liquidación del caudal."

²⁵ Art. 1295: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

²⁶ Art. 1494: "El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte."

para denunciar la sucesión del deudor hipotecario e impulsar el proceso sucesorio para obtener del juzgador, como medida preventiva la designación inmediata de un interventor especial, para litigar el juicio que tenga por objeto el cobro del crédito y la ejecución de la garantía.

CAPÍTULO VIII

BREVE COMENTARIO FISCAL

Las ministraciones recibidas por el acreditado en ejecución del crédito conferido, no constituyen ingreso gravable en términos de lo dispuesto por la LISR.

Esta ley grava el ingreso, (art. 1) con independencia de la forma en que se obtenga, sea en efectivo, en bienes, en servicio, en crédito, o de cualquier otro tipo (art. 17). En consecuencia, es necesario precisar el término “ingreso” utilizado por la LISR.

El Diccionario Jurídico Mexicano,²⁷ define al ingreso fiscal

“...como el concepto más importante para el impuesto sobre la renta. De acuerdo con Haig y Simons se entiende por ingreso, para efectos fiscales, la suma algebraica del consumo de una persona más la acumulación o cambio de valor de su patrimonio durante un periodo determinado. Este concepto es comúnmente aceptado en la teoría fiscal por su amplitud, ya que cualquier tipo de ingreso se ubica en alguna de las dos categorías comprendidas en esta definición, esto es, el ingreso se consume o se acumula...Desglosando los componentes del concepto de ingreso fiscal de Haig y Simons encontramos la noción de consumo el cual se integra con los siguientes elementos: 1) bienes y servicios adquiridos durante el periodo con el ingreso monetario percibido o con fondos previamente acumulados; 2) bienes y servicios que se han producido

²⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas 10ª ed., Porrúa-UNAM, México 1997.

directamente por la persona consumidora (autoconsumo), y 3) utilización de bienes de consumo duradero, cuya adquisición se efectuó en periodos anteriores y prestan servicios a un propietario en el periodo corriente. El siguiente componente de la noción de ingreso fiscal es el aumento en el patrimonio neto que se ha producido durante un periodo determinado. Para conocer este incremento se deberá comparar el patrimonio final con el inicial, al comienzo del periodo, en términos netos. En este segundo componente se incluye el ingreso no consumido y, por lo tanto acumulado, que se materializa en nuevas inversiones, o que se mantiene en activos como valores mobiliarios o efectivo metálico. En este componente el principal problema lo constituyen las ganancias de capital, o sea los beneficios que se derivan de la revalorización de activos.”

El análisis de la definición anterior, nos lleva a considerar como ingreso fiscal el incremento en el patrimonio del contribuyente. Como podremos anticipar, el crédito inverso no produce el mencionado efecto, porque si bien en una primera consideración el acreditado recibe numerario fresco en incremento de su patrimonio, el cual destina al consumo de bienes y servicios, el inmediato efecto de la disposición del crédito es la contrapartida en el balance contable de su patrimonio, al asentar el abono correspondiente en el pasivo como una deuda a su cargo. El resultado final, es la invariabilidad del valor neto del patrimonio.

Por lo tanto, las cantidades dispuestas por el acreditado al amparo del contrato celebrado con la institución bancaria, no representan un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta.

La ley en comento, en su artículo 20 fracción XII, establece de manera clara esta situación, al considerar ingreso acumulable las cantidades recibidas en efectivo, en moneda nacional o extranjera, por concepto de préstamos, aportaciones para futuros aumentos de

capital o aumentos de capital mayores a \$600,000.00, cuando no se cumpla con lo previsto en el artículo 86-A de dicha ley.

A su vez, la última norma establece la obligación de los contribuyentes de informar a las autoridades fiscales de los préstamos que reciban en efectivo, en moneda nacional o extranjera, mayores a la citada cantidad, dentro de los quince días posteriores a aquél en el que se reciban las cantidades correspondientes.

Los conceptos anteriores, establecidos en la LISR con respecto a las personas morales, se reiteran para las personas físicas en el artículo 106 en referencia al ingreso y la obligación de informar de los préstamos obtenidos durante el ejercicio fiscal.

Pero si bien el ingreso para el acreditado no representa contingencia fiscal, el costo del crédito (comisiones, gastos, intereses), representan cargas no deducibles de los demás ingresos del ejercicio y por los que sí esté obligado al pago del impuesto sobre la renta.

En el crédito con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, la LISR concede al acreditado el derecho de deducir los intereses reales efectivamente pagados en el ejercicio, por créditos hipotecarios destinados a la adquisición de su casa habitación, contratados con las instituciones integrantes del sistema financiero, siempre que el monto total de los créditos otorgados por dicho inmueble, no exceda de un millón quinientas mil unidades de inversión (art. 176-IV).

No existe disposición aplicable al crédito con garantía inversa, a pesar de considerar presente la misma razón. En el caso de excepción y por lo tanto deducible contemplado por la LISR, se considera la necesidad y el derecho constitucional de los contribuyentes a disfrutar una vivienda digna (art. 4 CPDM). La carencia de recursos, no debe impedir al contribuyente el ejercicio del derecho a la vivienda y por lo tanto, si para ello es nece-

sario acudir a las instituciones financieras en solicitud de recursos, su costo podrá ser deducido del impuesto sobre la renta del contribuyente.

El crédito inverso también se garantiza con hipoteca sobre la vivienda del acreditado. Sin embargo, en este caso no se encuentra destinado a la adquisición de la misma, sino a sufragar necesidades alimenticias del deudor. El concepto de alimentos incluye la vivienda y el crédito estará destinado parcialmente a su sostenimiento. No obstante, por ser norma de excepción, no es aplicable a caso alguno diverso al que específicamente regula.

En este sentido, aconsejamos adicionar la citada norma para permitir la deducción de los intereses pagados por el acreditado en el crédito inverso.

Pero si los intereses no son deducibles para el acreditado en términos de la LISR, tampoco están exentos del pago del impuesto al valor agregado, en virtud de que la exención conferida por la cita Ley, se limita de igual manera, a los créditos hipotecarios o con garantía fiduciaria para la adquisición, ampliación, construcción o reparación de bienes inmuebles destinados a casa habitación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 fracción X, inciso d) de la LIVA, el cual establece:

“ART. 15.—No se pagará el impuesto por la prestación de los siguientes servicios:....X. Por los que deriven intereses que:...d) Provengan de créditos hipotecarios o con garantía fiduciaria para la adquisición, ampliación, construcción o reparación de bienes inmuebles destinados a casa habitación.”

En este sentido, aconsejamos adicionar la exención a los intereses generados por el crédito inverso con la finalidad específica que nos ocupa en este ensayo.

CAPÍTULO IX

COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA INVERSA CON DIVERSAS FIGURAS JURÍDICAS

Al comentar el tema objeto del presente ensayo, con frecuencia nos encontramos con opiniones como “es una renta vitalicia”, “es una compraventa en abonos”, “es una venta con reserva de usufructo” etcétera.

En efecto, la finalidad inmediata de la figura jurídica puede alcanzarse por diversos medios, sólo que cada uno tiene su propia naturaleza y efectos jurídicos y por ello consideramos importante desarrollar actos nuevos o modalidades adicionales a las prevalecientes en nuestro entorno legal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad consagrada en nuestra legislación.

Desde luego, no intentaremos desarrollar un análisis comparativo profundo entre el contrato de crédito con garantía hipotecaria inversa y los demás actos jurídicos con los que pudiera encontrar cierta conexión o similitud, tan sólo mencionaremos algunos y la diferencia esencial con ellos.

a) *Enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo vitalicio*

En principio, parece alcanzar la finalidad del crédito inverso. El acreditado conserva su vivienda, al estar facultado para usar y disfrutar el inmueble cuya nuda propiedad enajena y, adicionalmente, convierte par-

cialmente su valor en recursos líquidos para completar sus necesidades económicas.

Sin embargo hay diferencias importantes con el crédito. En primer lugar, implica la enajenación de la vivienda, no obstante conservar su uso y disfrute. Por lo tanto, a su fallecimiento (salvo el caso del usufructo sucesivo), este derecho se extingue y sus herederos no tendrán posibilidad alguna de preservar el inmueble.

En adición, el precio del bien estará determinado por la expectativa de vida del usufructuario y en consecuencia, la duración del usufructo, recibiendo el enajenante una cantidad inferior al valor comercial del inmueble y no obstante, al momento de su defunción, se extinguirá el usufructo y se consolidará la propiedad a favor del nudo propietario sin recibir sus herederos cantidad adicional alguna.

Si el usufructuario sobrevive escasos meses a la celebración del contrato, habrá realizado un acto jurídico sensiblemente perjudicial a su patrimonio.

Adicionalmente, la enajenación de la vivienda pudiera no estar exenta del impuesto sobre la renta, obligando al enajenante a pagar dicha contribución con demérito del ingreso obtenido.

No hacemos las observaciones correspondientes al crédito inverso, en virtud de haberse precisado en el cuerpo de este ensayo.

b) *Donación de la nuda propiedad con carga del donatario de sufragar los gastos de alimentos del donante*

De nueva cuenta se produce el efecto traslativo de la propiedad, con la misma incertidumbre respecto de la supervivencia del donante y en consecuencia la aleatoriedad del contrato.

El tratamiento fiscal resulta complicado, porque al resultar incierto el monto de la contraprestación constitutiva por la carga impuesta al donatario, el impues-

to sobre la renta del enajenante deberá calcularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 146 párrafo tercero, atendiendo al valor del avalúo para este efecto practicado por perito valuador autorizado por las autoridades fiscales.

De ésta manera, la enajenación no estaría exenta para el donante, porque finalmente tiene derecho a una contraprestación y en consecuencia, al ser onerosa la donación, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas (art. 2337 c.c.).

c) *Contrato de Renta Vitalicia*

Los comentarios vertidos en los apartados de los incisos anteriores, resultan aplicables al contrato de renta vitalicia, porque de igual forma se produce la enajenación del inmueble, los impuestos correspondientes deberán cubrirse y persiste la incertidumbre respecto de la supervivencia del pensionado y por lo tanto la aleatoriedad del negocio, pudiendo resultar en perjuicio de la parte vulnerable.

d) *Contrato de arrendamiento*

Permite conservar la propiedad del inmueble y resuelve en principio el problema del flujo, sin embargo obliga la desocupación de la vivienda y el pago del impuesto sobre la renta por los ingresos obtenidos por la locación.