



UNIVERSIDAD OPARIN S.C.

CLAVE DE INCORPORACIÓN UNAM 8794

PLAN 09 AÑO 04

**“ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE
HIPOTECA INVERSA. ARTÍCULOS 7.1144 QUINQUIES, SEXIES Y
OCTIES DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”**

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ABRIL AVIASER GAZANINI ESPINA

ECATEPEC, ESTADO DE MÉXICO, NOVIEMBRE 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD OPARIN S.C.

CLAVE UNAM 8794

AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN DE TESIS

**LIC. MANOLA GIRAL DE LOZANO
DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS
UNAM
PRESENTE**

Me permito informar a usted que **el trabajo escrito:** "ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE HIPOTECA INVERSA, ARTÍCULOS 7.144 QUINQUES, SEXIES Y OCTIES DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO".


Elaborado por:

<u>GAZANINI</u>	<u>ESPINA</u>	<u>ABRIL AVIASER</u>	<u>408535043</u>
Apellido Paterno	Apellido Materno	Nombre	Núm. de cuenta

Alumno(s) de la carrera de: DERECHO

Reúne los requisitos académicos para su impresión.

OCTUBRE 2016


Mtro. Leobardo Reyes Sandoval
Nombre y firma del Asesor
de la Tesis




Mtro. Leobardo Reyes Sandoval
Nombre y firma del Director
Técnico

"Desconocer una verdad, nos hace esclavos de una mentira"

Proverbio chino

DEDICATORIA:

A los amores de mi vida que, sin lugar a dudas, son mis padres Orlando y Fausta, quienes siempre me han brindado su amor y apoyo incondicional. Gracias por acompañarme y ser siempre la luz que me guía en mis momentos más oscuros, por siempre tener fe y confianza en mí. A ustedes que son mi motivación más grande para llevar a cabo mis proyectos y alegran cada día de mi vida por el simple hecho de existir.

A mis hermanos Tania, Carisa, Belén y Ángel, quienes siempre me han acompañado en todas mis travesías y me incentivan para continuar en los momentos que he querido desistir.

Gracias a todos mis profesores por forjarme a lo largo de la carrera y en especial a mi asesor de tesis, Leobardo Reyes Sandoval, por poner su dedicación, tiempo y por darme dirección en este proyecto.

Agradezco a todos los que han hecho posible que el día de hoy me encuentre aquí, concluyendo este proyecto.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1- CONTRATOS DE GARANTÍA

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	9
1.1.1 FIANZA	9
1.1.2 PRENDA	12
1.1.3 HIPOTECA	14
1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA	17
1.2.1 CONTRATO DE FIANZA	19
1.2.2 CONTRATO DE PRENDA.....	26
1.2.3 CONTRATO DE HIPOTECA.....	33
1.3 DIFERENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA CONTEMPLADOS EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y DEL DISTRITO FEDERAL	39

CAPÍTULO 2.- ANÁLISIS DE LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS E INTESTAMENTARIAS

2.1. PATRIMONIO.....	42
2.1.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES.....	45
2.1.2 BIENES.....	46
2.1.3 PROPIEDAD	49
2.2 SUCESIONES	53
2.2.1 PRINCIPIOS RECTORES	56
2.2.2 CLASIFICACIÓN DE LA HERENCIA Y FORMAS DE SUCEDER	59

2.2.3 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUCESIÓN	62
2.2.4 ALBACEA	63
2.3 SUCESIÓN TESTAMENTARIA	66
2.3.1 CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO	67
2.3.2 CAPACIDAD PARA TESTAR Y HEREDAR	68
2.3.3 TIPOS DE SUCESORES	71
2.3.4 TIPOS DE TESTAMENTOS	74
2.3.5 ELEMENTOS DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL TESTAMENTO	75
2.3.6 INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS	76
2.4 SUCESIÓN INTESTAMENTARIA O LEGÍTIMA.....	78
2.5 PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS E INTESTAMENTARIAS	80

CAPÍTULO 3.- ANÁLISIS SOBRE EL CONTRATO DE HIPOTECA INVERSA CONTEMPLADO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL, VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO

3.1 CONTRATOS	82
3.1.1 CLASIFICACIÓN	84
3.1.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	87
3.1.3 ELEMENTOS DE VALIDEZ.....	88
3.1.3 EFECTOS.....	89
3.2 ANTECEDENTES INTERNACIONALES DE LA HIPOTECA INVERSA.....	90
3.3 HIPOTECA INVERSA EN MÉXICO	94
3.3.1 REQUISITOS	96

3.3.2 PERSONAS AUTORIZADAS PARA OTORGAR LA HIPOTECA INVERSA	98
3.3.3 DIFERENCIAS ENTRE UNA HIPOTECA INVERSA Y UN CRÉDITO HIPOTECARIO.....	102
3.3.4 LA HIPOTECA INVERSA COMO UNA ALTERNATIVA PARA PENSIONARSE	104

CAPÍTULO 4.- ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE HIPOTECA INVERSA. ARTÍCULOS 7.1144 QUINQUIES, SEXIES Y OCTIES DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1 ANÁLISIS	106
4.2 PROPUESTA	114

CAPÍTULO 5.- CONCLUSIONES..... 117

GLOSARIO	119
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	123
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la figura jurídica de la hipoteca inversa en su aspecto legal encaminada a elaborar una propuesta sobre el establecimiento de sus lineamientos, a fin de delimitar su alcance o preferencia respecto a figuras jurídicas como las sucesiones. Lo anterior para obtener una certeza y eficacia jurídica para su aplicabilidad dentro de la práctica legal.

Durante el desarrollo del primer capítulo se hablará sobre los elementos constitutivos del contrato de hipoteca, abordado desde sus antecedentes, aspectos generales y clasificación. Lo anterior con la finalidad de ilustrar al lector sobre la aparición y progreso histórico de dicha figura, a fin de comprender su evolución y objetivos de cada tipo de hipoteca vigente.

En el segundo capítulo de esta obra se hace un análisis sobre las sucesiones testamentarias e intestamentarias para comprender sus alcances, según su especie, así como los derechos y obligaciones que adquieren los herederos. Esto con la finalidad de entender la forma en que la figura de la hipoteca inversa puede afectar o chocar con los intereses de las sucesiones.

El tercer capítulo se entra de fondo en el estudio de la hipoteca inversa contemplada en la Legislación Civil del Estado de México; haciendo una breve comparación de su aplicabilidad en otros países, para analizar sus ventajas y desventajas. Esto para saber si dicha figura cumple sus objetivos de una manera eficaz.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se llega a la parte medular del presente trabajo, haciendo un análisis general sobre la hipoteca inversa encaminada a proponer los lineamientos para su aplicación en la práctica sobre la figura de hipoteca inversa contemplada en el estado de México. Lo anterior permitirá identificar cuáles serán sus alcances y limitaciones.

CAPÍTULO I

CONTRATOS DE GARANTÍA

1.1 Antecedentes históricos

Es oportuno hacer un recorrido de los antecedentes que rodean los contratos de garantía integrados por la fianza, prenda e hipoteca, toda vez que tengan como finalidad el garantizar el pago de una deuda.

Aún y cuando los tres tienen características que sirven para diferenciarlos, desde sus orígenes, estos contratos han estado vinculados entre sí; sobre todo en el caso de la prenda e hipoteca, pues prácticamente surgen de manera simultánea. Por este motivo se cree conveniente abordar de manera particular los antecedentes sobre cada una de las figuras que a continuación se detallan:

1.1.1 Fianza

Ésta figura tuvo como necesidad garantizar el cumplimiento de un derecho ante un tercero y, en caso de no cumplir con lo pactado, la persona obligada sufriría una afectación económica. Sin embargo, la simple promesa no nos da la certeza de que efectivamente se pueda llevar a cabo el cumplimiento de dicho compromiso. Es por ello que, día a día, esta figura ha tratado de evolucionar, con el fin de encontrar medios efectivos que nos permitan cumplir con ciertas obligaciones.

Aguilar Beltrán y Gudiño Antillón (2007:3) mencionan que el antecedente más remoto de fianza con que se cuenta es una inscripción descubierta en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, rey de Sumer y Akkad, que data del 2613-2568 a.c.. En dicha

inscripción ya se establecía que un tercero asumía una obligación que no le era propia. Aunque este antecedente sea uno de los más evidentes no significa que sea determinante para la creación de la fianza, pues los antecedentes más precisos sobre la fianza se encontraron en Roma.

En Israel existen antecedentes de la fianza en el año 922 a.c., donde una de las parábolas del rey Salomón dice: "cualquiera que se convierte en un fiador de un extraño, tendrá que arrepentirse". Se refiere a que el fiador deberá pagar las consecuencias por haber confiado en una persona y, si ésta no cumple, tendrá que asumir la responsabilidad. Con esto se comprueba que la característica principal de este contrato se basa en una simple promesa.

Manuel Molina Bello dice:

"En el derecho Babilónico el Código de Hammurabi se estableció una institución de garantía en la cual se podía dejar en depósito a un esclavo para garantizar el pago de una deuda, en caso de que no se liquidara lo adeudado, el acreedor a quien se le había dejado en depósito al esclavo, tenía la facultad de disponer del esclavo, incluso hasta de su vida."(1992:9-10)

En esta legislación el esclavo era visto como un bien y no como una persona, razón por la cual era entregado en carácter de prenda, ya que el acreedor disponía del esclavo una vez que la deuda no era cubierta.

Fue en el derecho Romano donde se crearon los aspectos más significativos para la cimentación de la fianza. Esta figura se encontró con el nombre de "*fidere*", la cual significa "confianza" y consistía en un contrato donde una persona se obligaba a garantizar

el pago de otra ante un tercero, en caso de que el segundo no cumpliera.

Estos contratos regularmente se hacían a través de una *stipulatio*; es decir, en formular una serie de preguntas al obligado, quien debía responderlas de manera verbal a fin de darle validez legal al contrato, el cual también podía celebrarse de manera escrita después. De ésta manera surge una nueva figura, llamada *fideipromisso*, la cual funcionaba igual a la *fidere* pero cuya celebración podía darse entre Ciudadanos y Extranjeros, toda vez que Roma hacía la distinción entre estos dos tipos de habitantes. A los primeros se le concedían ciertos derechos y los segundos, a pesar de residir en los poblados de Roma, no cubrían los requisitos para alcanzar la ciudadanía.

En México la fianza entró en vigor a partir del año 1871, donde se estableció que, en dicho contrato, un tercero estaba obligado a cumplir con el compromiso que el deudor principal no cumplía. Este contrato podía ser celebrado por cualquier particular y cobrarlo por él.

En 1895 se otorgaron concesiones a compañías nacionales y extranjeras para dar origen a la fianza de empresas.

En la actualidad existen dos tipos de fianza: la civil, que es un contrato donde un tercero se compromete a cumplir con una obligación en caso de que el deudor directo no la cubra. Como característica esencial debe ser gratuito mientras que la fianza de la empresa obedece a un contrato oneroso, pues comúnmente el fiador es una empresa autorizada que cobra por volverse garante a través de pólizas.

1.1.2 Prenda

Los orígenes del contrato de prenda se ubican en el derecho romano, donde utilizaban la figura de *Pignus* para garantizar el cumplimiento de una deuda, misma que contaba con dos modalidades, la prenda personal o posesoria y la prenda sin desplazamiento de posesión. La primera consiste en entregar "la cosa" al acreedor y en la segunda el deudor. No es necesario que haga entrega inmediata de "la cosa" para garantizar el pago.

Aunque en el derecho romano ya existía la costumbre de entregar una cosa al acreedor para que éste la conservara en su poder y, una vez que se pagara la deuda, el acreedor le restituyera "la cosa". La prenda fue adquiriendo más fuerza y se fue convirtiendo en una verdadera garantía, donde se le protegía al acreedor para que éste no sufriera la desposesión de "la cosa" por un tercero, o incluso por el mismo deudor.

Sin embargo, los cambios que sufría la prenda no favorecían del todo al acreedor, pues el deudor conservaba el derecho de que una vez cumplida su deuda, le fuera entregado el bien. No obstante, el acreedor podía disponer de una prenda de embargo, pero cuando la deuda le fuera cubierta debía restituir el bien.

Razón por la cual, al momento de constituir la *pignus*, podrían agregarse varias cláusulas especiales o pactos que podían ser los siguientes:

- A. El *pactumlexcommisoria* consistía en otorgarle al acreedor la facultad de cobrarse con "la cosa" en prenda, solo cuando la deuda no fuese cubierta.

- B.** El *pactum de distrahendo pignore* le daba la facultad al acreedor para vender la prenda en caso de que la deuda no fuese cubierta en la fecha pactada; debiendo cobrarse, de la venta, únicamente el monto de la deuda y la cantidad sobrante debía ser entregada al acreedor. Este pacto comenzó a utilizarse de manera regular, convirtiéndose en un aspecto esencial de la prenda.
- C.** La *antichresis* era una condición en la se podía pactar que los frutos generados por "la cosa" en prenda, podían servir como pago al acreedor; mismos que primero cubrirían los intereses y luego el capital.
- D.** El *pignusconventum* permitía al deudor retener "la cosa" sin que el acreedor adquiriera la posesión o el dominio sobre la misma. Este tipo de prenda sin posesión dio origen a lo que posteriormente se le conoció como *hypotheca*.

El contrato de prenda se perfeccionaba con la entrega material de "la cosa" y, en caso contrario, se decía que solo existía una promesa de prenda o un pre contrato.

Es por ello que en el Código Civil de 1884 se reconoció al contrato de prenda y se estableció que solo podía surtir sus efectos una vez entregada "la cosa" empeñada al acreedor y, solo en caso de recaer sobre frutos, ésta podía quedarse en poder del deudor.

Actualmente, para constituir la prenda, ésta debe ser entregada en forma real, virtual y jurídica. Se dice que la entrega es real cuando materialmente se hace; es virtual cuando las partes convienen en que dicha prenda permanezca en poder de un tercero o del mismo deudor, y es jurídica cuando así lo determine la ley.

1.1.3 Hipoteca

Esta figura se desprende de la prenda; sin embargo, la modalidad cambia ya que, para su existencia, no necesariamente el acreedor debe tener posesión del bien como tal. Además funcionaba con la *pignus conventum* o sin posesión.

Principalmente la hipoteca tuvo su origen en la antigua Grecia. Tenía el carácter de "Datio In Solutum", mejor conocido como "dación en pago", la cual consiste en entregar algo para pagar una deuda. El deudor le entregaba un bien inmueble al acreedor con la finalidad de garantizar el pago de la deuda, y el acreedor tenía el derecho de usarlo hasta que no fuera cubierta la deuda original, como pago de los intereses generados.

En esta ciudad, a fin de darle publicidad a la constitución de la hipoteca sobre un bien inmueble, se colocaba en su fachada un pedestal o lápida, con el objetivo de hacerle saber al público que dicho bien se encontraba gravado y, por lo tanto, había un derecho preferente.

En el derecho griego la hipoteca tenía características semejantes a la anticresis, razón por la cual dicha figura siguió conservándose por el derecho romano.

A pesar de haber surgido en Grecia, fue en Roma donde se perfeccionó, utilizando la fiducia . Dentro de ésta figura se pueden observar dos cláusulas:

1. Clausula comisorio.- Consistía en que "la cosa" entregada como garantía, se ingresaba al patrimonio del acreedor, quien podía tomarla como pago de la deuda.

2. Pactan de vendendo.- El acreedor podía vender dicho bien si no se cubría la deuda y, en caso de que ésta fuera menor al precio recibido por la venta, la cantidad sobrante le era entregada al deudor.

Sin embargo, esto dejaba en desventaja al deudor, ya que el acreedor era quien poseía la mayoría de los derechos para hacer efectivo el cobro de su crédito. Incluso, en caso de su muerte, sus herederos podían reclamar la entrega de "la cosa".

En Roma se contemplaban tres etapas: en la primera el deudor entregaba al acreedor el dominio temporal de una cosa. Con el pacto fiducia, en su segunda etapa, el deudor daba al acreedor la posesión pero no el dominio; razón por la cual dicho bien se restituía al cancelarse la obligación. Por último, el acreedor adquiere el derecho de posesión por el incumplimiento del deudor.

Toda vez que el deudor necesitaba de sus bienes para poder pagar la deuda, la hipoteca surgió como una prenda sin desplazamiento; adquiriendo ciertos matices, donde el acreedor podía vender y, en caso de haber varias hipotecas, se le otorgaba preferencia a la más antigua. Así surgió lo que hoy conocemos como derecho de preferencia, el cual le otorga al acreedor la facultad de satisfacer su crédito en primer lugar. El derecho de persecución da la facultad al acreedor de perseguir "la cosa" y poder hacer efectivo su derecho de *erga omnes*; es decir, que le concede el derecho ante todos.

Sin embargo, y a efecto de analizar cómo ha funcionado y cuáles han sido las variantes de la hipoteca en el ámbito internacional, mencionaremos de manera breve a los países considerados más importantes.

En Francia, en el siglo XVIII, la hipoteca aparece con el nombre de *Obligatiobonoru*. Se permitía embargar los bienes muebles y los frutos de los inmuebles. En el código de Napoleón de 1804 se contempló a la hipoteca convencional o la general; la cual, a diferencia de la primera, no necesariamente tenía que ser inscrita.

En Europa la hipoteca se regía por principios de publicidad y especialidad. En el derecho Germánico dichos actos debían ser aprobados por un consejo o tribunal debiendo ser públicos. No obstante, en Alemania las hipotecas dejaron de tener publicidad, dando origen a las hipotecas generales y ocultas. Por lo anterior en el código prusiano de 1774 se estableció que la hipoteca debía ser especial por estar constituida sobre un bien inmueble determinado; legal porque su inscripción debía hacerse por la autoridad, de acuerdo a los requisitos de ley; pública, pues se debía hacer de su conocimiento la existencia de los gravámenes que le recaían mediante la inscripción y prioritaria toda vez que le daba preferencia a la inscripción con más antigüedad.

Por último, En México, antes de la llegada de Hernán Cortes, ya existía la prenda como un elemento de garantía donde el deudor daba al acreedor un bien o un esclavo. Es en la "Ley de Toro" donde se aprecia la primera distinción entre hipoteca y prenda, pues la primera recae sobre un bien inmueble, y la segunda sobre un bien mueble. La hipoteca no concedía el derecho de preferencia. En el caso de que varias prendas estuviesen constituidas sobre el mismo bien, se le debía pagar a los acreedores prendarios que inscribieron su garantía antes. Esto en atención al principio *prior tempore, portior jure* que significa "primero en tiempo, primero en derecho".

Como podemos observar, el origen de la hipoteca se da en Grecia y es en Roma donde dicha figura se perfecciona. En esta ciudad se le

da el carácter de derecho real, constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación.

En la actualidad la legislación del estado de México dice que la hipoteca puede estar constituida sobre bienes inmuebles, derechos reales o conjuntos de bienes muebles o inmuebles que formen una unidad industrial, comercial, de servicios, agrícola o ganadera. Asimismo también se contempla el derecho de preferencia y de retención del bien.

1.2 Clasificación de los contratos de garantía

Cuando decimos que son de garantía es porque sirven como depósito o para asegurar el cumplimiento de una obligación. Podría decirse que la garantía es sinónimo de seguridad toda vez que el deudor deposita un bien y, en caso de incumplimiento del pago, el acreedor hace efectivo su derecho.

Las garantías no se deben ver como un medio de desconfianza hacia los deudores, sino como un medio que la ley reconoce para facilitar un crédito. Es la protección establecida a favor del acreedor; le da seguridad de que su crédito se hará efectivo.

Existen diferentes tipos de garantías, de las cuales destacan las siguientes:

- 1. Garantías reales.-** Recaen sobre uno o más bienes, los cuales conceden al acreedor derechos o acciones para hacer efectivo el pago del crédito

2. Garantías personales.- Recae sobre una tercera persona cuando el deudor no paga la deuda. Si el fiador se encuentra en estado de insolvencia, dejando al acreedor imposibilitado de recuperar el crédito.
3. Garantías generales.- Pertenecen a las garantías reales y recaen sobre todos los bienes presentes o futuros de una persona.
4. Garantías especiales.- Recae sobre bienes específicos y determinados.
5. Garantías legales.- Son aquellas emanadas de la ley.
6. Garantías convencionales.- Son creadas por la voluntad de las partes.

Como podemos darnos cuenta, las garantías reales figuran en los contratos de prenda y de hipoteca, pues recae sobre un bien o un derecho. En caso de que el deudor no pague, el acreedor podrá ejercer su derecho de cobro. La garantía personal aplica en el contrato de fianza, toda vez que la garantía recaiga sobre el fiador. Se puede decir que las garantías reales son más asertivas porque recaen sobre algo más tangible. Es decir, sabemos que existen los bienes y podemos conocer su esencia, e incluso el estado en el que se encuentran. En cambio, la garantía personal le quita un poco de certeza, pues no se sabe en qué situación se encuentra el fiador, lo cual se podría complicar si el fiador carece de solvencia para enfrentar la liquidación de la deuda.

Los contratos de garantía contemplan la siguiente clasificación: fianza, prenda e hipoteca, las cuales están vinculadas entre sí. Por ello abordaremos sus características generales, a fin de comprender sus distinciones y similitudes. Si bien es cierto que cada uno de estos contratos tiene sus propias características, todos tienen como finalidad que el pago de la deuda adquirida, quede asegurado.

1.2.1 Contrato de fianza

El Código civil vigente en el estado de México, en su artículo 7.1000 nos dice que:

La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. Siempre deberá constar por escrito.

Clemente de Diego, citado por Rafael de Pina Vara, dice que "El contrato de fianza es aquel por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal, subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o fiador anterior no la cumplan" (1961:249).

En este tipo de contrato el fiador deberá ser una persona que cuente con bienes suficientes para responder con su obligación. En caso de que el fiador caiga en estado de insolvencia, el acreedor podrá pedir otro fiador, y si hay omisión, el juez nombrará a otro, obligado a pagar de manera inmediata.

El fiador podrá obligarse a menos o de manera igual que el deudor, pero no a más. En caso de que así hubiese sido, se reducirá su obligación. Del mismo modo el fiador puede hacer uso de una excepción llamada excusión, donde el acreedor deberá exigir primero el pago al deudor y hacer una excusión de sus bienes. Es decir, tomar el valor de los bienes al pago de la obligación.

La excepción de excusión procede siempre y cuando el fiador alegue su beneficio al momento de ser requerido del pago. Deben designar bienes del deudor ubicados en el estado de México y anticipar o asegurar los gastos generados por la excusión. Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento o se demuestra que los ocultó, el

fiador podrá hacer uso de ésta excepción, aún y cuando no se haya solicitado desde el inicio. El acreedor puede obligar al fiador a interponer esta excepción con el fin de garantizar el pago de su deuda, pero si éste fuera negligente, será responsable de los daños causados al fiador, e incluso podrá ser liberado de la parte que cubrían los bienes designados para la excusión. Sin embargo, esta excepción no podrá interponerse cuando el fiador renuncie expresamente a ella, cuando el deudor se encuentre en concurso o insolvencia, cuando se ignore su paradero o no pueda ser demandado judicialmente dentro del estado de México o cuando el dinero, producto de la fianza, haya sido para un negocio propio del fiador.

Además del derecho de excusión otorgado al fiador, éste también puede hacer uso del beneficio de orden; es decir, cuando el acreedor le requiera al deudor antes que al fiador. En caso de renuncia a este beneficio, el acreedor podrá perseguir al deudor y fiador al mismo tiempo; sin embargo, el fiador podrá conservar el derecho de excusión, aún y cuando ya se haya dictado sentencia.

En caso de que el fiador hubiese renunciado a ambos derechos podrá demandar al deudor principal para presentar pruebas y justificar el incumplimiento de la deuda, si el deudor no cuenta con ellas, la sentencia también le perjudicará a él.

Como puede verse, la relación generada por este contrato no solo crea una relación entre el acreedor y fiador, pues también lo hace entre el fiador y el deudor principal. Así como se le otorgan facultades al acreedor para requerir el pago de la deuda al fiador y deudor, también le da facultades al fiador para exigirle al deudor el cumplimiento del pago, la indemnización por haber cubierto el pago de la deuda principal, los intereses y gastos que se hayan generado a partir de la notificación al deudor sobre el pago de los daños y

perjuicios generados por causa del deudor. No obstante, para que el fiador pueda hacer el cobro de dicha indemnización, tendría que ser designado por el deudor pues, si la fianza se hubiese otorgado contra su voluntad, está obligado a responder de acuerdo al beneficio obtenido, una vez liquidada la deuda.

Así también, el fiador podrá exigir al deudor que asegure el pago de su deuda o, en su defecto, lo releve de la fianza en los siguientes casos: cuando el fiador sea demandado judicialmente, a fin de realizar el pago de la deuda; el deudor registre un detrimento en sus bienes al grado de ocasionarle un estado de insolvencia; el deudor tenga la intención de abandonar el país o se haya comprometido en un tiempo determinado que ya haya transcurrido a relevar del cargo al fiador.

Nuestra legislación contempla la fianza legal o judicial, la cual consiste en que el fiador no gozará de los beneficios de orden y de excusión. Así mismo, cuando la fianza tenga esta naturaleza, ya sea por disposición de ley o de providencia judicial; a fin de poder ser fiador, éste deberá contar con bienes inmuebles cuyo valor garantice las obligaciones contraídas, debiendo estar inscritos en el Registro Público de la Propiedad, salvo que el fiador sea una institución de crédito. No se exigirá que el fiador cuente con bienes inmuebles cuando la garantía de la obligación no exceda de quinientos días de salario mínimo; es decir, \$35,050.00 (Treinta y cinco mil cincuenta pesos 00/100 M.N.). Dicho cálculo se hace con base en el salario mínimo vigente en el estado de México, equivalente a \$73.04 (setenta y tres pesos 04/100 M.N.).

Una vez constituida la fianza, deberá contener anotaciones marginales en el Registro Público de la Propiedad, ahora conocido como Instituto de la Función Registral. Cuando dicha fianza se extinga deberá ser cancelada. En caso de que el fiador enajenara o gravara los bienes con dicha inscripción, se presumirá que su conducta fue fraudulenta. La inscripción tiene como finalidad hacer del conocimiento que dicho bien tiene un gravamen, motivo por el cual no debe ser enajenado.

Se dice que, dentro de los contratos existentes de garantía, éste es el menos efectivo. Dicha garantía es personal y podría suceder que esa tercera persona también se encuentre en estado de insolvencia, lo cual derivaría en el incumplimiento de su obligación, dejando en desventaja al acreedor.

Los motivos que pueden originar la extinción de la fianza, según lo previsto por los artículos 7.1050 al 7.1056 del Código Civil del Estado de México, pueden ser los siguientes:

1. Por confusión entre la obligación del deudor y fiador, pues uno le hereda a otro, lo cual deriva en que ambas figuras se fusionen en una sola.
2. Cuando el acreedor libere de la deuda a uno de los fiadores sin el consentimiento de los demás. Dicha condonación aprovechará a todos hasta donde alcance la parte del fiador liberado.
3. Cuando el acreedor otorgue prórroga al deudor sin el consentimiento de los fiadores.
4. El fiador queda liberado en caso de que, una vez transcurrido un mes de la expiración del cumplimiento de la deuda, el acreedor no haya requerido judicialmente al deudor para el cumplimiento de su obligación.

5. Cuando el acreedor deje caducar el juicio por inactividad procesal, misma que se da al transcurrir los 180 días naturales; tal y como lo establece el artículo 1.243 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México.

Derechos y obligaciones:

1. Acreedor:

- a) Puede exigir la fianza antes de lo pactado, en caso de que el deudor sufriera menoscabo en sus bienes.
- b) Puede pedir a otro fiador cuando el primero cayera en estado de insolvencia.
- c) Puede obligar al fiador a que haga uso del beneficio de excusión.
- d) En caso de que el fiador renuncie al beneficio del orden, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al fiador y al deudor principal.

2. Deudor principal:

- a) Está obligado a pagar la deuda al acreedor o indemnizar al fiador en caso de que éste pague por él.
- b) Se le embargarán bienes antes que al fiador.

3. Fiador:

- a) Debe contar con bienes suficientes para responder por la obligación que garantiza.
- b) Puede obligarse a menos o de la misma manera que el deudor, pero nunca a más.
- c) Los herederos de éste deberán responder de manera mancomunada o solidaria.
- d) Puede hacer uso de los beneficios de orden y excusión, excepto cuando se tratara de un fiador legal o judicial.
- e) Puede ser indemnizado por el deudor.

- f) Puede exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza.

Sus características en éste contrato son las siguientes:

1. Es accesorio porque depende de una relación previa entre deudor-acreedor.
2. Es unilateral, pues únicamente es el fiador quien se obliga a pagar por el deudor cuando éste último no cubra el pago de la deuda. Sin embargo, podría convertirse en bilateral si fuera celebrado por una institución afianzadora, pues se crearía una relación jurídica entre el deudor y fiador.
3. Es gratuito porque el acreedor obtiene un provecho e impone al fiador un gravamen sin que éste reciba una compensación. Excepcionalmente puede ser oneroso cuando la fianza sea otorgada por alguna de las instituciones facultadas por la ley. El deudor debe pagar una prima a favor del fiador.
4. Es conmutativo cuando las prestaciones ya sean conocidas y precisas. En el supuesto que dicho contrato se celebre de manera gratuita, deberá ser de carácter conmutativo y el fiador debe tener claras las obligaciones a las que estará sujeto.
5. Es aleatorio cuando una de las prestaciones depende de un acontecimiento incierto que imposibilita la evaluación de la ganancia o pérdida, hasta que dicho acontecimiento se realice.
6. Es consensual; es decir, debe existir consentimiento entre las partes y puede manifestarse de manera verbal o escrita.

Entre sus principales elementos se encuentran los siguientes:

- 1. Consentimiento.-** Es el acuerdo de voluntades que existe entre el acreedor y el fiador. Éste último debe estar conforme con pagar por el deudor y deberá manifestarlo expresamente.
Sin embargo, cuando la fianza sea judicial, o por institución legalmente facultada, no se requiere la manifestación de la voluntad entre el acreedor y fiador.
- 2. Objeto.-** Es directo cuando crea una obligación subsidiaria para que el fiador pague por el deudor y indirectamente el fiador dé cumplimiento al pago donde podrá responder de manera distinta o igual, pero no a más que el deudor principal. En esos casos se reducirá a los límites del deudor.
- 3. Existencia de la obligación principal.-** Es uno de sus elementos esenciales ya que su inexistencia el contrato tampoco puede tener vida jurídica.

Sus elementos de validez deben ser:

- 1. La forma.-** Es un contrato que debe estar por escrito.
- 2. Capacidad.-** Los fiadores deben ser mayores de edad y estar en pleno uso de sus facultades.
- 3. Ausencia de vicios.-** Para que éste contrato sea válido debe estar exento de vicios como el error, dolo, mala fe, violencia o lesión.
- 4. Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.-** Deberán ser legales. En caso de que dicho objeto, motivo o fin fuera ilícito, el contrato de fianza se vería afectado dando lugar a su nulidad.

La fianza se clasifica de la siguiente manera:

1. Legal.- Es aquella impuesta por la ley, a fin de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones.
2. Judicial.- Es la atribuida por el órgano jurisdiccional
3. Convencional.- Se realiza de común acuerdo entre el fiador y el deudor.
4. Gratuita.- Como su nombre lo indica, el fiador no recibe ninguna retribución por otorgar dicha fianza.
5. Onerosa.- Es aquella en la que el fiador recibe un pago por otorgarla.

1.2.2 Contrato de Prenda

A diferencia del contrato de fianza donde se maneja una garantía personal, en la prenda se da una garantía real, En este contrato el deudor le entrega un bien mueble a su acreedor para garantizar el pago del deudor.

El artículo 7.1066 del Código civil en comento, establece que:

"Mediante la prenda se constituye un derecho real sobre un bien mueble determinado para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

Rafael Rojina Villegas nos define a la prenda como:

"Un derecho real que se constituye sobre bienes muebles enajenables, determinados, que se entregan real o jurídicamente al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago, concediéndole además los derechos de persecución y de venta sobre los citados bienes en caso de incumplimiento (2001:493)."

Este contrato debe estar por escrito y, en caso de ser celebrado por documento privado, se hará con duplicado para cada contratante.

La prenda debe estar constituida sobre bienes muebles determinados, e incluso puede otorgarse sobre frutos pendientes; aunque en este caso, no se podrá vender ni adjudicar el bien empeñado sin antes probar que la obligación principal es legalmente exigible. Para que la prenda se tenga por constituida la entrega del bien debe ser en forma real; es decir, materialmente virtual (cuando el acreedor y el deudor convienen en que el bien se quede en poder del mismo deudor o un tercero), o jurídica (cuando así lo autorice la ley). En este caso, para que la prenda pueda surtir efectos contra terceros debe estar inscrita ante el Registro Público de la Propiedad, actualmente conocido como Instituto de la Función Registral del Estado de México (IFREM).

Si el obligado no hubiese entregado o dado cierto bien en prenda, el acreedor puede pedir la entrega, el vencimiento del plazo o la rescisión del contrato. En caso de que dicho bien ya pase a un tercero, el acreedor no podrá pedir su entrega.

Existen instituciones con autorización legal que realizan préstamos de dinero sobre prenda; para lo cual se regirán por sus leyes o reglamentos y, de manera supletoria, por lo dispuesto en la legislación estatal vigente.

Cuando el acreedor adquiere la prenda tiene derecho de que le sea pagada con el bien pignorado a recuperar la prenda, sin importar quién la tenga. Esto aplica para la indemnización del deudor por los gastos encaminados a conservar el bien empeñado y exigirle otra prenda o el pago de la deuda, solo en caso de que el bien pignorado se hubiese perdido o deteriorado sin su culpa.

Así mismo, el acreedor también está obligado a conservar el bien pignorado como si fuera suyo y a responder por los deterioros o perjuicios sufridos por su causa. Deberá restituir el bien empeñado una vez pagada la deuda, intereses y gastos generados por la conservación del mismo.

Si el acreedor fuera aturdido en la posesión del bien empeñado, deberá hacérselo saber al deudor para que éste lo defienda y, en caso de no hacerlo, éste se hará responsable de los daños y perjuicios. Si el bien en prenda se hubiese perdido, podrá ofrecer otro bien o una caución; sin embargo el acreedor podrá decidir si lo acepta o rescinde el contrato.

Cuando un tercero o el deudor tengan la posesión del bien, objeto de la prenda, podrá utilizarse como mejor convenga a las partes. En caso de no hacer manifestación alguna, tendrán los derechos y obligaciones de un depositario; tal y como lo establecen los siguientes artículos del Código Civil vigente en el Estado de México:

Artículo 7.739. Salvo pacto en contra, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se sujetara a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito.

Artículo 7.744. El depositario está obligado a conservar el bien objeto del depósito, según lo reciba, y a devolverlo cuando el depositante se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado.

Si la persona que tiene en su poder el bien empeñado abusa de él, el deudor podrá exigir su depósito o la otorgación de una fianza para restituirlo en el estado en el estado original. Se debe entender como abuso cuando dicho bien sufre un deterioro, cuando se aplica para un fin distinto al destinado o se usa sin autorización.

Los frutos del bien empeñado pertenecen al deudor; sin embargo, en caso de pactar lo contrario, su importe primero cubrirá los gastos, después los intereses y al final el capital.

En caso de que el deudor no pague en el plazo convenido, el acreedor podrá pedir la venta judicial. Solo al vencimiento de la deuda, ambos podrán convenir para que este último conserve el bien o, en su defecto, lo venda de manera extrajudicial; sin necesidad de un avalúo y estableciendo un precio. En cualquiera de estos casos, el deudor podrá suspender la enajenación del bien, debiendo pagar dentro del plazo de tres días naturales. De lo contrario perderá el derecho a solicitar otra suspensión y pagará el diez por ciento más sobre el valor de "la cosa" por daños y perjuicios ocasionados al acreedor.

Son nulas todas las cláusulas encaminadas a autorizar al acreedor a adjudicarse el bien empeñado o que le prohíban solicitar la venta del bien dado en prenda.

La prenda se puede extinguir, según lo establecido por el artículo 7.1096 del Código Civil del Estado de México por:

1. Convenio de las partes
2. Liquidación de la obligación
3. Venta del bien empeñado

Derechos y obligaciones:

1. Acreedor

- a) Puede pedir la venta judicial o extrajudicial
- b) Puede hacer que se le pague la deuda con el precio del bien
- c) Puede recobrar la prenda
- d) Puede obtener una indemnización por los gastos hechos para la conservación del bien pignorado
- e) En caso de la pérdida del bien, puede exigir otra prenda o el pago de la deuda
- f) Debe conservar y responder por el bien y restituirlo cuando la deuda le sea cubierta

2. Deudor

- a) Tiene derecho a los frutos que genere el bien, salvo pacto en contrario
- b) Tiene derecho a suspender la venta

Dentro de sus características se encuentran las siguientes:

1. Es un contrato accesorio porque ya que depende de una obligación principal; es decir, a la deuda entre el acreedor y deudor
2. Es un contrato real, pues existe en el momento en el que se hace entrega de "la cosa" al acreedor
3. Es un derecho real toda vez que le da el poder jurídico sobre "la cosa" al acreedor, de manera directa e inmediata con la finalidad de retenerla y exigir su venta; otorgándole al acreedor la acción de persecución, venta y preferencia en el pago
4. Recae sobre bienes muebles enajenables y determinados
5. Es bilateral, pues origina derechos y obligaciones para el acreedor y el deudor
6. Es oneroso cuando los provechos y gravámenes son recíprocos entre el deudor y el acreedor. El segundo hace la entrega del bien y el primero se encarga de custodiar y conservar "la cosa"
7. Es gratuito cuando se celebra por un tercero, el cual no recibe provecho alguno y sí es desposeído de "la cosa"
8. Generalmente es un contrato aleatorio toda vez que su venta y pago dependen de un hecho futuro e incierto. Sin embargo, también se dice que es conmutativo debido a las prestaciones que se deben las partes, las cuales son ciertas desde la celebración del contrato

Sus elementos esenciales son:

1. Consentimiento.- Es la aprobación de ambas partes para la entrega y recepción de "la cosa"
2. Objeto.- Es la entrega de un bien existente e individualmente determinado.

Elementos de validez:

1. Capacidad.- Toda vez que se trata de un acto de dominio es necesario contar con la mayoría de edad y pleno uso de las facultades para enajenar. También se requiere la capacidad de goce, a fin de ser el propietario, titular o estar autorizado por el dueño del objeto de prenda.
2. Formalidad.- Éste debe constar por escrito, en documento privado, otorgando uno para cada contratante. En caso de que la prenda recaiga sobre frutos pendientes, cuando la entrega jurídica de la cosa está en poder del deudor, de un tercero, o requiera sobre un crédito; se tendrá que inscribir en el Registro Público con el fin de surtir efectos contra un tercero.
3. Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.- Deberán ser legales, pues si dicho objeto, motivo o fin fuera ilícito, el contrato de prenda se vería afectado por nulidad.

Tipos de prenda:

1. Con desplazamiento.- Se constituye cuando "la cosa" se le entrega al acreedor prendario, quien deberá restituirla una vez que se cumpla con la obligación principal.
2. Sin desplazamiento.- Cuando el objeto dado en prenda se queda en posesión del deudor.

3. Regular.- Se da cuando, una vez cumplida la obligación principal, se restituye la cosa que se dio en prenda.
4. Irregular.- Está conformada por dinero o bienes fungibles que pasan al acreedor y, una vez cubierta que se cumple con la obligación principal, éste está obligado a restituir una cantidad o "cosa" equivalente a la entregada.
5. Crediticia.- Está integrada por una garantía basada en un título de crédito.

1.2.3 Contrato de hipoteca

En la prenda, al igual que en la hipoteca, la garantía es real. Sin embargo, las diferencias entre estos contratos radican en que la prenda recae sobre un bien mueble y en el caso de la hipoteca recae sobre un bien inmueble. No obstante la Legislación Civil vigente en el Estado de México en su artículo 7.1100 establece que:

La hipoteca solo puede ser constituida sobre bienes inmuebles o derecho reales; o sobre un conjunto de bienes muebles e inmuebles que formen una misma unidad industrial, comercial, de servicios, agrícola o ganadera.

Pero en su artículo 7.1103 establece que no podrán ser hipotecados:

- I. Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca;
- II. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad; o bien para el servicio de alguna industria. A no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios;

III. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante:

IV. El derecho de percibir los frutos en el usufructo, concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;

V. El uso y la habitación;

VI. Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda, origen del juicio, se haya registrado previamente; o si se hace constar, en el título constitutivo de la hipoteca, que el acreedor tiene conocimiento del litigio. En cualquiera de los casos la hipoteca quedara pendiente de la resolución del juicio.

El Código Sustantivo del Estado de México, en su artículo 7.1097, se refiere a la hipoteca como:

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

Ramón Sánchez Medal, define a la hipoteca como:

“Un contrato por el que el deudor o un tercero en una determinada obligación, conceden al acreedor el derecho a hacer que se venda un determinado bien en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que se pague con su precio el pago de la misma con preferencia a otros acreedores” (2004:489).

Rafael Rojina Villegas, nos dice que la hipoteca es:

“Un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación” (2001:392).

Ambas definiciones son acertadas, pero consideramos que la más completa es la expuesta por Rojina Villegas, pues da la clave para distinguir a la “hipoteca” de la “prenda”. En la primera no se desposee al dueño del bien gravado, por lo que el deudor sigue disfrutando de su bien y, solo en caso de no cumplir con sus obligaciones, será cuando el acreedor proceda a hipotecar dicho bien.

La hipoteca debe otorgarse en escritura pública y los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen que recae sobre ellos, aún y cuando dicho bien pase al poder de un tercero.

Aunque no se exprese la hipoteca, se extiende a las accesiones naturales del bien hipotecado; a las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados; a los nuevos edificios, sobre el terreno hipotecado constituidos por el propietario. Salvo pacto en contra de la hipoteca, no comprenderá los frutos industriales ni las rentas vencidas.

La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende éste. Puede hipotecarse la nuda propiedad si el usufructo se consolidara con ella. También pueden ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente. Salvo los derechos de prelación, el

copropietario puede hipotecar su parte indivisa y, una vez dividido el bien común, la hipoteca solo gravará la parte correspondiente. Asimismo la hipoteca podrá constituirse sobre derechos reales y su duración dependerá de éstos. Es decir, si tales derechos se extinguen por culpa de quien los disfrutaba, éste tiene la obligación de constituir una nueva hipoteca y, si no otorga alguna otra garantía, a juicio del acreedor, podrá darse por vencido anticipadamente y proceder al cobro de la obligación principal el pago de daños y perjuicios.

Si el bien hipotecado estuviera asegurado y fuera destruido, la hipoteca subsistiría y el valor recibido por el seguro sería parte del pago.

Cuando se hipotecan varios bienes para garantizar un crédito se debe establecer qué cantidad garantiza cada uno de ellos. Asimismo, podrán ser liberados de su gravamen, siempre y cuando se pague la cantidad avalada por cada uno.

Así mismo, la hipoteca debe ser inscrita ante el Registro Público de la Propiedad, con la finalidad de hacerle saber a un tercero el gravamen que recae sobre un bien y así evitar fraudes procesales.

Las causas de extinción de la hipoteca, según lo establecido por el artículo 7.1145 del Código Adjetivo, vigente en el Estado de México, pueden ser las siguientes:

1. Extinción del bien hipotecado
2. Extinción de la obligación
3. Se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado
4. Se expropie el bien hipotecado
5. El bien hipotecado sea rematado judicialmente

6. Haya liberación expresa del acreedor
7. Prescripción de la acción hipotecaria
8. Se consolide o confunda la propiedad del bien hipotecado en el acreedor

Derechos y obligaciones

1. Acreedor
 - a) Puede exigir la mejora de la hipoteca, en caso de que el bien resulte insuficiente para cubrir la obligación principal.
2. Deudor
 - a) Si se comprueba la insuficiencia del valor y éste no mejora la hipoteca, se vencerá anticipadamente la obligación y se hará efectiva la hipoteca.

Dentro de sus características encontramos que:

1. Es un derecho real de garantía constituido sobre bienes determinados. No se desposee del bien al constituyente de la misma y concede derechos persecutorios al titular
2. Es accesorio pues depende del incumplimiento para hacer efectiva la ejecución de la hipoteca
3. Es consensual porque ya que ambas partes deben estar de acuerdo en hipotecar el bien
4. Es formal, lo cual deberá constar por escrito y tendrá que estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad
5. Concede acciones persecutorias de venta y de preferencia en el pago
6. No se desposee al deudor del bien que se hipoteca

Dentro de sus elementos esenciales nos encontramos con el consentimiento entre las partes. Su objeto es “la cosa” dada en garantía, pudiendo ser sobre un bien mueble o inmueble enajenable y susceptible de registro.

Existen varios tipos de hipoteca y Ricardo Treviño García (2008:884-885) la clasifica de la siguiente manera:

Hipoteca voluntaria: Es la convenida entre partes, impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituye.

Hipoteca necesaria: Es la hipoteca especial y expresa que, por disposición de la ley, están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados.

Hipoteca ordinaria: Son aquellas que se constituyen mediante escritura pública, en favor de la persona determinada por una cantidad precisa.

Hipoteca excepcional: Está destinada a garantizar una obligación de existencia dudosa o de cuantía no determinada.

Hipoteca inmobiliaria: Es aquella que se constituye sobre bienes inmuebles.

Hipoteca mobiliaria: Es la que recae sobre bienes muebles, sin desposeer de los bienes al deudor.

El código Civil del Distrito Federal y del Estado de México maneja los mismos conceptos de hipoteca voluntaria y necesaria. Sin embargo, la última legislación agrega a su clasificación la hipoteca inversa, la cual se constituye sobre un inmueble de vivienda que garantice el capital concedido al pensionario para cubrir sus necesidades económicas.

1.3 Diferencias de la Regulación de los Contratos de Garantía Contemplados en la Legislación del Estado de México y del Distrito Federal

Aunque su esencia prácticamente esté basada en una misma, no podemos pasar por alto algunas distinciones que, además de hacer la diferencia marcan la pauta para emprender otras acciones. Por ello se hará una comparación de lo observado entre un código y otro.

Fianza

Según el Código Civil del Estado de México, regulada por los artículos 7.1000 al 7.1065:

- 1.** Se habla de una cosa
- 2.** Se dice que el fiador debe de tener bienes suficientes
- 3.** El fiador se libera cuando el acreedor no promueve por seis meses
- 4.** Para el caso de tiempo indefinido, el fiador solo responderá por el máximo de dos años
- 5.** No establece término de inscripción en el Instituto de la Función Registral

Según el Código Civil del Distrito Federal, regulado por los artículos 2794 al 2855:

1. Se habla de un bien
2. Se dice que el fiador debe tener capacidad y bienes suficientes
3. El fiador se libera cuando el acreedor no promueve por tres meses
4. No establece el periodo en que responderá si fue celebrado por tiempo indefinido
5. Su inscripción o cancelación debe dar aviso al registro público de la propiedad al término de tres días.

Prenda

Según el Código Civil del Estado de México, regulada por los artículos 7.1066 al 7.1096:

1. Debe constar por escrito
2. La prenda debe ser entregada de manera real, virtual o jurídica

Según el Código Civil del Distrito Federal, regulada por los artículos 2856 al 2892:

1. No establece si debe constar por escrito
2. La prenda debe ser entregada de manera real o jurídica

Hipoteca

Según el Código Civil del Estado de México, regulada por los artículos 7.1097 al 7.1144-Undecies:

1. Se debe otorgar en escritura pública
2. Debe estar constituida sobre bienes inmuebles, derechos reales, o sobre un conjunto de bienes muebles e inmuebles que formen la misma unidad industrial, comercial, de servicios, agrícola o ganadera
3. Contempla como tipos de hipoteca la necesaria, voluntaria e inversa

Según el Código Civil del Distrito Federal, regulada por los artículos 2893 al 2943:

1. No establece cómo debe ser su otorgamiento
2. Debe estar constituida sobre bienes especialmente determinados
3. Contempla como tipos de hipoteca la necesaria y voluntaria.
4. Como se puede observar, estas diferencias surgen desde los tipos de entrega, en caso de la prenda. Además la hipoteca contempla otros tipos, en materia de fianza, el término para inscribir en el Registro Público de la Propiedad también es diferente.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS E INTESTAMENTARIAS

2.1.- Patrimonio

Cuando hablamos de sucesiones pensamos en el patrimonio. Esto se debe a que la sucesión se integra por todo el patrimonio adquirido el de cujus.

Por ello es que se estima pertinente hablar del patrimonio y cómo se integra. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: (2001:1156)

Derivado del término latino "Patrimonium"

1. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes

2. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título

El patrimonio es un atributo de la personalidad que consiste en un conjunto de bienes, derechos, deberes y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria. Es decir, valuables en dinero y que constituyen una universalidad jurídica.

Cuando se habla de "universalidad" es importante destacar sus dos modalidades:

1. *Universitas iuris*. La universalidad jurídica o de derecho se define como el conjunto múltiple de bienes y obligaciones (activo y pasivo), que conforman una unidad por disposición legal.

Entre los ejemplos de este tipo de universalidad podemos encontrar al patrimonio.

- 2. Universitas facti.* La universalidad de hecho es una agrupación de cosas singulares que, sin estar materialmente unidas, se les identifica con una misma denominación.

Como ejemplo de este tipo de universalidad podemos encontrar una biblioteca; es decir, se hablan de objetos individuales.

Rafael Rojina Villegas, nos dice que la universalidad jurídica es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona, apreciables en dinero. La universalidad de hecho, es aquella que solo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico (2007:10-11).

Cuando hablamos de universalidad jurídica nos referimos al patrimonio, siendo éste único, indivisible y como un conjunto de bienes, derechos, obligaciones, presentes y futuras; abarcando tanto el activo como el pasivo. Este último aspecto que no se abarca en la universalidad de hecho pues solo se contempla el activo.

El patrimonio es el conjunto de derechos y compromisos que tiene una persona; apreciables en dinero. Debe contener un activo y un pasivo. El primero se refiere a los derechos reales y personales; el segundo a obligaciones y deudas.

Cuando se entra al estudio del patrimonio es importante hablar de las siguientes dos teorías:

- 1. Teoría clásica del patrimonio o Teoría del patrimonio-personalidad.* Sus autores fueron Aubry y Rau. Sostiene que solo las personas pueden tener un patrimonio toda vez que solo ellas son susceptibles de derechos y obligaciones.

Así mismo, es necesario contar con un patrimonio; es decir, deudas o riquezas. Deberá ser solo uno e inseparable de la persona mientras se encuentre viva.

2. Teoría moderna o Teoría del patrimonio – afectación. Sus autores fueron Planiol, Ripert y Picard. En ésta teoría se dice que el patrimonio se puede conformar por dos masas distintas e independientes; es decir, que se pueden obtener dos patrimonios basándose en la idea de que una persona goza de su primer patrimonio, el cual consagra los bienes obtenidos durante su vida. El segundo patrimonio se obtiene por medio de una herencia.

Se dice que la Teoría moderna es algo incoherente por considerar la existencia de dos patrimonios; sin embargo, desde nuestro punto de vista, sí es posible lograr la existencia de ambos, toda vez que las causas son independientes. No obstante, también termina fusionándose para convertirse en uno solo y, en algunos casos, es importante diferenciarlos, pues dependiendo de su origen habrá ciertas excepciones.

A fin de fundamentar lo expuesto anteriormente, se pone como ejemplo un fragmento del artículo 4.27, en su fracción II del Código Civil, vigente del Estado de México, que a la letra dice:

Artículo 4.27. La sociedad conyugal comprende todos los bienes que adquieran los conyuges, individual o conjuntamente durante la vigencia de la misma, a excepción de los siguientes:

- II. Los bienes adquiridos después de contraído el matrimonio, por herencia, plegado, o premios derivados de juegos o sorteos.

Como puede observarse, es importante conocer el proceso de obtención de ciertos bienes para saber en qué caso se aplicarán las excepciones que nuestra legislación contempla.

A manera de conclusión, el patrimonio son todos los bienes de cualquier naturaleza, derechos y obligaciones con los que cuenta una persona desde que nace hasta que muere. Cuando ésta fallezca da origen a la herencia, entendida como el medio de adquirir el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que se transmiten a la muerte de una persona.

2.1.1 Derechos y obligaciones

Dentro de los derechos que se contemplan en el patrimonio nos encontramos con los *reales* y *personales*.

Cuando hablamos de *derechos reales* nos referimos al poder jurídico que una persona ejerce de manera directa e inmediata sobre una cosa, otorgándole la facultad de hacer valer un dominio sobre la misma.

Los *derechos personales*, o de crédito, son aquellos obtenidos por que obtiene una persona mediante un acto jurídico que le da la facultad de hacer efectivo el pago de un crédito a su favor.

Por el contrario, cuando hablamos de obligaciones nos referimos a todas aquellas que nos comprometen para cumplir con determinadas conductas, o con el pago de una cantidad específica a favor de un acreedor.

Es por ello que, cuando hablamos de los derechos y obligaciones, no se puede olvidar que el patrimonio necesariamente está integrado de un activo y un pasivo; entendiéndose como un aspecto positivo y negativo, ya que en éste se incluyen los bienes y deudas de una persona.

2.1.2 Bienes

Los bienes son todas aquellas cosas susceptibles de apropiación en beneficio de una persona o colectividad. Existen diferentes tipos de bienes, los cuales tienen ciertas características que ayudan a distinguir unos de otros. Aunque Antonio de Ibarrola hace una clasificación sobre los tipos de bienes, se estima que Ernesto Gutiérrez y González en su obra “El Patrimonio” (2008) hace un listado más amplio sobre los diversos tipos de bienes, como se muestra de la siguiente manera:

I.- Por sus cualidades físicas o jurídicas

Bienes o cosas por sus cualidades físicas o jurídicas

- A. COSA CORPORAL.- Es la que se puede captar por medio de los sentidos.
- B. COSA INCORPORAL.-Es la que se capta solo con la imaginación, pues escapa al conocimiento por los conductos sensibles.

Bienes o cosas por su determinación

- A. COSA ESPECÍFICA.- Es la que se expresa o designa por sus caracteres de identidad y que resulta individualmente considerada e indubitavelmente designada.
- B. COSA GENÉRICA.- Es la que se expresa por su peso, número o medida y las características comunes a todas las demás que le son iguales.

Bienes o cosas por su posibilidad de substitución

- A. COSA FUNGIBLE- Es la que se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago, pues ambas tienen el mismo poder liberatorio.

B. COSA NO FUNGIBLE.- Es aquella que no se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago, pues no tienen el mismo poder liberatorio.

Bienes o cosas por su posibilidad de uso repetido

A. COSA CONSUMIBLE.- Es la que al primer uso se transforma de manera substancial o bien se pierde jurídicamente.

B. COSA GRADUALMENTE CONSUMIBLE.- Es la que solo con un su uso reiterado se va transformando, desgastando o consumiendo.

C. COSA NO CONSUMIBLE.- Es la que se puede usar en forma reiterada, sin que se perciba su desgaste.

Bienes o cosas por su posibilidad de fraccionamiento

A. COSA DIVISIBLE.- Es aquella susceptible de fraccionarse sin que el valor económico de la suma de sus partes sea inferior al valor del todo.

B. COSA INDIVISIBLE.- Es aquella cuyo valor económico total solo existe en tanto que constituye una unidad.

Bienes o cosas por su existencia en el tiempo

A. COSA PRESENTE.- Es la que existe al momento de constituirse en una relación jurídica respecto ella.

B. COSA FUTURA.- Es la que no existe al momento de constituirse respecto de ella una relación jurídica.

Bienes o cosas por su existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento

A. BIEN O COSA INMUEBLE.- Es la que, por su fijeza, no se puede trasladar de un lugar a otro.

B. BIEN O COSA MUEBLE.- Es la que por sí, o por acción a una fuerza exterior a ella se puede trasladar de un lugar a otro. (2008:78-104)

En su artículo 5.1 la Legislación Civil del Estado de México se define a los bienes como:

Son bienes las cosas que pueden ser objeto de apropiación y que no estén excluidas del comercio.

Se establece que los bienes fuera del comercio, por su naturaleza, son aquellos que no pueden ser poseídos físicamente por algún individuo exclusivamente o por disposición de la ley donde establece que no pueden reducirse a propiedad particular.

Cabe mencionar que el Código Civil del Estado de México y del Distrito Federal contemplan una misma clasificación de bienes, la cual queda de la siguiente manera:

1. Bienes inmuebles

Aquellos bienes que no pueden trasladarse de un lugar a otro, así como todos aquellos que nuestra Legislación Civil señala en su artículo 5.4.

2. Bienes muebles por naturaleza o disposición de ley

Los primeros son aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro y, por disposición de ley, pueden ser aquellos derechos, obligaciones, acciones o títulos de asociaciones o sociedades.

3. Bienes considerados según las personas a quienes pertenecen; pudiendo ser al poder público o propiedad particular.

Los primeros son aquellos que pertenecen a la federación; se dividen en bienes de uso común y de los servicios públicos y propios. La propiedad particular es aquella que le pertenece legalmente y necesita de su consentimiento o autorización para hacer uso de ellos.

4. Bienes mostrencos

Son aquellos bienes muebles que se encuentran abandonados o perdidos, cuyo dueño se desconoce.

5. Bienes vacantes.

Son aquellos bienes que no tienen dueño cierto y conocido.

Como se puede apreciar, la clasificación de los bienes es extensa; sin embargo, primeramente los bienes se dividen en muebles e inmuebles, y ciertos puntos mencionados en las clasificaciones solo son características que sirven como distinción de unos con otros.

El patrimonio de todas las personas está integrado por diversos bienes y, en ocasiones, es necesario saber a qué clasificación pertenecen para saber bajo qué modalidades se rige cada uno de ellos.

2.1.3 Propiedad

Antes de profundizar en el tema de las sucesiones es importante abordar el concepto de propiedad y las formas de adquirirla, pues la sucesión es un medio para adquirir la propiedad.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su obra "Derecho Civil" dice que la propiedad es el poder jurídico (derecho real) que su titular ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa y con exclusión de terceros. Le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico;

puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin más limitaciones y modalidades que las establecidas por la ley. (2006:348)

El derecho de propiedad es la facultad de una persona para disponer de la manera que desee sobre un bien, e incluso un derecho. Se dice que una persona no nace ni muere con los mismos derechos sobre los bienes, pues todas entran en una transición y a lo largo de su vida pueden adquirir, cambiar o perder diversos bienes, hasta que fallezca.

Es importante mencionar que el titular de un derecho de propiedad puede disponer de “la cosa” sobre la que ejerce su derecho, pudiendo usarla, disfrutarla, e incluso limitarla o perderla, con la celebración de ciertos actos jurídicos que establezcan determinadas condiciones y términos. Sin embargo, esto sucede cuando el propietario tenga la voluntad de hacerlo, pues cuenta con la facultad de realizar, o no, dichos actos jurídicos. El derecho de propiedad es la máxima facultad que posee una persona para decidir libremente qué hacer respecto a sus bienes.

El doctor en derecho, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, habla sobre los diversos medios por los que una propiedad puede adquirirse y realiza la siguiente clasificación:

- 1. Por su origen.-** Hay adquisiciones que por su origen son a título originario y a título derivado. El primer supuesto se da cuando el objeto adquirido no era propiedad de alguien, conocido y determinado. El segundo, por el contrario, tiene lugar si un sujeto transmite su derecho de propiedad al adquirente.
- 2. Por la extensión de su objeto.-** Los medios para adquirir la propiedad se dividen en medios a título

universal y a título particular. La adquisición es a título universal cuando se adquiere todo o una parte alícuota de un patrimonio, con un activo y pasivo, con derechos y obligaciones; como sucede en la herencia. La adquisición es a título particular cuando se refiere a uno o varios bienes, pero en todo caso determinados en concreto, como sucede en los contratos o legados.

- 3. Por la situación jurídica que al respecto guarde el adquirente.-** Quien adquiere debe satisfacer una cierta prestación a favor de quien lo transmite, supuesto en el que se está ante un medio para adquirir la propiedad a título oneroso cuando no exista contraprestación a cargo del adquirente y a favor del enajenante, se trata de medios para adquirir la propiedad a título gratuito.
- 4. Según el momento de la adquisición.-** Las adquisiciones intervivos, se dan en vida del transmisor; no dependen de su fallecimiento. Las adquisiciones *mortis causae*, por su parte, tienen su origen en el fallecimiento del transmisor y de esos dependen. (2006:351-352)

Sin embargo, también podemos encontrar otra clasificación donde la propiedad se puede adquirir por:

- 1. Ley.-** En sí no es un medio, más bien es un ordenamiento que establece los supuestos y, en caso de que éstos surjan, le da origen a la propiedad.
- 2. Contrato.-** Es uno de los medio más comunes para adquirir la propiedad. Puede ser oneroso o gratuito.

3. Sucesiones.- Tiene como propósito la transmisión de bienes, a consecuencia del fallecimiento de una persona, pudiendo hacer la transmisión por vía testamentaria o legítima.
4. Prescripción.-Es la posibilidad de que, por el transcurso del tiempo, se realice una modificación al patrimonio de una persona, ya sea para la adquisición de un derecho o la liberación de una obligación. Dentro de esta clasificación podemos encontrar la prescripción positiva (se trata de adquirir un derecho) o la negativa (que otorga la liberación de una obligación).
5. Adjudicación.- Sucede cuando la propiedad se asigna a una persona. Regularmente se da en caso de las herencias, donde se otorga la propiedad de los bienes a los herederos, para que sean divididos o en partes alícuotas.
6. Ocupación. Es la detención de una cosa con el propósito de ser apropiada. En caso de no tener dueño o ignorar quién es. Sin embargo, dicha figura se encuentra limitada, toda vez que es vulnerable de abusos.

Se considera que esta última clasificación nos da una noción más clara sobre las formas en que se puede adquirir la propiedad, explicando que no únicamente se transmite por un contrato, como comúnmente podríamos pensar, sino por otras causas.

De éstas nos ocupa la referente a la propiedad que se puede adquirir tras la muerte de una persona; mejor conocida como suceder o heredar a una persona.

Así mismo, también debemos saber cuál es la distinción entre posesión y propiedad. Al respecto el maestro Rudolf Von Ihering (2003) nos dice que la posesión es el poder de hecho; es decir se encuentra en manos de una persona y la propiedad es la posesión de derecho, ya que él sigue siendo el dueño.

El propietario no necesita estar en posesión del bien para seguir teniendo esta calidad, pues de cualquier manera sigue siendo el dueño, lo mismo sucede con quien posee, porque goza de una cosa, mas no implica que sea el dueño.

2.3 Sucesiones

El derecho sucesorio está asociado al concepto de muerte, pues precisamente a causa de ésta, es que surge la figura de la herencia; originando el cambio de propietario de los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el de *cujus* era titular.

Se dice que la sucesión es el acontecimiento sobre el cual se asienta la transmisión *post mortem* de la propiedad del patrimonio de quien fallece.

Una de las características del derecho de propiedad es la perpetuidad; sin embargo, a la muerte de una persona, ese derecho queda a la deriva; motivo por el cual se considera indispensable que tenga titular. Ante ésta situación se pueden considerar tres alternativas: reconocer que el bien ya no pertenece a nadie; es decir, cualquiera puede apoderarse de él; declararlos como bienes del Estado o conceder al titular la posibilidad de disponer de sus bienes después de la muerte, dándole la oportunidad su voluntad más allá de su propia existencia. Esta última alternativa es la que más ha prevalecido o ha inspirado la tradición de nuestro sistema jurídico.

En atención a lo expuesto en las líneas anteriores, el titular tiene el derecho de disponer de los bienes después de la muerte; ya sea por su voluntad expresa o presunta: tal como se contempla en nuestro sistema jurídico. Teniendo como fundamento que la propiedad en el derecho romano era considerada un derecho perpetuo y concediéndole al titular la facultad de disponer de sus bienes libremente; incluso hasta cuando éste haya fallecido.

Lo anterior son las bases del derecho sucesorio. En ambas, tanto en la testamentaria e intestamentaria, se contempla la voluntad del *de cujus*, aunque en la primera sea de manera expresa y en la segunda se presume.

Otro de los fundamentos en el derecho sucesorio se basa en que el titular a cargo de la casa, siendo comúnmente el padre por ser quien trabaja para asegurar el bienestar de sus descendientes y poner en sus manos el patrimonio que ha ido construyendo. Incluso se puede considerar que en algunos casos, aunque los bienes aparezcan a nombre de una persona, hay fortunas construidas a través de la participación de los miembros de la familia, constituyendo un patrimonio familiar.

Por lo anterior, podríamos cuestionarnos sobre qué sucedería si las personas no tuvieran el derecho a disponer de sus bienes una vez que éstas mueren. De lo contrario ya no sentiríamos el deseo de ahorrar o incrementar nuestro patrimonio, pues sabríamos que todo lo construido ya no podría pertenecerles a nuestros seres queridos. Por ello una de las características más relevantes que engloban las sucesiones en general es que el *de cujus* pueda disponga de todos y cada uno de sus derechos y obligaciones, aunque éste deje de existir.

Cada persona tiende a construir un patrimonio para sí misma y para su familia, esforzándose a fin de obtener toda la riqueza construida, pues el objetivo de crear y expandir un patrimonio, lo es con el fin de que la herencia se vaya transmitiendo de generación en generación.

Cuando se habla de las sucesiones hablamos de la palabra “suceder”, la cual se refiere a que una persona sustituya a otra en una relación jurídica; mencionando que dicha transmisión solo ocurre por causa de muerte. Esto da origen la palabra “herencia”; es decir la

sucesión de todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por su muerte y, por lo mismo le son conferidos a otra persona.

El concepto de sucesión implica una serie de acontecimientos surgidos a través del tiempo, desde el nacimiento hasta la muerte. Es decir, se refiere a la sustitución de la persona muerta por otra u otras personas; en sus bienes, derechos y obligaciones que permanecen a pesar de su deceso.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez (2009), en su obra “Derecho sucesorio”, nos dicen que, en general, las sucesiones pueden ser a título particular, respecto de un derecho individual como el de la propiedad de una cosa, o a título universal, respecto de la totalidad de un patrimonio.

Es importante mencionar que todos los derechos patrimoniales son susceptibles de cesión o transmisión sucesoria, porque algunos se extinguen con la muerte del titular como lo son los derechos reales de uso, habitación, usufructo, renta vitalicia, derecho de alimentos, la acción de divorcio, reconocimiento de hijos, entre otros.

Así mismo, a fin de identificar quiénes tienen derecho a heredar, se debe conocer su parentesco se tiene con el de *cujus*. Si bien es cierto que en la sucesión testamentaria el parentesco no necesariamente es un impedimento para heredar, en la sucesión legítima sí lo es. En esta sucesión la ley interpreta la voluntad del *cujus*, a partir de que sus bienes deben pasar a sus familiares más cercanos.

El parentesco puede ser por:

1. Consanguinidad; es decir, es aquel que existe entre personas descendientes de un mismo progenitor.

2. Afinidad; contraído en razón al matrimonio, cónyuge y parientes, mejor conocidos como parientes políticos.
3. Civil; es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Si la adopción es plena se eleva al parentesco consanguíneo.

Cada generación forma un grado y cada grado forma una línea de parentesco, éstas líneas pueden ser rectas o transversales. La primera se refiere a las personas que descienden unas de otras y las segundas proceden de un progenitor o tronco común.

2.2.1 Principios rectores

Podemos decir que la sucesión se rige por los siguientes principios:

1. Titularidad de patrimonio del difunto: A la muerte del propietario de algún patrimonio, éste carece de titular; razón por la cual se crearon ciertas figuras para solucionar dicha situación. En el Código civil de 1984 del Distrito Federal se contemplaba que el administrador de la herencia quedaba como representante del autor de la sucesión; sin embargo, esta idea se desechó por la incoherencia de que alguien representara a una persona inexistente. También se tomó en cuenta que el patrimonio al quedar sin titular, daba origen a la herencia; sin embargo, en el derecho germánico se contempló la transmisión inmediata de los derechos al heredero al momento de la muerte. Posteriormente se dijo que el heredero continuaba con la personalidad del *cujus*, pudiendo confundir su patrimonio con el del difunto y actualmente se contempla la separación del patrimonio del *cujus* y de los herederos.

2. Libre testificación: Consiste en la libertad del testador, a fin de decidir la forma en que transmite su patrimonio, una vez que éste fallezca.

3. Beneficio de inventario: consiste en el derecho de los herederos, a fin de que acepten la herencia para responder por las deudas de la misma, solo hasta donde alcance el caudal hereditario. Este principio sirve para no confundir el patrimonio personal del heredero con el del autor.

En la actualidad este principio, aunque no se indique de manera expresa, se tiene por puesto, pues anteriormente se necesitaba hacer uso de él para evitar la confusión entre los patrimonios.

4. Separación de patrimonio: Surge en el derecho romano y consistía en el beneficio otorgado al esclavo heredero para que únicamente pagara las deudas generadas por la herencia recibida hasta donde alcanzaran los bienes de la misma. Por esta razón, al encontrarse separados los patrimonios heredados, así como los bienes previos, este último quedaba protegido.

Se dice que la separación de estos patrimonios se da de manera transitoria, pues una vez que se dé la partición de la herencia, el patrimonio del heredero se unifica.

5. Conmoriencia: Surge cuando el autor de la herencia y herederos, o legatarios, fallezcan en el mismo suceso o el mismo día sin que pueda determinarse quien murió antes o después. Se presume que ambos mueren de manera simultánea, por lo que no puede haber transmisión hereditaria entre ellos.

Dentro de este principio podemos hablar de la premoriencia, la cual nos habla de la prioridad o precedencia de la muerte de dos o más personas. En el derecho romano ésta

presunción se basaba en circunstancias como la edad, sexo u otras condiciones, a fin de suponer quién muere antes. Por ejemplo, si el padre y el hijo tuvieran un accidente y este último fuera impúber se supondría que pereció primero que el padre, pero si el hijo fuera púber las posibilidades de supervivencia le favorecían.

En nuestro Código Civil del Estado de México, en su artículo 6.7 y del Distrito Federal en su artículo 1.1287, únicamente se contempla el principio de conmoriencia y no acepta la presunción de premoriencia. Es por ello que cuando el autor de la herencia, y heredero o legatario, perecen el mismo día o en el mismo desastre, es necesario determinar quién muere primero o de lo contrario la herencia no podrá transmitirse. Por ello que se exige que el acta de defunción señale la hora de muerte y, en caso de que esto no sea posible, se entenderá que la muerte fue de manera simultánea.

Debido al carácter de perpetuidad que genera la propiedad privada tenemos como consecuencia la herencia, donde, una vez muerto el titular, muere éste debe ser sustituido por sus sucesores.

2.2.2 Clasificación de la herencia y formas de suceder

Cuando hablamos de herencia nos referimos a la acción de transmitir los bienes del *de cuius*. Sin embargo, es preciso mencionar que ésta pasa por varias modalidades dentro del procedimiento sucesorio, haciendo una pequeña clasificación y quedando de la siguiente manera:

1. Vacante: Se da cuando a la muerte del *de cuius*, aún no se saben quiénes son los herederos o legatarios. O bien, una vez identificados deciden no aceptarla.
2. Yacente: Existe desde la muerte del *de cuius* hasta la adjudicación de los bienes a los herederos o legatarios.
3. Aceptada: Cuando los herederos o legatarios la aceptan expresa o tácitamente.
4. Divisa: Tiene origen una vez que ya se ha realizado la partición de los bienes entre los herederos o legatarios y es posible hacer la adjudicación de los mismos.

Se dice que la sucesión hereditaria puede ser:

1. A título universal: Es aquella en donde se transmiten todos los bienes en su totalidad o en su parte alícuota de derechos y obligaciones, o de una parte alícuota.

En ésta transmisión el sucesor recibe el nombre de heredero.

2. A título particular: Es aquella donde se transmiten los bienes concretos.

En ésta transmisión el sucesor recibe el nombre de legatario.

La herencia son los derechos y obligaciones que el *de cuius* trasmite a otra persona. Sin embargo, para que el occiso pueda heredar su patrimonio, es necesario distinguir que las sucesiones se pueden clasificar de la siguiente manera (Asprón Pelayo, 2008:2-3):

A. Por voluntad del autor

- *Testamentaria.*- Se regirá la sucesión por la voluntad expresa del autor de la herencia. Esto es por la voluntad del testador.
- *Legítima.*- Se aplicará la voluntad que la ley presuntamente considera correspondiente a la del autor de la herencia.
- *Mixta.*- Se llama así a la sucesión que es en parte testamentaria y en parte legítima o intestamentaria por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes mediante su testamento.

B. Por el procedimiento

- *Judicial.*- Es la regla, toda sucesión puede tramitarse ante juez, en todos los casos.
- *Extrajudicial o Notarial.*- Este procedimiento es excepcional debido a que solo se puede tramitar en los casos en que la ley así lo autorice.

Las formas en que se puede heredar son dos:

1. Por derecho propio.- Es cuando el heredero es llamado directamente por la ley o el testador, en la cual se hereda por cabeza.
Se dice que se hereda por cabeza cuando todos los herederos pertenecen a un mismo grado, perteneciéndoles una parte igual a cada uno de ellos.
2. Por representación.- Surge cuando la ley determina que, en lugar del probable heredero, deben entrar otras personas a heredar la parte correspondiente, en este caso heredarán por estirpe.

Hablar de estirpe significa que se ocupa el lugar de uno de los herederos del mismo grado. Es decir, cuando muere el abuelo, los herederos son los hijos, pero si uno de los hijos falleciera, serían los hijos del occiso quienes heredan; correspondiéndoles únicamente a éstos heredar sobre la parte que estaba destinada a su padre.

En la sucesión testamentaria la persona tiene el derecho de disponer libremente de todos sus bienes. En Roma este derecho provocaba que existieran abusos por parte del *páter familias* ya que disponía de los bienes familiares adquiridos, incluso por los *alieni iuris* sujetos a su potestad. De manera que los *pretore*s; es decir, los encargados de administrar justicia, podían hacer uso de la acción de nulidad o de testamentos inoficiosos; acciones que limitaban las facultades del *paterfamilias*. Por esta razón Justiniano estableció la obligación de reservar una parte de la herencia para los *heredes sui*; es decir, los familiares dependientes del testador, convirtiéndolos en herederos legítimos.

El Código Civil francés y español, el sistema de herencia legítima que utilizaban, se implementó en nuestra legislación. Sin embargo, en el Código Civil del Distrito Federal de 1884, se volvió a establecer la libre testificación, donde se establecieron ciertos límites como; garantizar los alimentos de aquellos parientes que tenían el derecho de recibirlos del testador, cónyuge supérstite o ascendientes.

En el caso de la sucesión legítima, la ley establece los lineamientos en los que se dispondrán de los bienes a ser heredados, ya sea porque no existe testamento o, en caso de que exista, éste no sea eficaz y, siendo válido no comprenda todos los bienes, el heredero no cumpla la condición impuesta, muera antes que el testador, repudie la herencia, sea incapaz o no se haya nombrado sustituto.

Es por ello que la Legislación Civil del Estado de México en su artículo 6.144, establece que se le debe dar preferencia a los parientes más próximos, iniciando por conyugues, concubinos, descendientes y ascendientes. O en su defecto, familiares hasta el cuarto grado y, a falta de éstos, el heredero podrá ser el DIF.

En ocasiones tanto la sucesión testamentaria e intestamentaria llegan a coexistir en una sola; la cual se llama sucesión mixta. En el derecho romano la coexistencia simultánea de ambas sucesiones no podía existir; pues, si existía un testamento, toda la herencia correspondía al heredero y si el testamento no era válido, toda la sucesión se convertía en intestada.

2.2.3 Sujetos que intervienen en la sucesión

Son todas las personas con características diferentes que pueden intervenir dentro de una sucesión, siendo éstas las siguientes:

- 1. Autor de la herencia o *de cujus*:** Es aquella persona cuyos bienes serán transmitidos una vez que muera.
- 2. Heredero:** Es quien adquiere una parte alícuota o a título universal sobre la herencia del *de cujus*.
En su caso, el beneficio de inventario consiste en que cada heredero responda por las deudas de la herencia hasta donde alcance su parte proporcional.
- 3. Legatario:** Es aquella persona que adquiere bienes determinados por el autor de la herencia.
En el caso del legatario el beneficio de inventario consiste en que éste responda únicamente por los cargos impuestos por el testador. Sin embargo, cuando los bienes de la herencia no basten para cubrir las deudas del *de cujus*, el legatario responderá de manera subsidiaria con los herederos y en proporción al monto de su legado.

La diferencia entre el heredero y el legatario es que el primero adquiere todo el conjunto de derechos y obligaciones del *de cujus*, heredando el pasivo en la misma proporción de su herencia. Sin embargo, el legatario solo adquiere bienes específicos y su responsabilidad, en cuanto a deudas, será de manera subsidiaria junto con los herederos, hasta donde el testado lo haya expresado. Cuando la herencia se distribuya únicamente en legados, a los legatarios se les considerará como herederos y responderán del pasivo de acuerdo al valor de su legado.

2.2.4 Albacea

Dentro de los sujetos que intervienen dentro de las sucesiones también nos encontramos con la figura de la albacea; sin embargo, debido a sus características particulares, consideramos pertinente abordarla en un apartado propio. Esta figura se encarga de liquidar y administrar los bienes que forman parte del patrimonio del finado y, que por mandato de ley, tiene la facultad de realizar ciertos actos jurídicos, aún contra la voluntad de los herederos. Dicha conducta deberá ser de acuerdo a derecho.

La albacea es aquella persona a quien el testador, herederos, legatario o juez, designan como representante de su gestión, a fin de dar cumplimiento a la última voluntad del *de cujus* o a lo dispuesto por la ley.

La albacea cumple funciones de depositario, administrador, representante y auxiliar de justicia. Es quien organiza, administra y transmite bienes, derechos y obligaciones a los herederos y legatarios.

La Legislación Adjetiva Civil del Estado de México establece lo siguiente:

Artículo 6.203. “Pueden ser albaceas las personas que tengan capacidad de ejercicio [...]”

Artículo 6.204. No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

- I. Los magistrados y Jueces.
- II. Los que por sentencia ejecutoriada hubieren sido removidos del cargo de albacea;
- III. Los que hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada por delitos contra la propiedad.

El nombramiento del albacea se puede dar por las siguientes tres formas:

1. Albacea testamentario: Es aquella designada en un testamento.
2. Albacea legítimo o electo: Aquel que se designa por la mayoría de votos de los herederos.
3. Albacea dativo: Aquella que se nombra por el juez toda vez que no se logró la designación por la mayoría de votos de los herederos.

Tipos de albacea:

1. Universal: Debe cumplir con todas las disposiciones y representar a la sucesión.
2. Especial: Únicamente debe dar cumplimiento a las designaciones testamentarias sobre las que fue designado.

Se dice que el testador puede nombrar a dos o más albaceas y éstos ejercerán su cargo de acuerdo al orden en que fueran designados. En caso de que las albaceas ejercieran conjuntamente su cargo éstas responderán de manera mancomunada.

Obligaciones de la albacea:

1. Asegurar los bienes de la sucesión
2. Realizar los inventarios y avalúos
3. Administrar los bienes y rendir cuentas del albaceazgo
4. Pago de deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias
5. Partición y adjudicación de bienes
6. Defender los bienes de la sucesión y la validez del testamento, dentro del juicio y fuera de él
7. Representar a la sucesión en los juicios

El cargo de albacea puede concluir por:

1. Extinción de derechos y obligaciones derivados de la sucesión.
2. Muerte.
3. Incapacidad.
4. Excusa. Deberá efectuarla dentro de los seis días siguientes de haber tenido conocimiento del cargo. En caso de haber de que ya hubiese tenido conocimiento deberá hacerla al mes siguiente a partir de que tuvo conocimiento del fallecimiento del testador. Pueden excusarse los servidores públicos, militares en servicio activo, personas con riesgo de sufrir un menoscabo por el desempeño del albaceazgo quienes se encuentren en un mal estado de salud o no sepan leer, ni escribir y que, por tal motivo, no puedan cumplir debidamente con el albaceazgo; también los que tengan setenta años cumplidos o esté a su cargo otro albaceazgo.
5. Revocación. Puede ser solicitada por los herederos en cualquier momento, debiendo nombrar un albacea sustituto. Cuando en caso de que dicha revocación se realice sin justa causa, el albacea tiene derecho a percibir lo que le

corresponda; e incluso, si la albacea revocada tuviese un encargo especial, podrá llevarlo a cabo y se le tendrá como ejecutor principal.

6. Remoción, ésta se da por el vencimiento del plazo o prórroga de su encargo.

Nuestra Legislación Estatal vigente contempla la posibilidad de herederos inconformes con el nombramiento del albacea. En este caso podrán nombrar un interventor que vigile el comportamiento de la albacea para dar cumplimiento exacto a sus funciones.

2.3 Sucesión Testamentaria

La sucesión testamentaria implica que el testador o *de cujus*, traspase a otra, heredero o legatario, su patrimonio. Estos últimos serán fundamentalmente sus familiares, transfiriéndoles la titularidad de bienes, derechos y obligaciones. También pueden hacerlo a personas sin parentesco e inclusive instituciones públicas o privadas.

Cuando hablamos de este tipo de sucesión, es oportuno que definamos al testamento. El Código Civil vigente en el Estado de México, en su artículo 6.12, establece que es un acto personalísimo, revocable, libre y solemne, por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos, declara o cumple deberes posteriores a su muerte.

Se considera que el testamento es un acto jurídico toda vez que es la manifestación de la voluntad de una persona y tiene como finalidad producir consecuencias de derecho. Es un acto personal, pues toda vez que debe ser realizado por el interesado y no por conducto de un tercero o representante. Es revocable y libre porque el testador puede modificarlo en el momento que quiera y su voluntad no debe estar condicionada. Asimismo esa manifestación debe ser clara y expresa.

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez definen al testamento como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y solemne, por el cual una persona capaz dispone de todos, o parte de sus bienes y derechos, que no terminan con su muerte, y cumple o declara deberes para cuando fallezca. (2009:35)

En cuanto a la interpretación del testamento, si bien es cierto que la manifestación del testador debe ser clara y expresa, no siempre sucede pues deja ciertos recovecos que nos impiden saber con exactitud el testador. Por ello, al momento de interpretarlo se tiene que hacer un estudio de fondo y no superficial; esto con la finalidad de darle una interpretación adecuada y no caer en el error.

En éste tipo de sucesión, la designación de los herederos o legatarios no se pueden dejar al árbitro de una tercera persona, pues su designación depende totalmente del testador.

2.3.1 Características del testamento

Las características que debe tener un testamento nos encontramos son las siguientes:

1. Es un acto jurídico, pues se manifiesta la voluntad del testador y que tiene como fin crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones que produzcan sus efectos al fallecimiento del testador.
2. Unilateral porque solo basta con la voluntad del testador.
3. Solemne por que éste debe ser realizado por alguna de la formas establecidas por la ley.
4. Personalísimo, toda vez que no puede ser realizado a través de un representante. Es una potestad individual, personal, irrenunciable, intransferible e indelegable.
5. Revocable, pues se le concede al testado la facultad de poder modificarlo en el momento que él lo disponga, ya sea

de manera expresa o tácita. Se dice que el nuevo testamento revoca la disposición anterior.

6. Libre porque no debe estar influido por el error, dolo, fraude, engaño, violencia física o moral.
7. Debe ser realizado por una persona física y capaz, en pleno uso de sus facultades.
8. Dual, ya que por un lado le permite al testador disponer de sus bienes o derechos y por otro, pueden declarar o cumplir con deberes después de su fallecimiento.
9. Mortis causa, pues está destinado a producir sus efectos después de la muerte del testador.

Se dice que el testamento es el documento del que consta la última voluntad del testador y puede contener todas las disposiciones que estime pertinente para el manejo y finalidades de su acervo patrimonial.

2.3.2 Capacidad para testar y heredar

Todo testamento requiere que el testador sea un sujeto con la capacidad de testar; incluso se dice que ésta es más amplia que la común. La Legislación Civil del Estado de México nos dice que:

Artículo 6.18. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se los prohíbe expresamente.

Artículo 6.19. Están incapacitados para testar:

- I. Los menores de dieciséis años;
- II. Los que no disfruten de su pleno juicio.

Sin embargo, la legislación del Distrito Federal es más amplia ya que establece lo siguiente:

Artículo 1305. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de éste derecho.

Artículo 1306. Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Dentro de esta legislación nos menciona que el incapaz en estado de interdicción por demencia puede testar durante un intervalo de lucidez. En este caso el incapaz, tutor o familiares deben solicitarlo por escrito ante el juez familiar y éste deberá nombrar dos médicos que determinen las condiciones en la que se encuentra el enfermo para saber si está en posibilidades de realizar un testamento. Así también, el juez podrá realizar una serie de preguntas a fin de cerciorarse si el incapaz tiene la capacidad para celebrar el acto y, de ser así, éste se celebrará ante notario mediante un testamento público abierto, debiendo firmar el testador, notario, testigos, juez y peritos médicos. Al pie del testamento deberá asentarse, razón expresa, sobre la perfecta lucidez en la que se encontraba el testador durante la celebración de todo el acto.

Sin embargo, no debemos confundir la capacidad con la legitimación, ya que en ocasiones podríamos contar la primera y carecer de la segunda, pues la legitimación es aquella concedida por la ley o prohibida por ella.

En nuestra legislación podemos contemplar la indignidad o incapacidad para heredar. La primera consiste en que el heredero realice un acto ilícito, o faltas graves, en perjuicio del autor de la

herencia o sus familiares. La incapacidad no surge necesariamente por culpa del heredero; la indignidad implica presumir que el testador, en el caso de haber conocido la conducta del heredero, no lo hubiese instituido. La incapacidad se basa en razón al orden público; sin embargo, en cualquiera de éstas el heredero se queda imposibilitado para recibir la herencia.

Dentro de las incapacidades contempladas por ambos códigos civiles en comento, se encuentran las siguientes:

1. Falta de personalidad: Esto sucede cuando el presunto heredero no haya sido concebido; ya sea porque no nazca vivo y viable, careciendo de personalidad.
Se dice que vivir 24 horas después del alumbramiento tiene derecho a heredar y aunque éste muera poco después, transmite a sus herederos lo heredado.
2. Que se haya cometido delito intencional en contra del autor de la sucesión, ascendientes, descendientes, cónyuge concubina o hermanos; que no le hubiesen proporcionado alimentos al autor de la sucesión o lo hubieren recogido en caso de que éste se encontrara imposibilitado para trabajar y sin recursos; o que usara violencia, dolo o mala fe, a fin de que el autor redactara o revocara su testamento.
3. Presunción de influencia en la voluntad del testador en la voluntad del testador o a la verdad e integridad del testamento. Es decir, no pueden heredar los tutores o curadores, salvo que hayan sido instituidos antes de ser nombrados. Tampoco podrá heredar el médico que haya atendido por última vez al *de cujus*, el notario o los testigos.
4. Por falta de reciprocidad internacional; es decir, son incapaces de heredar los extranjeros que, según sus leyes, no les permita testar a favor de los mexicanos.

5. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Quienes hayan rehusado sin justa causa el cargo, o hayan cometido alguna falta grave, no podrán heredar.

Cuando el heredero haya cometido alguna de las incapacidades, como atentar contra la libertad del testador o no cumplir con el deber de asistencia, la acción para que el autor pueda demandar la falta de legitimación prescribe en 1 año, a partir de que el heredero o legatario incapaz tenga posesión de la herencia. En este caso el testador podrá otorgar el perdón. Si la violación fue al interés público, atentando contra el interés social y el orden público, la acción para demandar es imprescriptible y no puede ser dispensada por el testador.

2.3.3 Tipos de Sucesores

En este tipo de sucesión, el heredero es el elemento fundamental porque sustituye de cujus, quedando como titular del patrimonio y el testador nombra a una o más personas que habrán de heredarlo, dentro del testamento.

Para la sucesión testamentaria se deben identificar dos tipos de sucesores:

1. El heredero que tiene el carácter de universal por adquirir la totalidad patrimonial, o parte alícuota de la misma.

El testador puede nombrar al heredero; razón por la cual éste no puede ser sustituido, a menos que el testador haya nombrado a su sustituto. La designación no puede estar sujeta a un término que indique cuándo inicia y termina su designación. En caso de que así se haya establecido se tendrá por no puesto.

La sustitución del heredero consiste en que el testador designe un segundo sucesor para evitar que, quien haya sido nombrado, no quiera o no pueda aceptar la herencia. Dentro de la sustitución de heredero podemos encontrar las siguientes:

- Común: Es cuando el testador designa un segundo heredero, por si el primero no quiere o no puede aceptar la herencia
- Recíproca: El testador nombra dos sucesores. Cualquiera de ellos puede heredar si uno muere antes de suceder. En caso contrario, ambos heredan.

Esta clasificación está contemplada en el Código Civil del Estado de México y del Distrito Federal; sin embargo, en Roma existía la sustitución fideicomisaria. Es decir, el testador imponía al heredero la obligación de conservar los bienes, con el fin de que, a su muerte, pudiera pasar a otro heredero. Este tipo de sustitución provocaba el acaparamiento y concentración de la riqueza.

2. El legatario es aquel que adquiere bienes expresamente determinados

En este caso, que el testador sí puede establecer los términos para señalar en qué momento empieza y concluye la designación del legado.

El testador puede imponerle alguna carga al legatario. De lo contrario se regirá por las mismas normas que los herederos.

Entre los beneficios a favor de los herederos o legatarios está el derecho de acrecer; es decir, de aprovechar la parte de la herencia que su coheredero o colegatario no quieran o no puedan recibir. Este

derecho se encuentra contemplado en el artículo 6.258 del Código Civil del Estado de México.

Sí en el testamento se le llama heredero a quien se le asigne cosa particular, éste será legatario o viceversa. Es decir, si al legatario se le asigna parte alícuota de la herencia por heredero, en caso de que ésta haya sido dividida por legados, a todos se les considerará herederos si no tienen una parte asignada en términos de igualdad.

La colación hereditaria o *collatio bonorum* es la disposición que contemplaba el derecho romano, donde el testador podía disponer en vida sobre parte de su fortuna, pudiendo hacer donaciones a sus futuros herederos. Con el fin de que estos no tuvieran una posición ventajosa, se dispuso que el pretor considerara dichas donaciones como anticipos de su herencia, a fin de repartirla equitativamente. Nuestra legislación, tanto en el Estado de México como en el Distrito Federal, desconoce esta figura y contemplan que las disposiciones gratuitas que el testador haya hecho en vida a sus futuros herederos, en nada afectan su parte de la herencia, salvo que haya disposición expresa de lo contrario

En el derecho romano, el heredero era la pieza fundamental para el sistema sucesorio. Toda vez que si el testamento se invalidaba, las demás disposiciones se dejaban insubsistentes. A diferencia de nuestra legislación, los romanos no contemplaron las sucesiones mixtas.

2.3.4 Tipos de testamentos

Nuestra legislación contempla dos tipos de testamento:

1. Ordinario

- a) Público abierto.- Es un instrumento público; es decir, se celebra ante notario y es abierto por que la voluntad del testador es conocida por el notario y por los testigos.
- b) Público simplificado.- Se otorga ante notario, pero su objeto es limitado, pues solo se refiere a bienes cuyo valor no exceda el equivalente a 25 veces el salario mínimo vigente en la entidad, elevado al año.

2. Especial

- a) Militar.-Se refiere a los miembros del ejército, fuerza aérea y armada. Puede ser escrito o verbal, ante dos testigos. En caso de que sea escrito, se deberá otorgar en pliego cerrado y firmado de puño y letra del testador.
- b) Marítimo.-Para ser otorgado es necesario que el testador se encuentre a bordo de un navío de la marina nacional, en altamar. Se entre el capitán y dos testigos.
- c) Hecho en país extranjero.- Se lleva a cabo en el extranjero, pero conforme a las leyes mexicanas o en caso de celebrarse bajo las leyes extranjeras, podrán producir sus efectos siempre y cuando no contravengan las disposiciones mexicanas.

En este tipo de sucesión, el testamento se presenta ante el juez, quien dicta auto de radicación y convoca a los interesados a una junta para hacer de su conocimiento el contenido del testamento y la designación de albacea, encaminado a que acepte el cargo. Después se establecerá señalara fecha para una junta de herederos y, si al

momento de su celebración, el testamento no es impugnado ni se objeta la capacidad de alguno de los interesados, el juez aceptará su validez y se reconocerá a los herederos o legatarios nombrados. Si se impugna la validez del testamento o la capacidad de algún heredero, se continuará con el juicio hasta antes de la adjudicación; mientras se dicta sentencia definitiva sobre la impugnación.

2.3.5 Elementos de validez y de existencia del testamento

A fin de que el testamento produzca todos los efectos para los cuales fue creado por el testador, es necesario que se encuentre libre de anomalías. Por ello es necesario que el testamento cuente con los siguientes elementos de validez y de existencia:

1. Que la voluntad expresada por el testador esté libre de error, dolo, fraude o algún tipo de violencia. La voluntad debe ser expresa y clara, tratando de no sujetarla a malinterpretaciones. Sin embargo, en ocasiones la ley debe actuar de manera supletoria, a fin de interpretar y hacer presunciones sobre la intención del testador.
2. El testamento debe tener un objeto, motivo o fin que sea lícito; de lo contrario es nulo. En otras palabras el testador puede disponer de su patrimonio como él quiera, pero deben estar apegadas a derecho,
3. Debe ser solemne, pues es necesario reunir ciertos requisitos establecidos por la ley; como la voluntad clara del testador. Deberá ser por escrito y ante notario público; firmado por el testador e incluso testigos, lugar y fecha de realización.

2.3.6 Inexistencia y nulidad de los testamentos.

Los testamentos pueden ser inexistentes o nulos y esto puede darse de la siguiente manera:

1. La inexistencia del testamento se da cuando en el documento falten sus elementos de validez.
 - Falta de voluntad cuando otra persona se haga pasar por el testador. El testamento se ha hecho por una persona que no cuente con la capacidad para testar.
 - Falta de objeto, cuando no se instituyan herederos o legatarios y no se determinen los bienes y derechos que estos debieran cumplir.
 - Falta de solemnidad, cuando el testamento no se realiza con las formalidades establecidas por la ley.
2. Ineficacia por nulidad total del testamento. En este punto debemos recordar que, dentro de la nulidad, es posible encontrar al absoluta; es decir, aquella que no se puede confirmar ni prescribir y puede ser invocada por el interesado. La nulidad relativa carece de alguna de las características antes mencionadas y puede ser invocada por determinadas personas.

Algunos autores, como Leopoldo Aguilar, opinan que todas las nulidades testamentarias son absolutas, pues ante la inexistencia del autor es imposible que éste ratifique el acto. Por esta razón la nulidad debe ser absoluta; sin embargo, se no siempre afecta a todo el testamento, lo cual únicamente provoca una alteración a sus cláusulas y modalidades impuestas a los herederos o legatarios.

La nulidad pudiera afectar la totalidad del testamento cuando exista violencia, dolo, fraude o amenazas encaminadas a que la persona testé. La expresión de

voluntad no se aclara, se renuncia o se obliga al testador a no hacer uso de este derecho o que el testamento sea realizado por un periodo menor de 16 años.

- 3.** Ineficacia parcial del testamento por nulidad sobre la institución, de heredero o legatario. Esta nulidad deja subsistente las disposiciones testamentarias. Por ejemplo, cuando el testador dispone de su herencia a favor de una institución de beneficencia pública y argumenta que carece de parientes y resulta que sí los tenía aunque lo ignoraba; cuando la designación del heredero sea incierta y no pueda identificarse por cualquier medio; cuando la cosa legada carezca de identificación o cuando le sea impuesta una condición física o legalmente imposible de cumplir.
- 4.** Ineficacia parcial del testamento por nulidad. En algunas cláusulas en este punto se refiere a cuando el testador impone condiciones que no puedan cumplirse. Por ello la ley contempla que las condiciones contrarias a lo establecido por no puestas, liberando al heredero o legatario de cumplirlas.
- 5.** Revocación es la acción por la cual el testador deja sin efecto el testamento anterior, debiendo hacerlo de manera expresa y declarando un nuevo testamento. Una vez que se haya reconocido un hijo dentro de un testamento, éste reconocimiento ya no podrá ser revocado.
- 6.** Caducidad del testamento en este punto. La caducidad no ataca al testamento propiamente, sino a la institución de heredero o legatario debido al fallecimiento de éstos antes que el autor dé la herencia.

7. Testamento inoficioso. Se da cuando el testador deshereda injustamente u omite a las personas que, por ley, estaba obligado a dejar herencia. Sin embargo, en nuestra legislación únicamente deja de surtir sus efectos cuando no cumple con sus obligaciones alimentarias.

2.4 Sucesión intestamentaria o legítima

Surge cuando el *de cuius* no ha otorgado testamento y la transmisión de sus bienes se hace de acuerdo a lo establecido por la ley, siendo ésta quien supla la voluntad del *de cuius*.

Se considera que el término más atinado para referirnos a este tipo de sucesión debe ser “intestamentaria” y no “legítima”, toda vez que esta última nos permite creer que la sucesión testamentaria fuera ilegítima, lo cual sería incorrecto, pues es más legítima por tratarse de la voluntad lisa y llana del testador.

Sin embargo, varios autores se refieren a ella como sucesión legítima, argumentando que el titular de la sucesión no dispone de sus bienes, mediante un testamento. Posterior a su muerte, el legislador quien interpreta cuál hubiese sido la intención y suple tanto a ésta como a la voluntad.

En este tipo de sucesión la única institución de suceder al testador es mediante la figura del heredero que, a diferencia de la sucesión testamentaria, admite la figura de heredero y legatario.

No obstante, nuestra legislación dice que este tipo de sucesión permite aperturas por diversas causas: cuando no existe testamento alguno por el *de cuius*, que cuando el testamento fuese declarado nulo, cuando el testador no haya dispuesto de todos sus bienes, cuando el heredero no cumpla con la condición impuesta, cuando sea incapaz y no exista sustituto o muera antes que el testador.

Las personas con derecho a heredar por este medio podrán ser los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado: concubina o concubinario y, a falta de los anteriores lo será el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México (DIF).

Se debe aclarar que los parientes más próximos excluyen a los más remotos y los parientes del mismo grado tendrán derecho a heredar por partes iguales.

Una vez que se denuncia este tipo de sucesión, el interesado deberá justificar el parentesco o lazo que le unía con el autor de la herencia. Debe indicar nombres y domicilios de la existencia de los presuntos herederos; estos últimos deberán ser notificados y dentro de los 30 días siguientes deberán justificar sus derechos de herencia. Así mismo, el Archivo General de Notarías, acompañado del reporte Registro Nacional de Avisos de Testamento (RENAT) y el Registro Público de la Propiedad, deberán rendir su informe sobre la existencia de testamento. Una vez transcurrido el plazo para la deducción de derechos, se dictará el auto declarativo de herederos, donde se señalará fecha para la junta de herederos y la designación de albacea. Esta última debe tener todos los documentos sobre los bienes que forman la masa hereditaria y los herederos deberán otorgarle facilidades y auxilio para el desempeño de su cargo.

2.5 Procedimiento para la tramitación de las sucesiones testamentarias e intestamentarias

El procedimiento judicial de las sucesiones, independientemente de su especie, iniciará una vez que el juez tome consentimiento de la muerte de una persona. Se podrán dictar las medidas pertinentes en caso de que existan menores o haya riesgo por malgasto de bienes. Es necesario presentar copia certificada del acta de defunción del autor de la herencia. Si algún heredero o legatario tuviera tutor, y éste tuviese intereses contrarios, se deberá nombrar a otro para el juicio, limitándolo a los puntos donde haya incompatibilidad.

El juicio sucesorio estará integrado por cuatro secciones:

- 1.** Primera sección: Conformada por la denuncia, citación de herederos y, quien se considere con derecho de heredar; además de nombramiento, y remoción de albacea y reconocimiento de derechos hereditarios.
- 2.** Segunda sección: Se integra por el inventario y avalúos sobre los bienes que integran la masa hereditaria.
- 3.** Tercera sección: Contiene todo lo relacionado con la administración y rendición de cuentas.
- 4.** Cuarta sección: Se compone sobre la partición de bienes y la adjudicación de los mismos.

La tercera y cuarta sección podrán ser omitidas cuando el heredero sea único y también se desempeñe como albacea.

Asimismo, en caso de iniciar un juicio intestamentario y exhibir el testamento posteriormente, se sobreseerá. Si hubiese bienes que no estuvieran contemplados, se acumularán ambos juicios y la albacea prevaleciente será aquella nombrada por el testamento.

La tramitación de una sucesión también podrá hacerse ante notario, siempre y cuando no exista controversia alguna. De igual manera, los herederos podrán acudir con el juez para tramitar o continuar el juicio sucesorio por tramitación especial. Deberán presentar copia certificada del acta de defunción, testamento o documentos que justifiquen su derecho, archivo general de notarías, inventario y convenio de adjudicación. El juez, en una sola audiencia, examinará los documentos y resolverá sobre la declaración de herederos y adjudicación de bienes.

La sucesión testamentaria se inicia a partir de la existencia del testamento, debiendo presentarlo ante el juez para que lo tenga por radicado y convoque a los herederos a una junta que podría llevarse a cabo dentro de los siguientes ocho o treinta días siguientes a la radicación. La junta tiene como fin hacerles saber el contenido de dicho testamento. La albacea debe aceptar su cargo y en caso de no haber una designada, los herederos la nombrarán. Si el testamento se impugnara por la validez del mismo o la capacidad del juicio, se le dará continuidad al juicio hasta antes de la adjudicación, y hasta que se resuelva sobre la impugnación planteada; pero si el testamento no fuera objetado, el juez reconocerá su validez en todo su contenido.

En cuanto a la sucesión intestamentaria, el intestado debe justificar el parentesco o lazo que lo une con el autor de la herencia. Deberá mencionar los nombres de los posibles herederos, a fin de que comparezcan en juicio y, en el plazo de treinta días naturales, deduzcan sus derechos. Posterior a ellos se dictara un auto declarativo de herederos, donde se conformara una junta de los mismos, salvo que hubiese un único heredero. La junta tiene como fin nombrar una albacea; una vez hecho esto se comienzan a aperturar las secciones de las que se hablaron en las líneas anteriores.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS SOBRE EL CONTRATO DE HIPOTECA INVERSA CONTEMPLADA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO

3.1 Contratos

Para entrar al estudio de este contrato es necesario hablar de manera general sobre la definición y características de los contratos, a fin de comprender sus elementos, alcances e incluso sus limitaciones.

Ignacio Galindo Garfias, en su obra *Teoría general de los contratos*, define al contrato como:

Un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en el intervienen. Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato. (1996:67)

Otra definición se refiere al contrato, como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el fin de producir efectos y consecuencias jurídicas y teniendo como propósito crear, transmitir o modificar derechos y obligaciones.

El contrato es un acto jurídico ya que existe la voluntad de las partes para producir los efectos que la ley establece, según la situación; a diferencia del negocio jurídico, donde las partes establecen dichos efectos.

También se debe distinguir entre contrato y convenio, a fin de no confundirnos. El término “convenio” proviene de la palabra *cum* y *viniere* que significa “venir”, “concurrir”, “unirse”, “llegar a un acuerdo”. Se dice que el convenio es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, permitir o extinguir derechos y obligaciones. Por lo tanto, se puede decir que tanto el convenio como el contrato tienen el mismo objeto. No obstante, el primero está destinado a concretar los intereses de las personas y el segundo regularmente tiene un contenido económico. Los alcances del contrato tiene efectos entre las partes y el convenio puede abarcar a terceros.

La Legislación Civil define al convenio y al contrato en los siguientes artículos, que a letra dicen:

Artículo 7.30. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 7.31. Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos, reciben el nombre de contratos.

Por lo anteriormente expuesto podríamos decir que el contrato es el acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear o transmitir derechos y obligaciones. Así el convenio es el acuerdo entre dos o más personas con el fin de modificar o extinguir derechos y obligaciones. Incluso podríamos considerar que el convenio ofrece una solución a las inconformidades que pudieran suscitarse respecto a los contratos. Es decir, si dos personas celebran un contrato y posteriormente llegan a estar en desacuerdo, ambos podrían convenir y cambiar los puntos en lo que no están conformes.

3.1.1 Clasificación

El Código Civil del Estado de México, en sus artículos 7.76 al 7.79 y del Distrito Federal, en sus artículos 1835 y 1838, mantienen una clasificación, la cual está en los siguientes términos:

1. Contrato unilateral es aquel cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.
2. Contrato bilateral es aquel en que las partes se obligan recíprocamente.
3. Contrato oneroso es aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
4. Contrato gratuito es aquel en que el provecho es solamente para una de las partes.
5. Contrato oneroso conmutativo es aquel en el que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde su celebración, de manera que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.
6. Contrato oneroso aleatorio es aquel en el que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que imposibilita la evaluación de la ganancia o pérdida, lo que impide conocer quien corre el riesgo, debiendo valorar dicho daño.

Ricardo Treviño García, en su obra *Teoría general de las obligaciones*, clasifica a los contratos de la siguiente manera:

Contrato unilateral: Es cuando los derechos son para una parte y las obligaciones para la otra.

Contrato bilateral: Es aquel que origina derechos y obligaciones para ambas partes.

Contrato oneroso: Es aquel donde se estipulan provechos u gravámenes recíprocos.

Contrato gratuito: Es cuando los provechos son para una parte y los gravámenes para la otra.

Contrato conmutativo: Es cuando las prestaciones que se deben son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato.

Contrato aleatorio: Es cuando la cuantía de la prestación debida depende de un acontecimiento incierto.

Contrato principal: Es cuando existe por sí mismo; es decir, tiene existencia propia. No depende de ningún contrato.

Contrato accesorio: Es el contrato que no tiene existencia propia; es decir, aquel que depende de otro y por tanto corre la misma suerte del principal.

Contrato instantáneo: Son aquellos que producen sus efectos en un solo acto.

Contrato de tracto sucesivo: Son aquellos que producen sus efectos a través del tiempo.

Contrato real: es cuando no basta el consentimiento, sino que es necesaria la entrega de la cosa para su perfeccionamiento.

Contrato consensual en oposición a formal: es aquel que no requiere, para su validez, que el consentimiento se manifieste por determinado medio. Por el contrario, se da entera libertad a las partes que lo manifiesten como ellas deseen, de manera expresa o tácita, pero dentro de lo estipulado por la ley.

Contrato formal: es cuando la ley ordena que el consentimiento se manifieste por determinado medio. Preferentemente que sea por escrito para que el contrato sea válido.

Contratos nominados: Está regulado en la legislación y recibe un nombre determinado.

Contrato innominado: No están regulados expresamente por la ley, pero independientemente de ello, las partes los pueden celebrar, siempre y cuando no vayan en contra de la ley o de las buenas costumbres.

Contrato intuito personae: cuando se toman en cuenta las cualidades de la persona (solvencia, honestidad, aptitud, confianza, etc.) para su celebración.

Contrato plurilateral: es aquel en que intervienen más de dos personas. (2007:138-140)

Para este trabajo usaremos la clasificación de Ricardo Treviño, pues además de contemplar los tipos de contratos de nuestra legislación, nos brinda una gama más amplia. Incluso podría ser un poco más específica y nos permite ver las cualidades que podría tener cada uno de los contratos regulados.

La clasificación anterior se enfoca a las modalidades del contrato, pues los tipos mencionados en nuestra legislación, y a la que hace alusión el autor anteriormente citado, es la siguiente:

1. Contratos preparatorios: la promesa de contrato.
2. Contratos traslativos de dominio: compraventa, permuta, donación y mutuo.
3. Contratos traslativos de uso y disfrute: arrendamiento, subarrendamiento y comodato.
4. Contratos de prestación de servicios: depósito, mandato, prestación de servicios profesionales, obras o precio alzado, transporte y hospedaje.
5. Contratos de realización de un fin común: asociación, sociedad, aparecería agrícola y de ganados.
6. Contratos aleatorios: juego, apuesta y renta vitalicia.
7. Contratos de garantía: fianza, prenda e hipoteca.
8. Contratos que previenen o resuelven controversias: transacción.

3.1.2 Elementos de existencia

1. Consentimiento.- Consiste en el acuerdo de voluntades que tienen las partes, a fin de crear y transmitir derechos reales o personales.
El consentimiento puede ser expreso; es decir, se realiza por escrito, verbalmente tácito o cualquier otro medio, cuando se presume que existe tal consentimiento.
2. Objeto.- Puede ser directo. Consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones, reales o personales. Hablamos de objeto indirecto cuando nos referimos al hecho o la abstención de hacer o no hacer.

Cabe mencionar que el objeto debe existir en la naturaleza, debiendo ser posible y determinado.

3.1.3 Elementos de validez

1. Solemnidad.- Consiste en cumplir con los requisitos y lineamientos, establecidos por la ley, a fin de que dicho contrato pueda ser válido.

2. Ausencia de vicios en el consentimiento. Dentro de estos vicios podemos encontrarnos con los siguientes:

Error.- Se da cuando se tiene una falsa apreciación de la realidad.

Dolo.- Consiste en emplear algún artificio para inducir o mantener a uno de los contratantes en el error.

Mala fe.- Es la disimulación del error en uno de los contratantes, una vez conocido.

Lesión.- Se produce cuando existe una desproporción evidente, inaudita o un lucro excesivo; toda vez que alguno de los contratantes se ha aprovechado de la ignorancia, inexperiencia o miseria del otro contratante.

Violencia.- Se origina cuando se emplea la fuerza física o moral; desde amenazas hasta ocasionar un daño.

La Legislación Civil del Estado de México, en su artículo 7.61, habla del temor reverencial el cual, consiste en desagradar a las personas a quien se le debe sumisión y respeto, menciona no es motivo suficiente para viciar el consentimiento o la voluntad.

3. Formalidad.- Consiste en la forma de manifestar el consentimiento, expreso o tácito; tal y como ya se mencionó en las líneas anteriores.

4. Licitud en el objeto.- El motivo o fin del contrato debe ser conforme a lo establecido por la ley.

5. Capacidad.- Es la aptitud que se debe tener para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La falta de alguno de los elementos de validez pueden llegar a convalidar con el tiempo, pero si llegase a faltar alguno de existencia, como su nombre lo indica, quedaría inexistente.

3.1.4 Efectos

Los efectos de los contratos es crear relaciones jurídicas entre las partes que lo celebran; quienes se vinculan entre sí y de manera reciproca. Dicho vínculo le concede la facultad a cada uno de los contratantes para exigir el cumplimiento de la prestación que haya tenido como objeto, según el contrato.

La figura del contrato trae fuerza coactiva; es decir, en caso de que alguno de los contratantes no quisiera cumplir con lo pactado, se le puede obligar a cumplirlo.

Cuando surge una relación jurídica, los contratantes se obligan entre sí y dichos efectos crean o transmiten derechos y obligaciones entre las partes. Por esta razón, la voluntad es indispensable para su celebración, pues las partes deben estar consientes de los alcances de un contrato. Si bien es cierto que ellas establecen los términos, también la ley determina en qué condiciones y bajo qué lineamientos deberá celebrarse cada uno de los contratos y los contratantes deberán apegarse a ello.

Uno de los principios aplicados en los contratos es el *Pacta sunt servanda*, el cual consiste en que, una vez que los contratos cumplan con los requisitos de existencia y de validez, las partes contratantes tienen el deber jurídico de acatarlos en cada uno de sus términos, de manera puntual.

La celebración de un contrato nos concede las facultades para el cumplimiento del mismo pues previamente hubo una aceptación de los términos y condiciones (siempre y cuando dicha aceptación haya sido de manera libre). Por ello se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos de existencia y validez. De lo contrario, dicho contrato podría ser nulo y no podría producir los efectos para los que fue creado.

3.2 Antecedentes Internacionales de la Hipoteca Inversa

A la hipoteca inversa también se le conoce como hipoteca reversible o pensión hipotecaria.

Se dice que la hipoteca inversa es un modelo financiero, diseñado para adultos mayores, propietarios de un inmueble que permite convertirlo en dinero sin perder la titularidad de la propiedad que posee respecto a dicho bien y permitiéndole seguir habitándola hasta su fallecimiento. Otorga a los herederos la facultad de pagar el préstamo y recuperar el inmueble. En caso de no hacerlo el acreedor podrá efectuar la garantía, a fin de satisfacer su deuda y, en caso de existir un remanente, sea entregado a los herederos.

El capital puede estar disponible de tres maneras: una suma de dinero, una línea de crédito y pagos periódicos de manera limitada o vitalicia. Dicho monto depende de la edad, de las tasas de interés y del precio de la vivienda.

Si bien es cierto esta figura es novedosa para nuestro país, ya cuenta con ciertos antecedentes en el mundo, como en Inglaterra, donde fue empleada desde 1965 y Estados Unidos a partir de 1989. Así mismo, se ha ido implementando en Australia, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Japón, Noruega y Suecia.

Reino Unido

En este país se contempla a la hipoteca inversa y se les permite a las personas mayores de 55 años obtener ingresos a partir de sus activos y mobiliarios y seguir viviendo con ellos. Se emplean dos modalidades:

- **Hipoteca vitalicia.-** Es aquella donde se le permite al consumidor la retención de la propiedad de su vivienda, obteniendo un préstamo que puede ser único, en renta vitalicia, línea de crédito o la combinación de todas, dejando como garantía dicha vivienda.
- **Plan de reversión de vivienda.-** En este caso el consumidor puede vender, de manera parcial o total, su vivienda al prestamista, pudiendo dejar un porcentaje disponible para herencia. De cualquier manera, el prestamista se convierte en el propietario de dicho bien y el cliente puede obtener un pago único o renta vitalicia, incluso ambos, además del derecho a continuar viviendo en el inmueble hasta su muerte.

Estados Unidos

En 1961, Nelson haynes Bering Sabinas y Loan contrató la primer hipoteca inversa en Estados Unidos, con Melle Young; sin embargo, el momento clave para el desarrollo de la hipoteca inversa comenzó a partir de 1989 y contempla los siguientes tipos:

- **Hipoteca para uso único.-** Éstas son ofrecidas y respaldadas por algunos gobiernos estatales y locales; tienen como propósito utilizarse en la reparación o el pago de impuestos de una vivienda. El préstamo se entrega en un solo monto y éste no se devuelve mientras el propietario habite en dicha vivienda.

- **Hipoteca con aseguramiento federal.-** Tiene como respaldo a la Administración Federal de Vivienda, quien garantiza que las entidades financieras cumplan con los pagos establecidos. La cuantía del préstamo depende de la edad del propietario y del valor de la propiedad, no debiendo exceder de \$625,500 dólares. El préstamo se devolverá cuando el dueño fallezca y los herederos tendrán la opción de pagar la deuda y quedarse con la casa o entregarla al prestamista. Si el valor obtenido por la venta de la casa es mayor al monto total del préstamo, los herederos podrán recibir el remanente. En caso de que el valor no alcanzara a cubrir el total del préstamo, los herederos no son responsables. Dicha pérdida no la absorbe el prestamista, pues cuenta con un seguro hipotecario gubernamental.
- **Hipoteca privada o jumbo.-** Son aquellas que se ofrecen por medio de instituciones financieras privadas. En éstas, el monto del préstamo es mayor al obtenido con una hipoteca de aseguramiento federal, pues no están sujetas al límite establecido por la Administración Federal de Vivienda. Éstas suelen ser más caras y para acceder a ellas es necesario que el propietario posea una vivienda sin deudas.

Actualmente la hipoteca inversa con aseguramiento federal es una de las más populares y es dirigida por la Administración Federal de Vivienda. Se le ha denominado “hipoteca de conversión del patrimonio de la vivienda”. Para acceder a este tipo de hipoteca se le exige al dueño tener más de 62 años y tener residencia permanente en el inmueble. Además podrá recibir asesoría independientemente y el préstamo se otorga mediante un pago único, una renta temporal o vitalicia, una línea de crédito, o una combinación de ambos. Este tipo de hipoteca cuenta con un seguro hipotecario, único y específico de éste programa, se garantiza al solicitante el recibimiento de

los pagos establecidos mientras esté con vida. Cuando la deuda acumulada alcanza el 98% de la cuantía máxima exigible, se asigna a la Administración Federal de Vivienda, por lo que el gobierno continúa realizando los pagos al pensionista, aceptando la responsabilidad sobre ésta, independientemente de que la deuda sobrepase el valor de la vivienda, el prestatario viva más de lo esperado y el valor de la casa disminuya. Este seguro le da una amplia protección al propietario de la vivienda.

Se debe mencionar que la hipoteca inversa en dicho país ha tenido un crecimiento notable año tras año, razón por la cual dicha figura obtiene una alta demanda.

A diferencia de otros países, éste es el único que cuenta con el aseguramiento del gobierno federal, lo que le da mayor seguridad al adquirente y, de cierta manera respalda a la institución que la otorga.

España

En este país las hipotecas inversas tuvieron auge a partir del año 2006 y son otorgadas por entidades de crédito o aseguradoras a personas mayores de 65 años. El requisito es que el inmueble sea la vivienda habitual del solicitante, quien debe estar asegurado contra daños. El importe de dicho préstamo dependerá del valor del inmueble del tipo de vivienda a hipotecar, de la edad de la persona y de la forma de percepción, ya sea como capital único, renta temporal o renta vitalicia una vez fallecido el deudor hipotecario, lo herederos tienen la opción de devolver el capital más los intereses y conservar el inmueble, o recibir el remanente entre el débito y el valor del inmueble.

Canadá

En éste país la hipoteca inversa surge en 1986; sin embargo, dicha actividad no ha tenido el suficiente auge. Esto podría deberse a que las viviendas son baratas y solo existe una sola institución para este tipo de crédito. En Canadá los requisitos para solicitar una hipoteca de este carácter son que la persona sea mayor de sesenta años y la cuantía del préstamo podría ser entre un 10% o 40% del valor patrimonial. De manera paralela se han tratado de implementar más líneas de crédito, siempre y cuando el adeudo no exceda más del 80% del valor del bien inmueble.

Nueva Zelanda

A partir del año 2004 la legislación neozelandesa ha tenido cierto crecimiento respecto a las operaciones de la hipoteca inversa, sin embargo, ha sufrido ciertas dificultades, por lo cual se ha auxiliado de otra figura conocida como el “Buy-Back”, también conocida como venta con recompra posterior. En ésta, el consumidor acuerda la venta de su vivienda con una entidad, pero con la intención de comprarla posteriormente (usualmente en un año a un precio mayor). Está pensado para personas con dificultades financieras que requieren transformar el patrimonio inmobiliario en efectivo.

3.3. Hipoteca inversa en México

A fin de tener una idea más clara sobre lo que es la hipoteca inversa fue necesario hacer un recorrido internacional. A pesar de que esta figura es novedosa para nuestro país, aún hay ciertos aspectos que se dejan al aire y no se sabe cómo funcionará en la práctica en México. En atención a los antecedentes anteriormente expuestos, a pesar de que ciertos países ya cuentan con cierta experiencia en su uso, son notorias las diferencias. En Estados Unidos es el gobierno federal quien asegure, en caso de que la deuda exceda el valor del

bien, lo cual protege a la persona que contrata dicha hipoteca; además dicha figura se impulsa porque la fomenta el mismo gobierno. Algunas similitudes entre los demás países son que contemplan el pago por una sola exhibición, línea de crédito, diferidos de manera vitalicia o la combinación. Casi todas plantean un tope de crédito y se toman en cuenta los derechos de los herederos. Incluso en Reino Unido la venta del bien se puede dar de manera parcial, con el fin de salvaguardar un porcentaje para heredarlo.

Alberto Guido Servente (1995) en su obra *La Hipoteca Revertida*, menciona:

La idea de movilizar el patrimonio invertido en un inmueble por medio de un crédito garantizado por el mismo no es, por cierto, original de los mecanismos de reciente creación en Estado Unidos de América, conocidos como “Hipotecas Revertidas”. En efecto, dentro de los medios de financiamiento ofrecidos por los bancos y otras entidades de préstamos, hace mucho que se utilizan diversos tipos de los llamados “créditos inmobiliarios”. En general, son reconocidos como los más seguros de otorgar, pues el respaldo inmobiliario ha sido considerado el mejor colateral para un préstamo.

A continuación se abordará el funcionamiento de la hipoteca inversa en nuestro país. Para ello es necesario comprender el concepto de dicha figura, la cual está regulada en el Código Civil del Estado de México, que a la letra dice:

Artículo 7.1144-Bis. Es la que se constituye sobre un inmueble, que es la vivienda habitual y propia del pensionista, para garantizar el capital que se le concede

por el pensionario, a fin de cubrir sus necesidades económicas de vida.

Artículo 71144-Ter. Es aquel por el cual el pensionario se obliga a pagar periódicamente, y en forma vitalicia, al pensionista o a su beneficiario, quien deberá ser su cónyuge, concubina o concubinario; de edad igual o superior a los 60 años, una cantidad de dinero predeterminada, que el pensionista garantizara a través de la hipoteca inversa, en los términos de este capítulo.

Dicha figura se regula a través de un contrato mismo que celebrada por una persona o institución autorizada, llamada “pensionario”, entre otra persona llamada “pensionista”; en el cual la primera se obliga a pagar periódicamente y de manera vitalicia una cantidad predeterminada al segundo o a su “beneficiario”. La cantidad otorgada queda garantizada a través del inmueble. Sin embargo los herederos del pensionista y beneficiario, en caso de haberlo, podrán abonar al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido sin compensación, o podrán optar por no pagar dicha deuda. Cuando no se haya efectuado pago alguno, transcurridos los seis meses contados a partir del fallecimiento del pensionista, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, solicitando su adjudicación o venta.

3.3.1 Requisitos

Para la celebración de este contrato se deben cubrir ciertos requisitos:

- Se deberá realizar un avalúo que se actualizará cada dos años a cargo del pensionario, a fin de estar acorde con la plusvalía que el bien adquiera

- La cantidad que reciba el pensionista deberá ser suficiente para sus necesidades básicas.
- El solicitante deberá ser mayor a 60 años.
- El beneficiario podrá ser su cónyuge o concubina y deberá tener más de 60 años.
- El préstamo se dará de manera periódica, a favor del pensionista o al beneficiario.
- La deuda y la garantía solo podrán ser exigibles por el pensionario en caso de que el pensionista y beneficiario fallezcan. Se deben respetar los seis meses para poder adjudicarse o vender dicho bien.
- El pensionista podrá realizar un pago total o parcial anticipadamente sin que le sea impuesta alguna penalización.
- El pensionista podrá habitar de manera vitalicia y arrendar de manera parcial o total el inmueble hipotecado. Sin embargo, para este último supuesto deberá contar con la autorización expresa del pensionario así como con los términos y condiciones establecidos por el arrendamiento en el contrato, sin afectar la naturaleza de la hipoteca inversa.
- Los intereses que se generen serán únicamente por las cantidades a disposición del pensionista.
- Se deberá estipular el incremento anual que tendrá la pensión, a fin de estar acorde con el valor del mercado y del inmueble.
- El inmueble hipotecado no podrá ser transmitido sin el consentimiento del pensionario. En caso de incumplimiento se vencerá el adeudo, a menos que la garantía se sustituya de forma igual que la anterior en un plazo de seis meses.
- En caso de que los herederos del pensionista no reembolsen los débitos vencidos con sus intereses, el pensionario podrá obtener el recobro hasta donde alcance el bien hipotecado.

- Si el pensionario incumple, el pensionista podrá solicitar la rescisión de dicho contrato, exigiendo el pago de daños y perjuicios o el pago de la pena pactada. Además se tendrá por liquidada la deuda y no generará más intereses. El pensionario deberá gestionar los tramites tendientes a la liberación de dicha hipoteca y, en caso de querer hipotecar el bien nuevamente, ésta tendrá prioridad respecto a la anterior.

Como caso excepcional, se menciona que el tutor de un menor o una persona incapaz, podrá solicitar la autorización judicial para constituir la hipoteca inversa, siempre y cuando sea para obtener un crédito a favor de la persona que representa.

3.3.2 Personas autorizadas para otorgar la hipoteca inversa

El Código Civil del Estado de México, en su artículo 7.1144-Quater, dice:

Están autorizadas para otorgar la hipoteca inversa las instituciones privadas, sociales, las personas físicas y las instituciones públicas, siempre que cuenten con las facultades para ello.

La Ley de Instituciones de Crédito, establece cuáles son los requisitos para ser una institución de banca autorizada. A la letra dice:

Artículo 8.- Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su Junta de Gobierno y opinión favorable del Banco de México. Por su naturaleza, éstas autorizaciones serán intransmisibles [...]. La

autorización que se otorgue conforme a éste artículo, quedará sujeta a la condición de que se obtenga la autorización para iniciar las operaciones respectivas en términos del artículo 46 Bis de ésta Ley, la que deberá solicitarse dentro de un plazo de ciento ochenta días contado a partir de la aprobación del instrumento público a que se refiere el párrafo anterior. Al efectuarse la citada inscripción del instrumento público, deberá hacerse constar que la autorización para organizarse y operar como institución de banca múltiple se encuentra sujeta a la condición señalada en este párrafo.

Artículo 19.- El capital mínimo suscrito y pagado para las instituciones de banca múltiple que tengan expresamente contempladas en sus estatutos sociales todas las operaciones previstas en el artículo 46 de esta Ley será el equivalente en moneda nacional al valor de noventa millones de Unidades de Inversión. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su Junta de Gobierno, determinará mediante disposiciones de carácter general el importe del capital mínimo con que deberán contar las instituciones, múltiple, en función de las operaciones que tengan expresamente contempladas en sus estatutos sociales, la infraestructura necesaria para su desarrollo, los mercados en que pretendan participar y los riesgos que conlleve, entre otros.

Artículo 46 Bis.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores autorizará a las instituciones de banca múltiple el inicio de operaciones o la realización de otras adicionales a las que le hayan sido autorizadas, de entre las señaladas en el artículo 46 de ésta Ley, cuando acrediten el cumplimiento de lo siguiente:

- I. Que las operaciones de que se trate se encuentren expresamente señaladas en sus estatutos sociales;
- II. Que cuenten con el capital mínimo que les corresponda conforme a lo establecido en el artículo 19 de ésta Ley, en función de las operaciones que pretendan realizar;
- III. Que cuenten con los órganos de gobierno y la estructura corporativa adecuados para realizar las operaciones que pretendan llevar a cabo, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en las disposiciones técnicas u operativas de carácter general emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tendientes a procurar el buen funcionamiento de las instituciones;
- IV. Que cuenten con la infraestructura y los controles internos necesarios para realizar las operaciones que pretendan llevar a cabo, tales como sistemas operativos, contables y de seguridad, oficinas; así como los manuales respectivos, conforme a las disposiciones aplicables,
- V. Que se encuentren al corriente en el pago de las sanciones impuestas por incumplimiento a esta Ley que hayan quedado firmes, así como en el cumplimiento de las observaciones y acciones correctivas que, en ejercicio de sus funciones, hubieren dictado la citada Comisión y el Banco de México. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores practicará las visitas de

inspección que considere necesarias a efecto de verificar el cumplimiento de los requisitos a que se refieren las fracciones I a IV de éste artículo. La Comisión consultará con el Banco de México el cumplimiento de las medidas y sanciones que éste hubiere impuesto en el ámbito de su competencia. La institución de que se trate deberá inscribir en el Registro Público de Comercio, para efectos declarativos, la autorización que se le haya otorgado para el inicio de operaciones en términos del presente artículo, a más tardar a los treinta días posteriores a que le haya sido notificada.

De lo anterior se desprende que, aunque nuestra legislación no señale específicamente qué instituciones son las autorizadas para otorgar la hipoteca inversa, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Instituciones de Crédito; nos podemos dar cuenta que no cualquiera podría cumplir con los requisitos para obtener dicha autorización, pues del artículo 19 de la ley en comento, se desprende que debe haber un mínimo de inversión, la cual consiste en noventa millones de unidades de inversión (UDIS). De acuerdo a Banxico, cada unidad tiene el valor de 5.409376, cantidad que se multiplica por noventa millones, dando como resultado el valor de \$486,843,840 (cuatrocientos ochenta y seis millones, ochocientos cuarenta y tres mil, ochocientos cuarenta pesos 00/100 M.N). Esta cantidad resulta estratosférica para que cualquier persona pudiera tenerla. Sin embargo, por los lineamientos establecidos es el artículo 46 de la ley en comento, es necesario contar con un capital amplio para estar respaldado por cualquier percance que pudiera suscitarse en alguna operación de crédito.

Respecto al apartado donde nos menciona que también un particular puede ser autorizado, no se mencionan qué requisitos podrá obtener dicha autorización y la Ley de Instituciones de Crédito.

3.3.3 Diferencia entre una hipoteca inversa y un crédito hipotecario

El contrato de hipoteca inversa tiene relación con los créditos hipotecarios o inmobiliarios, pues ambos tienden a otorgar un crédito, equivalente a un ingreso monetario, que puede materializarse en lo que el contratante desee. En el caso de la hipoteca inversa, la finalidad de obtener el crédito es obtener una pensión mensual de manera vitalicia. Por su parte, el crédito inmobiliario tiene la finalidad de que la persona beneficiada con dicho crédito pueda adquirir un bien inmueble, regularmente una vivienda.

A manera de comprender mejor manera cuáles son las distinciones entre la hipoteca inversa y un crédito hipotecario, haremos la siguiente comparación:

1. Comenzando por la edad de los solicitantes, la hipoteca inversa establece que la persona solicitante o beneficiario debe ser mayor a los 60 años de edad. La hipoteca inmobiliaria, de acuerdo a los requisitos de algunas instituciones de crédito como Scotiabank, HSBC, solicita una edad mínima de 25 años de edad y la máxima para solicitarla deberá ser menor a los 65 años. De esta forma, la suma de edad, más el plazo del crédito deberá ser menor a los 75 años, BANAMEX establece que la edad máxima será de 69 años 11 meses y que la edad más el plazo del crédito no deberá superar a los 84 años 11 meses de edad y BANCOMER establece como edad mínima los dieciocho año

y como edad máxima, más el plazo de crédito, los 85 años de edad.

2. En cuanto a la hipoteca inversa, el solicitante no debe contar con otra cosa más que con su vivienda, pues la hipoteca recaerá sobre dicho inmueble y en el crédito hipotecario, para ser otorgado, el solicitante debe comprobar un ingreso mínimo comprobable que puede variar entre los \$7,000.00 y \$10,000.00, dependiendo si cuenta con apoyo INFONAVIT o no. Por lo que respecta a BANAMEX el ingreso mínimo deberá ser de \$15,000.00.
3. En la hipoteca inversa el solicitante obtiene una mensualidad de manera vitalicia y en el crédito inmobiliario se obtiene un préstamo que puede ser en una sola exhibición o a plazos, según lo determinen.
4. Por lo que hace a la hipoteca inversa, el solicitante no se compromete a pagar la deuda en mensualidades, pues ésta se cubrirá con la vivienda hipotecada. En el crédito hipotecario el deudor recibe una suma de dinero, misma que el solicitante se compromete a devolver con los respectivos intereses generados.
5. En la hipoteca inversa el patrimonio del solicitante tiende a disminuir pues, a su muerte, dicho bien se le quedará a la persona o institución que haya otorgado dicha hipoteca. En el caso del crédito hipotecario, la intención es que el patrimonio aumente, toda vez que el solicitante piensa adquirir un bien inmueble.

3.3.4 La hipoteca inversa como una alternativa para pensionarse

La hipoteca inversa resulta atractiva e interesante, ya que las personas de edad avanzada llegan a tener dificultades para pensionarse, o incluso no tienen el hábito para ahorrar; teniendo como consecuencia que dependan de otras personas para su manutención. Es por ello que la hipoteca resulta una opción para una aquellos que no que no puedan valerse por sí mismos, a fin de no depender de otros y puedan obtener los recursos suficientes para su manutención.

En nuestro país la exploración de esta figura está encaminada a convertirse en una opción para que una persona en edad avanzada obtenga una pensión mensual de por vida para su manutención.

Uno de los motivos para la implementación de esta figura se debe a que, según el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), la esperanza de vida de un persona ha ido incrementando, pues en 1930 las personas vivían en promedio 34 años, en 1970 el promedio tuvo una alza a los 61 años, en el 2000 se incrementaron 13 años más y en el 2014 la expectativa de vida aumento a los 75 años. Aunque del año 2000 al 2014 el cambio no pueda ser tan dramático como en los años anteriores, indudablemente la esperanza de vida de una persona ha aumentado, lo cual sugiere que en los años subsecuentes esta regla siga aplicándose.

El incremento en la esperanza de vida conduce a que las personas lleguen a una edad avanzada y sean un sector predominante en nuestra población, trayendo consigo el derecho a tener una vida digna y buscar un medio que cubra sus necesidades hasta su fallecimiento. Por esta razón, las pensiones en nuestro país eran la opción para todas ellos.

Después de cubrir ciertos años de trabajo o de sufrir algún tipo de incapacidad, se les otorgaba el derecho de jubilarse o pensionarse. Esto con el objetivo de garantizarles un ingreso mensual que cubriera sus necesidades hasta su muerte. Sin embargo, año con año, la pensión ha dejado de ser una opción para nuestro país, pues el aporte que da la federación para lograr éste tipo de pensiones es muy alto. Por esta razón, uno de los medios con más auge es el Fondo de Ahorro para el Retiro (AFORE), el cual consiste en quitarle al trabajador un porcentaje del sueldo percibido y, una vez que se dé por terminada la relación laboral, se le entregará toda la cantidad ahorrada. Esto con el fin de que lo administre y pueda mantenerse. Sin embargo, no es lo mismo recibir una pensión de manera mensual, hasta la muerte, que una cantidad en una sola exhibición porque es incierto si alcanzará a cubrir sus necesidades de por vida. La hipoteca inversa o hipoteca pensionaria es una nueva opción para que las personas de edad avanzada obtengan un ingreso vitalicio, a cambio de hipotecar su vivienda, con la ventaja de que el propietario podrá seguir habitándola, pero a su vez, con la desventaja de que, al morir, dicho bien se convierta en propiedad de la institución que le haya otorgado la hipoteca inversa.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE HIPOTECA INVERSA. ARTÍCULOS 7.1144 QUINQUIES, SEXIES Y OCTIES DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1 Análisis

Se puede observar que el derecho sucesorio es el motivo que impulsa al hombre a seguir construyendo un patrimonio más fuerte, pues independientemente de que los bienes integrados ya sean suficientes para su subsistencia, tienen como deseo seguir incrementado dicho acervo con la finalidad de beneficiar a los suyos, para que, al morir sean repartidos entre sus beneficiarios. Esta idea rompe con la hipoteca inversa pues si bien es cierto que la persona recibe una pensión mensual de manera vitalicia, el precio para obtenerla es que, a su muerte, su vivienda quede en manos de la persona autorizada; ya sea un particular, una institución o una sociedad.

A fin de saber qué derechos prevalecen más, si los del contrato o el de los herederos, es necesario que hagamos el análisis de varios puntos.

Primero hablaremos de los términos de contratación contemplados en la Legislación Civil del Estado de México:

Artículo 7.1144-Quinquies. La determinación de la hipoteca inversa se realizará previo avalúo de institución debidamente facultada, que considere el valor comercial de mercado del inmueble, el cual deberá actualizarse cada dos años para estar acorde con la

plusvalía que el bien adquiera con el tiempo. El costo de dicho avalúo será cubierto por el pensionario.

El contrato de hipoteca inversa, además de lo pactado, estará sujeto a lo siguiente:

- I. Que la cantidad pactada entre pensionario y pensionista sea suficiente para que éste (sic) cubra sus necesidades básicas;
- II. Que el solicitante o los beneficiarios que él designe sean personas de edad, igual o superior a los 60 años;
- III. El tutor, siempre que se encuentre en los supuestos señalados en el presente capítulo, podrá, con autorización judicial, constituir hipoteca inversa para garantizar un crédito otorgado a favor de su pupilo menor o incapaz;
- IV. Que el pensionista disponga del importe del préstamo conforme a los plazos que correspondan a las disposiciones periódicas mediante la cuales el pensionista accederá al importe objeto de la hipoteca inversa,
- V. Las personas que recibirán los pagos periódicos que hace referencia el artículo 7.1144 Ter;
- VI. Las condiciones que se establezcan, en su caso, para atender lo dispuesto en el artículo 7.1144 Sexies;

- VII. Que la deuda solo sea exigible por el pensionario y la garantía ejecutable cuando fallezca el pensionista y el beneficiario, si lo hubiere; respetando el plazo que le concede la fracción II del artículo 7.1144 Sexies, respecto a la amortización de la deuda;
- VIII. El pensionista podrá realizar pago total o parcial anticipado sin penalización alguna;
- IX. El pensionista habita vitaliciamente el inmueble hipotecado. No obstante, el pensionista podrá arrendar, de manera parcial o total, el inmueble hipotecado, siempre y cuando cuente con la autorización expresa del pensionario y los términos y condiciones del arrendamiento se establezcan en el contrato correspondiente; sin afectar la naturaleza propia de la hipoteca inversa;
- X. Los intereses que se generen por el capital serán solamente sobre las cantidades dispuestas por el pensionista;
- XI. Que en el contrato se incluyan las especificaciones del incremento anual que tendrá la pensión, de acuerdo con las condiciones del mercado y el valor del inmueble.

Este artículo establece ciertos requisitos para la contratación de dicha hipoteca. Comparemos la edad de 60 años, establecida para solicitarla, con un crédito hipotecario cuyo límite de edad oscila entre los 70 y 85 años, donde ya se toma en cuenta el plazo de crédito. Es decir, que si se solicita un crédito a los 50 años y dicha deuda se pagara en 30 años, la persona tendrá 80 años al momento de liquidar su deuda. Si lo pensamos de esta manera, la edad cambia para la

hipoteca inversa y para el crédito inmobiliario. Las instituciones de crédito no van a perder, pues ellas desean obtener mayores beneficios. Por ello que consideramos que en la hipoteca inversa se establece que la persona sea mayor a 60 años a fin de que la pensión vitalicia brindada no se prolongue mucho. Un crédito hipotecario no se le otorgan a personas mayores de 70 años, pues saben que sus índices de mortalidad son mayores.

Otro de los puntos a observar es que dentro de todo el capítulo de la legislación, respecto a esta figura, no se menciona qué pasaría si el pensionista, previo a celebrar este contrato, ya hubiese otorgado disposición testamentaria respecto de dicha vivienda. Podríamos pensar que es posible aplicar el principio: "primero en tiempo, primero en derecho". Sin embargo, debemos cuestionarnos si realmente podemos basarnos únicamente en la aplicación de éste, pues podría ser atrevido e incluso arbitrario.

Al celebrar este contrato, los contratantes adquieren derechos u obligaciones y el pensionista podría omitir el hecho de que éste ya haya otorgado testamento alguno. Por otro lado, nos encontramos con el derecho del heredero o legatario de adquirir el bien que el *de cuius* pudiera dejar a su favor. En el capítulo III se habló de la diferencia entre el legatario y heredero; también se hizo referencia a que el heredero puede responder a la deuda que el pensionista haya dejado respecto del bien, pero el legatario no, pues él, no necesariamente debe responder sobre las cargas.

En esta tesitura también es importante que hablemos de la exposición de motivos que realiza el legislador, donde trata de fundamentar la razón del porqué se agrega la figura de la hipoteca inversa en nuestra legislación; donde manifiesta que el promedio de edad de la población ha ido en aumento, dando como resultado el incremento de personas en edad avanzada, mismas que ya no cuentan con un

ingreso monetario para cubrir las necesidades que les permitan vivir de manera digna y tranquila.

Atendiendo a que cada vez es más fácil adquirir una vivienda a través de la solicitud de créditos o programas del gobierno federal y estatal, el legislador propone la figura de la hipoteca inversa, llamándola también como pensión hipotecaria. A diferencia de la hipoteca normal, la primera garantiza la deuda con la vivienda y permite que el propietario siga habitándola hasta su fallecimiento. Llegado el momento, los herederos podrán optar por pagar el préstamo y recuperar el inmueble o no hacerlo y el pensionario o acreedor podrá ejecutar la garantía, ya sea convirtiéndose en propietario, o procediendo a la venta de dicho inmueble, con el fin de satisfacer su deuda y en caso de que se efectuó dicha venta y exista un remanente, éste proceda a entregarlo a los herederos. También menciona que dicha figura ofrece la posibilidad de que el pensionista realice acciones colateralmente, a fin de fortalecer el contrato por medio de un seguro de vida que garantice al acreedor el pago de la deuda; para incrementar el pago de las pensiones mensuales que pudieran pactarse y recibirse por un tiempo determinado o hasta completar el valor convencional de la vivienda. Esta figura se crea con el propósito de concederles a las personas de edad avanzada la oportunidad de que, con la pensión mensual, puedan ser autosuficientes hasta su muerte.

Por lo anterior, debemos prestar particular atención a la parte donde el acreedor o pensionario realizan la venta del bien y existe un remanente, el cual se entregará a los herederos. Esto simplemente queda en una fundamentación, mas no se materializa en alguno de los artículos del capítulo III de la hipoteca inversa contemplada en la Legislación Civil. Si acaso, los artículos que más se aproximan a dicha manifestación podrían ser:

Artículo 7.1144-Sexies. La amortización del capital se sujetara a las siguientes normas:

- I. Cuando fallezca el pensionista y su beneficiario, en caso de haberlo, sus herederos podrán abonar al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido, sin compensación por la cancelación del gravamen y pago del adeudo;
- II. En el supuesto de la fracción anterior, los herederos del pensionista podrán optar por no pagar el adeudo existente y vencido. transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista sin efectuarse el pago, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta.

Artículo 7.1144-Octies. Cuando se extinga el capital pactado y los herederos del pensionista decidan no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses el pensionario podrá obtener recobro hasta donde alcance el bien hipotecado.

Sin embargo, dicho artículo no menciona que el pensionario deba dar aviso a los herederos de que exista dicho remanente para ser entregado, motivo por el cual podríamos considerar que la institución o persona autorizada pudiese actuar con ventaja y apropiarse de dicho bien, Si bien es cierto que el pensionario tiene el derecho de que, a la muerte del pensionista y en caso de que los herederos quieran recuperar el bien, éstos le paguen el adeudo respecto de las cantidades otorgadas y con los intereses generados. Sin embargo, lo

que nos resulta complicado entender es por qué motivo dicha deuda debe ser cubierta en su totalidad, sin importar las aportaciones previas del pensionista.

Así también cabe mencionar que, respecto a lo mencionado en el artículo 7.1144-Quinquies fracción I, donde se refiere a que el pensionario deberá cubrir las necesidades básicas del pensionista. En la exposición de motivos el legislador nos habla de que dicha pensión deberá cubrir las necesidades que le permitan vivir de manera digna y tranquila. Se hace alusión a este punto, pues como necesidades básicas se consideran el vestido, alimento, salud, educación, etc; pero como necesidades que nos permitan vivir de manera digna y tranquila, no podemos hablar de ellas de forma general, pues varía de acuerdo al estatus económico de cada persona.

Se estima pertinente realizar el cálculo de la cantidad que se recibiría en caso de celebrar un contrato de hipoteca inversa, tomando en cuenta que para dicho cálculo se contemplan factores como: la edad del solicitante y el avalúo de la vivienda; pues de acuerdo a éstos, se puede determinar la cantidad de pensión que le será otorgada al pensionario.

Toda vez que la hipoteca inversa aún no se comercializa en nuestro país, encontramos un simulador para calcularla; sin embargo, hace el cálculo con euros. Por lo anterior es necesario saber que un euro equivale a \$19.32 pesos mexicanos.

Así también, se toma como parámetro del valor de una vivienda el costo de \$1,000,000.00. Tomando en cuenta dicha cantidad, ya que se trata de un valor intermedio; al efectuar dicho cálculo resulta que la cantidad mensual a recibir será de 88.41 euros, equivalente a \$1,708.00 pesos mensuales.

Dicha cantidad es baja. Si bien es cierto que se tomó en cuenta el valor de una vivienda intermedia, también debemos contemplar que la mayoría de los casos las personas cuentan con viviendas cuyo costo son menores y la pensión mensual disminuye.

Si dicho cálculo se hiciera igual en nuestro país, las mensualidades serían demasiado bajas y obviamente no podrían cubrir con las necesidades de una persona o de una pareja en edad avanzada. Otro factor que tienen en contra las personas mayores son sus posibilidades de deterioro en su salud, factor en el que también deben invertir más dinero para poder mantenerse saludables.

Por último cabe mencionar que sin duda alguna ésta es una alternativa para las personas cuyas condiciones económicas y por la edad no les sea posible contar con un ingreso. Lejos de que sea su voluntad el celebrar este tipo de contrato, es necesario considerarlo como una alternativa para conseguir ingresos que les garanticen la subsistencia. Para ello podemos mencionar el artículo 7.55, que a la letra dice:

Cuando alguno explotando la ignorancia, inexperiencia, miseria o el estado de necesidad de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidencialmente desproporcionado a lo que, por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la nulidad del contrato o en su caso la reducción equitativa de su obligación.

A pesar de que dicho contrato es voluntad de las partes, el capítulo III BIS de nuestro Código estatal beneficia al pensionista y, aunque dichas ventajas no sean responsabilidad de la persona o institución autorizada, debería tomarse en cuenta qué pasaría con los derechos de los herederos o legatarios que pudieran estar instituidos.

4.2 Propuesta

En esta tesitura, y atendiendo a lo anteriormente expuesto se propone que, por lo que hace al artículo 7.1444- Quinquies, se adicione una fracción, quedando de la siguiente manera:

Artículo 7.1144-Quinquies.

XII. Antes de celebrar dicho contrato, la institución o persona autorizada deberá hacer la investigación correspondiente de que el pensionista no hubiese dejado disposición testamentaria alguna.

Y en caso de que dicha investigación no se hubiese efectuado, el heredero o legatario instituido tendrá derecho de preferencia frente al pensionario y no habrá la obligación de cubrir el pago de lo adeudado.

Si una vez efectuada dicha investigación no se desprendiera disposición testamentaria alguna, se procediera a la celebración de dicho contrato y posterior a esto el pensionista otorgara disposición testamentaria alguna se presumirá que éste actuó de mala fe y el pensionario tendrá el derecho preferente de decidir si se adjudica el bien o lo vende.

El Artículo 7.1144-Sexies se reformaría en su fracción I y II, debiendo quedar de la siguiente manera:

Artículo 7.1144-Sexies. La amortización del capital se sujetará a las siguientes normas:

I. Cuando fallezca el pensionista y su beneficiario, en caso de haberlo, sus herederos legítimos podrán abonar al pensionario la totalidad del adeudo

existente y vencido, tomando en cuenta las aportaciones hechas al pensionista a fin de descontarlas del capital total, para que estos herederos cubran la cantidad restante.

II. Si hubiese disposición testamentaria previa a la celebración del contrato que nos ocupa, los herederos o legatarios instituidos no estarán obligados a pagar dicha deuda, pero si hubiese disposición testamentaria con fecha posterior a la celebración de este contrato, los herederos y legatarios se sujetarán a lo establecido por la fracción anterior;

III. En el supuesto de la fracción anterior, los herederos del pensionista podrán optar por no pagar el adeudo existente y vencido. Transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista sin efectuarse el pago, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta.

Si de dicha venta quedara un remanente, le será entregado a los herederos; razón por la cual el pensionario se obliga a avisarles.

Por lo que respecta al artículo 7.1144-Octies quedara de la siguiente manera:

Artículo 7.1144-Octies. Cuando se extinga el capital pactado y los herederos del pensionista decidan no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses el pensionario podrá obtener recobro hasta donde alcance el bien hipotecado. En caso de remanente se aplicará lo dispuesto por el artículo 7.144-Sexies, párrafo segundo.

La propuesta de reformar los artículos mencionados de nuestra legislación civil obedece a hacer respetar el derecho de los herederos que se ve vulnerado, pues solo se les contempla de manera ambigua. Por ello no se consideran ciertas situaciones en las que pudieran encontrarse. Sin embargo es menester contemplar diversas hipótesis, toda vez que este contrato en particular le concede al pensionario que ejecute dicha hipoteca hasta después de su muerte. Las sucesiones también surten sus efectos hasta que dicho acontecimiento ocurre. Por ello que consideramos importante que se les considere a los herederos dentro de este contrato, pues ya que ellos cuentan con el derecho de suceder al *de cuius*, independientemente de que la sucesión sea legítima o testamentaria.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo se puede concluir que todos los contratos de garantía consisten en asegurar el pago de una deuda. Dicho aseguramiento puede darse a través de un bien, como la hipoteca o prenda, e incluso una persona, en el caso de la fianza. Dicho aseguramiento nos brinda la certeza de que la deuda será pagada. Asimismo, la regulación de estos contratos en la Legislación Civil del Estado de México y del Distrito Federal son muy similares y las diferencias son mínimas. Incluso algunas solo cambian en ciertos términos, pero el procedimiento es el mismo; salvo en el caso de la hipoteca inversa por tratarse de una figura nueva que únicamente se encuentra regulada en el Código del Estado de México y pese a dicha regulación, la misma aún no se encuentre funcionando. Aún tiene ciertos recovecos que se deben considerar para implementarla.

Por tal motivo, algunas de esas deficiencias consisten en que en dicho contrato de hipoteca inversa no se mencione de manera más específica a los herederos; motivo que nos preocupa, pues las sucesiones, sin importar su especie, son asuntos cotidianos porque todas las personas fallecen a diario y regularmente cuentan con un patrimonio que sus familiares podrán suceder cuando el titular muere. En este sentido, la hipoteca inversa donde se brinda la oportunidad a las personas, mayores de 60 años, de obtener una pensión vitalicia a cambio de que a su fallecimiento, una institución o persona autorizada, proceda a vender o convertirse en propietario de dicho bien.

Al fallecimiento del titular del bien, el pensionario tiene la propiedad del mismo, lo cual nos conduce a cuestionar qué sucede con nos cuestionamos que sucede con los derechos de los herederos o legatarios; derechos que incluso podrían tener preferencia en razón a

la fecha del testamento, en caso de que lo hubieren, y que en el supuesto de no existir disposición testamentaria alguna, por lo menos se trate de que los derechos del pensionario y los herederos legítimos se encuentren en igual de circunstancias, pues tanto el pensionario tiene derecho de que se le dé cumplimiento al contrato en los términos celebrados, como los herederos de que se les conceda la oportunidad de heredar dicho bien con la amortización correspondiente.

Dicha opinión no se debe interpretar o confundir como un desprecio hacia el contrato de hipoteca inversa o incluso hacia el pensionario. Sin embargo, la regulación de dicho Código deja en desventaja a los herederos. Independientemente de ello, dicha figura es novedosa y, que una vez que se logre condicionarla a nuestra realidad, podría ser la opción de muchas personas para obtener un ingreso y poder solventar su manutención; siempre y cuando la pensión recibida logre cubrir las necesidades primordiales de una persona.

GLOSARIO

A

Acreedor

Persona que tiene derecho a pedir el cumplimiento de una obligación. 14

Amortización

Son los pagos que se hacen a una deuda, provocando su reducción. 14

Anticresis

Contrató por el cual el acreedor puede disponer de los beneficios que la cosa entregada genere, como pago a los intereses XE "Interés: Es el valor o provecho que se obtiene sobre algo, regularmente sobre un capital." o a la amortización XE

"Amortización: Son los pagos que se hacen a una deuda, provocando su reducción." 14

C

Contrato

Es un acuerdo de voluntades, orales o

escritas, celebrado entre dos o más personas, donde aceptan obligaciones y derechos sobre una cosa determinada y en el documento que celebran establecen los términos y condiciones de dicho acuerdo. 9

Cujus

Término que le da nombre a la persona del difunto o autos del testamento en una sucesión testamentaria o legítima, en el ámbito jurídico. 42

D

Depósito

Es la acción de entregar o proteger bienes, mismos que le son encomendados a una persona para que los tenga bajo su custodia y, una vez que le sean requeridos, ésta respondera por ellos. 10

Derecho

Es la facultad que tiene una persona de poder exigir lo establecido por la ley. 9

Derecho de persecución

Es la facultad de perseguir judicialmente una cosa, sin importar dónde y con quién se encuentre 15

Derecho preferente

Es la facultad que tiene el acreedor prendario o hipotecario para que sean pagados antes que los demás acreedores. 14

Derecho real

Es la relación jurídica entre una persona y una cosa. 27

Derechos de Persecución

Es el privilegio que se tiene para embargar un bien. 27

Deudor

Persona que tiene la obligación de satisfacer una deuda. 14

E

Excusión

Es el derecho que tiene el fiador de oponerse, en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del acreedor. 20

F

Fiador

Es aquella persona que se compromete a responder por otra, en caso de que ésta no cumpla con la obligación que contrajo. 10

Fiducia

Contrato de buena fé donde se transfiere un bien a una persona por un tiempo y condiciones establecidas. 14

Frutos

Entiéndase como los provechos que genera una cosa. 13

G

Garantía

Es la acción de asegurar o responder por una cosa. Sirve para dar certeza de que ocurra algo. 9

Gravamen

Es una carga, impuesto u obligación que puede recaer sobre un bien o una persona. 24

I**INFONAVIT**

Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores 102

Interés

Es el valor o provecho que se obtiene sobre algo, regularmente sobre un capital. 14

N**Nuda propiedad**

Es el derecho de propiedad sin tener la posesión. 35

O**Obligación**

Es el deber que adquiere una persona de dar, hacer o no hacer; de acuerdo al interés del acreedor. 10

Omisión

Es la renuncia a hacer algo. 19

P**Patrimonio**

Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que son cuantificables, pudiendo representar un activo y pasivo y pertenecen a una persona. 15

Pignorado

Empeñar, es decir entregar una cosa de valor en depósito o a cambio de una cantidad de dinero. 28

Pignus

Contrato de prenda donde un deudor transmite la posesión de una cosa a su acreedor como garantía del cumplimiento de una obligación. 12

Posesión

Es el poder que tiene una persona sobre un bien. 12

Predio dominante

Es aquel inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre. 33

Prelación

Es la prioridad que se tiene frente a otro. 35

R

Recisión

Es la terminación anticipada de un contrato, por incumplimiento de alguna de las partes. 28

Registro Público de la Propiedad

Es un organismo descentralizado con patrimonio y personalidad jurídica propia, encargado de dar publicidad a los actos jurídicos para que surtan sus efectos contra terceros; teniendo como finalidad dar certeza y seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. 28

S

Servidumbres

Es un gravamen real impuesto sobre un inmueble

en beneficio de otro perteneciente a distinto propietario. 33

Subsidiariamente

Responsabilidad de sustituir o apoyar a la persona principal de la obligación. 19

T

Tercero

Se entiende como aquél que se encuentra ajeno al contrato, sin embargo puede entrar a dicha relación contractual. 9

U

Usufructo

Es un derecho real, esencialmente vitalicio y temporal por naturaleza, de disfrutar de los bienes ajenos. 35

BIBLIOGRAFÍA

- A. Zannoni, E. (1999). *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea.
- Aguilar Beltrán, P., & Gudiño Antillón, J. (2007). *Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas*. Mexico, D.F: UNAM
- Aguilar Carbajal, L. (1975). *Segundo curso de derecho civil*. México: Porrúa.
- Arce y Cervantes , J. (2003). *De las sucesiones*. México: Porrúa.
- Asprón Pelayo, J. M. (2008). *Sucesiones*. México, D.F: McGraw Hill.
- Banamex. (s.f.). Recuperado el 20 de Febrero de 2016, de http://www.banamex.com/es/personas/creditos/credito_hipotecario/compra_casa/tasa_fija.htm
- Bancomer. (s.f.). Recuperado el 20 de Febrero de 2016, de <https://www.bancomer.com/personal/credito-hipotecario-hipoteca-joven.jsp>
- Baqueiro Rojas , E., & Buenrostro Báez , R. (2009). *Derecho sucesorio*. México: OXFORD .
- Hoyo, C. (2013). *Las hipotecas inversas como un complemento pensionario*. recuperado 22 de Febrero de 2016, de https://www.bbvaresearch.com/wpcontent/uploads/migrados/131115_PresentacionesMexico_110_tcm346-411628.pdf
- Campuzano y Horma, F. (1931). *Elementos de derecho hipotecario*. Madrid: Reus.

- Chirino Castillo, J. (1996). *Derecho Civil* (Vol. III). México: McGraw-Hill Interamericana.
- Diccionario de la lengua española*. (2001). Madrid: Real Academia Española.
- Domínguez Matínez, J. (2006). *Derecho civil*. México, D.F.: Porrúa.
- Fuente Rodríguez, J. (2003). *Análisis y jurisprudencia de la ley de instituciones de crédito exposición de motivos, disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV Y ABM* (Vol. I). México: Porrúa.
- Gaceta del Gobierno, decreto número 87. (07 de mayo de 2013). *Periodico oficial del estado libre y soberano de México*, CXCIV(85).
- Galindo Garfias , I. (1996). *Teoría general de los contratos*. México, D.F: Porrúa.
- Gasca Pliego, E., Piña Libien, H. R., Olvera García, J., & Hurtado Salgado, J. (2010). *Diccionario de términos jurídico-universitarios*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- González, M. d. (1981). Genesis y evolucion de la prenda y la Hipoteca. *Revista de derecho comparado*(40).
- Guido Servente, A. (1995). *La hipoteca revertida*. Buenos Aires: Abellido-Perrot.
- Gutiérrez y González , E. (2008). *El patrimonio*. México, D.F.: Porrúa.
- Hipoteca inversa*. (s.f.). Recuperado el 25 de Febrero de 2016, de <http://www.iahorro.com/hipotecas/hipoteca-inversa.htm>
- HSBC*. (s.f.). Recuperado el 20 de Febrero de 2016, de <http://www.hsbc.com.mx/1/2/es/personas/hipotecario/patrimonio>

- Ibarrola, A. (1986). *Cosas y sucesiones* . México, D.F : Porrúa.
- Institutos de Investigaciones Jurídicas . (2011). *Nuevo diccionario jurídico*. México: Porrúa/UNAM.
- Molina Bello, M. (1992). *La fianza* . Mexico, D.F.: Mc Graw Hill.
- Ovalle Favela, J. (2003). *Derecho procesal civil*. México, D.F: OXFORD.
- Pina Vara , R. (2011). *Elementos de derecho civil mexicano* (Vol. II). México: Porrúa.
- Pina Vara, R. (1961). *Elementos del derecho civil mexicano* (Vol. IV). México: Porrúa.
- Reyes Arzate, B. (s.f.). *Propuesta de un modelo de hipoteca inversa sobre el valor del terreno de la ciudad de México*. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- Rojina Villegas , R. (2001). *Compendio del derecho civil* (Vol. IV). México: Porrúa.
- Rojina Villegas , R. (2007). *Compendio de derecho civil* (Vol. II). México D.F.: Porrúa.
- Rojina Villegas , R. (2007). *Compendio de derecho civil* (Vol. I). México: Porrúa.
- Rojina Villegas , R. (2012). *Derecho Civil Mexicano* (Vol. IV). México: Porrúa.
- Rojina Villegas, R. (2007). *Compendio de derecho civil* (Vol. III). México: Porrúa.
- Sánchez Márquez , R. (2012). *Derecho civil*. México: Porrúa.
- Sánchez Medal, R. (2004). *De los contratos civiles*. México: Porrúa.

- Scotiabank. (s.f.). Recuperado el 20 de Febrero de 2016, de <http://www.scotiabank.com.mx/es-mx/personas/creditos/hipotecarios/compra-tu-casa.aspx>
- Sepúlveda Sandoval, C. (2006). *Contratos Civiles*. México: Porrúa.
- Simental Franco, V. (2008-2009). Contratos. consideraciones en torno a su definición. (V. A. Simental Franco, Ed.) *Revista Derecho Privado*.
- Treviño García, R. (2007). *Teoría general de las obligaciones*. Mexico, D.F: McGraw-Hill.
- Treviño García, R. (2008). *Los contratos civiles y sus generalidades*. Mexico, D.F.: McGraw-Hill.
- Von Ihering, R. (2003). *La posesión*. México: Reus.
- Yañez, M. d. (2009). *Hipotecas reversibles una alternativa de ingresos en edades avanzadas* . I.T.A.M. Recuperado el 27 de febrero de 2016, de <http://icpr.itam.mx/Pension2009/AngelesYanez2009.ppt>

LEGISLACIONES

Código Civil del Estado de México, 2015.

Código Procesal Civil del Estado de México, 2015.

Código Civil del Distrito Federal, 2015.

Código Procesal Civil del Distrito Federal, 2015.

Ley que Regula las Casas de Empeño en el Estado de México, 2015.

Ley de Instituciones de Crédito, 2015