



OPINIÓN

QUE RINDE

**EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
LEGISLATIVAS**

CON RELACIÓN

**A LA INICIATIVA DE REFORMA Y ADICIONES AL
CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE
GUANAJUATO,**

**FORMULADA POR LA DIPUTADA
ARCELIA MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ,
DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO
REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL**

Guanajuato, Gto., a 27 de noviembre de 2015

OPINIÓN QUE RINDE EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS, CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE REFORMA Y ADICIONES AL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, FORMULADA POR LA DIPUTADA ARCELIA MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL.

Por instrucciones de la Comisión de Justicia de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, la Secretaría General turnó el Oficio No. SG-LXIII-LEG/136/2015, de fecha 11 de noviembre de 2015 y recibido el día siguiente, por virtud del que solicitó opinión objetiva tocante a la Iniciativa para reformar los artículos del Código Civil para el Estado de Guanajuato, formulada por la Diputada Arcelia María González González, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional.

El documento contiene la iniciativa para reformar el artículo 2416 y adicionar un capítulo «Tercero Bis» al Título Décimo Quinto del Libro «De la hipoteca», concretamente en lo que concierne a la incorporación de la figura de la «hipoteca inversa».

Por razón de método, el Instituto de Investigaciones Legislativas, en lo subsecuente el Instituto, considera conveniente delimitar un marco conceptual a partir de la exposición de consideraciones de doctrina y de orden legal, para acto seguido, hacer un análisis de la iniciativa de mérito y emitir la conclusión del caso.

Marco conceptual

Consideraciones teóricas y de orden legal

Doctrina

En su origen etimológico, la palabra hipoteca, en latín *hypothēke*, viene del griego compuesto del prefijo *hypo*=debajo de y *theke*=caja, bolsa y depósito, y está asociada también al verbo *thitemi*=colocar, establecer. La palabra significó en un principio: fundamento, cimiento y luego pasó a dar a entender el préstamo que sustenta la tenencia de un bien.

La hipoteca en el derecho romano era considerada como un derecho real que se constituía sobre bienes muebles o inmuebles, mismos que no eran entregados al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor y su preferencia en el pago:

«Es un derecho real establecido sobre un bien mueble o un inmueble que no se entrega al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago»¹

El mismo autor señala más adelante, que las garantías nacen en virtud de brindar una seguridad al acreedor por parte del deudor y que como tal, la hipoteca no era lo mismo en Grecia que en Roma, según el romanista Schulz que cita:

«Las formas típicas de garantía real en el derecho clásico eran la fiducia, el pignus y la hipoteca. Cuando un deudor quería procurarle una seguridad real a su acreedor, no podía hacerlo sino transfiriéndole la propiedad de un bien, por contrato de fiducia a virtud del cual el acreedor se obligaba a devolverle el dominio después de ser pagado íntegramente.

*Según el romanista Schulz, la hipoteca romana no tiene origen griego pese al empleo de la palabra con que se denomina».*²

En este orden de ideas, si bien en la actualidad prenda e hipoteca no son la misma cosa, en el derecho romano sí lo eran:

«En el Derecho moderno, prenda e hipoteca se distinguen una de otra; sin embargo, en el Derecho Romano se consideraban idénticas: Marciano decía: inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt: ciertamente, entre prenda e hipoteca hay tan solo una diferencia en la pronunciación de la palabra.»³

¹ Ventura Silva, Sabino; Derecho Romano; Edit. Porrúa, México 1978; p. 199.

² Ibidem.

³ Ibid., p.200.

Para la doctrina en nuestros días, no cabe duda que la hipoteca es polivalente, es decir tiene múltiples acepciones, en cuanto hace referencia tanto a la cosa hipotecada, a el derecho de acreedor sobre ella y al acto o contrato en cuya virtud se constituye.

Se han dado muchas definiciones de la hipoteca. Rafael De Pina en el tomo IV de su obra Elementos de Derecho Civil, en que desarrolla los contratos en particular, apunta las siguientes:

«Clemente de Diego escribe que la hipoteca es el contrato por virtud del cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, de tal modo que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que aquélla sea vencida y no satisfecha oportunamente.

La hipoteca es definida por Josserand como la garantía real e indivisible que consiste en la afección de un bien del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y permitiendo al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento, quienquiera que lo tenga, para hacerse pago con su precio con preferencia a los demás acreedores.»⁴

Por su parte Rojina Villegas la define como:

«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

⁴ De Pina, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; Edit. Porrúa, México 1982; p.p. 276 y 277.

persecución en manos de tercero, para que no resulte ilusorio el derecho del acreedor.»⁵

En lo que hace de manera específica a la «hipoteca inversa», ésta ha sido introducida no hace mucho en algunos países europeos, así como en América. Su origen data de los años sesentas del siglo pasado en que se incorpora al derecho anglosajón a través del comúnmente llamado *reverse mortgage*.

El profesor José Antonio Martín Pérez, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, la ha definido así:

«La hipoteca inversa es un préstamo garantizado con una hipoteca especial a la que sólo pueden acceder ciertos colectivos de personas, por la que el constituyente recibe una cantidad única o periódica durante un tiempo limitado o con carácter vitalicio, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad del inmueble.»⁶

Por su parte el profesor de la Universidad de Navarra José Antonio Doral García, al comentar la obra: *La hipoteca inversa en el derecho español*, de la autora Inés Sánchez-Ventura Morer, dice lo siguiente:

«La autora nos advierte, desde el comienzo, de que la hipoteca inversa no tiene su razón de ser en la clásica hipoteca inmobiliaria, y de que tampoco el calificativo «inversa»

⁵ Rojina Villegas, Rafael; Compendio de Derecho Civil Tomo IV; p. 356.

⁶ Martín Pérez, José Antonio; *La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes*. (Especial referencia a la responsabilidad hipotecaria); LandAS, International Journal of Land Law and Agricultural Science; p. 26.

corresponde aquí a algo opuesto o contrario. Esta doble advertencia invita a analizar en qué consiste entonces su especialidad, cuestión a la que se dirige el libro. En las páginas introductorias nos explica cual fue su propósito al escribirlo pues, efectivamente, su sistemática se aparta de la que predomina en los estudios sobre la noción clásica de hipoteca. El punto de partida se encuentra en la búsqueda de una fórmula de previsión social complementaria de necesidades económicas actuales.»⁷

Derecho comparado

En atención a los otros aspectos del encargo hecho por la Comisión responsable del trámite parlamentario de la iniciativa, relativos al comparativo con otras entidades; la metodología que se siguió para incorporar la figura a sus legislaciones y consideraciones para su regulación; el universo de las personas que protege y la edad de éstas; así como información de algunos países que cuenten con condiciones similares a las de México y que manejen esta figura, como es el caso de España; a continuación se hace referencia a cada uno de ellos.

Como bien lo ha apuntado la propia Comisión, únicamente los estados de México y Jalisco han adoptado e incorporado la figura a sus respectivas legislaciones sustantivas civiles y del cuadro que al presente estudio se acompaña, cuyos datos se arrojan en 6 columnas bajo los rubros: *iniciativa*, *Código Civil*

⁷ Doral García, José Antonio; Anuario de Derecho Civil Tomo LXVII, Fasc. III, p. 1065.

del Estado de México, Código Civil del Estado de Jalisco, semejanzas, diferencias y observaciones, puede obtenerse que en el estado de México se le denomina de igual manera al nombre propuesto en la iniciativa del caso, mientras que en el estado de Jalisco, se le conoce como «hipoteca pensionaria»; la naturaleza jurídica de la figura propuesta, se encuadra en una hipoteca especial; la «hipoteca inversa» o «pensionaria», necesariamente, deberá formalizarse mediante el contrato respectivo; la edad del pensionista o de sus beneficiarios será de 60 años o más; el crédito otorgado, se habrá de garantizar con el bien inmueble propiedad del pensionista; respecto de los pensionarios, según la ley sustantiva civil del Estado de México, prevé como autorizados para otorgar la «hipoteca inversa» a las instituciones privadas, sociales, las personas físicas y las instituciones públicas, con lo que coincide la iniciativa, a diferencia del Código Civil de Jalisco que circunscribe el supuesto a las personas físicas y jurídicas; el incumplimiento de pago de la aportación correspondiente podrá ser causa de rescisión de la hipoteca de mérito, entre otros.

Respecto de la metodología que se siguió en dichas entidades para legislar en torno a la «hipoteca inversa» y «pensionaria», respectivamente, las consideraciones para su regulación, el universo de las personas que protege y la edad de éstas, así

como el resultado de la aplicación de la norma respectiva; puede apuntarse la siguiente información⁸:

Por lo que respecta al **Estado de México**:

El titular del Ejecutivo estatal utilizó métodos comparativos, consistentes en la contrastación de la legislación española en materia de «hipoteca inversa», para ser aplicada a nuestro país. De igual forma, intervino el Colegio de Notarios Públicos del Estado de México en la conformación de la iniciativa.

En relación con el universo de personas que protege y la edad de éstas, se apunta lo siguiente:

- a) Pensionista de sesenta años o su beneficiario de la misma edad;
- b) Los herederos, quienes podrán abonar al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido; y,
- c) El pensionario, que transcurridos seis meses del fallecimiento del pensionista sin efectuarse el pago, cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta.

⁸ Información remitida (vía electrónica) por el Instituto de Estudios Legislativos del Congreso del Estado de México, así como el Instituto de Investigación y Estudios Legislativos del Congreso del Estado de Jalisco.

Por lo que concierne al resultado en la aplicación de la «hipoteca inversa» o «pensionaria»:

De acuerdo al informe de resultados de la revista «Reconocer en Grande», publicada por el Gobierno del Estado de México de julio de 2015, la implementación de la «hipoteca inversa» permitió la entrega de más de 20 actas.

Por tanto, conforme a lo sostenido por el Instituto de Estudios Legislativos del Congreso del Estado de México, es una herramienta financiera, de corte social, que convierte una propiedad en dinero, a través de un préstamo bancario no reembolsable, el cual tiene como garantía el inmueble que puede ser recuperado o no, por quienes sobrevivan a los pensionistas.

Ahora bien, en lo que concierne al **estado de Jalisco**:

Se observó la siguiente metodología:

1. Iniciativa de ley presentada por el Diputado Gildardo Guerrero Torres del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional a la Asamblea.
2. Mandato de la Asamblea en sesión plenaria de fecha 24 de octubre de 2013, mediante el cual se instruyó elaborar un proyecto de resolución sobre la iniciativa de ley en mención.

3. Recibida la iniciativa de ley por el Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, Estudios Legislativos y Reglamentos, fue derivada al diputado Miguel Castro Reynoso, integrante de la Comisión en cita, para la formulación de proyecto de dictamen.

Consideraciones seguidas para su regulación (tomadas ad literam):

ARGUMENTACIÓN A FAVOR Y COMPARTIDA POR LOS INTEGRANTES DIPUTADOS DE LA COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Y REGLAMENTOS.

Se consideró aceptable y deseable la creación de una figura jurídica de competencia estatal que genere fuentes de ingreso adicionales para las personas adultas mayores, que enfrentan una especial situación de vulnerabilidad económica en la mayoría de los casos.

La adaptación de la legislación ha resultado exitosa en otras jurisdicciones y es un ejercicio asertivo de adecuación al marco jurídico local, como en el caso del Estado de México, así como en España.

En términos generales, resulta una acertada adecuación al Código Civil con un propósito social acorde a la sana convivencia y a la

ELEMENTOS DE DISEÑO DE LOS INTEGRANTES DIPUTADOS DE LA COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Y REGLAMENTOS.

La primera observación fue en cuanto a la materia y jurisdicción, lo ideal sería que este instrumento jurídico fuera aplicado por las instituciones financieras, pero la regulación de estas entidades es de orden federal. Sin embargo, esta circunstancia no obsta para que la hipoteca pensionaria pueda ser contractuada entre particulares y, por lo tanto, un asunto de naturaleza civil de jurisdicción local. Bajo esta premisa y considerando que una de las partes contratantes estaría en una condición de especial vulnerabilidad por tratarse de un adulto mayor con carencias económicas, la iniciativa no establece alguna medida de protección a su favor para evitar la usura.

En el mismo sentido del punto anterior, no se garantiza la actualización financiera de los montos que reciba mensualmente el pensionista, con lo que la pensión correría el riesgo de perder su poder adquisitivo y no lograr los fines que se propone.

La iniciativa limita la materia del contrato al bien inmueble donde habita el adulto mayor, bajo este precepto deja fuera otra hipótesis

justicia social: “*brindar independencia y un mejor nivel de vida para los adultos mayores*”. que podrían ser materia de hipoteca pensionaria: tratándose de otro inmueble diferente del que habita cuando sea su único patrimonio inmobiliario.

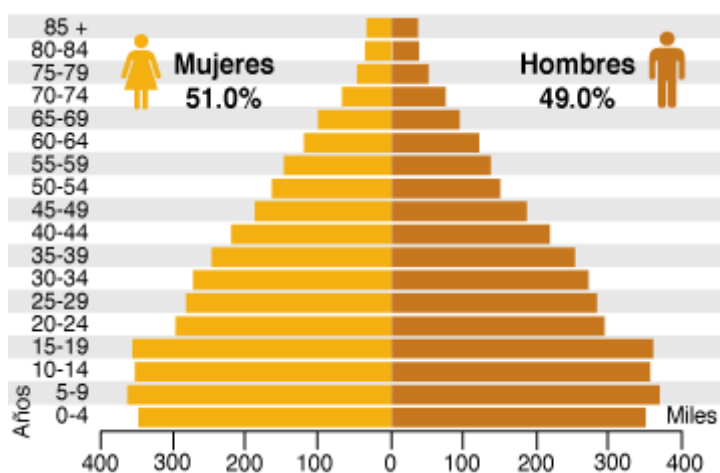
El universo de personas protegidas por la figura:

La “hipoteca pensionaria» está dirigida a adultos (personas físicas) mayores de 60 años.

La gráfica muestra el número de habitantes en Jalisco por edad y por sexo contabilizados en el último censo de población y vivienda (año 2010), siendo más de 200,000 (doscientos mil) los hombres y mujeres de 60 a 64 años.

El resultado en la aplicación de la «hipoteca pensionaria»:

Es de prospectiva, positiva en los aspectos jurídico, económico, social y presupuestal, partiendo de que los adultos mayores, constituyen un sector de la población que día a día se incrementa de manera significativa pues un importante número de personas alcanzan más de 60 años de vida, y por ende, algunos de ellos dependiendo de las circunstancias se hacen acreedores a una pensión por jubilación que no les es de gran utilidad para hacer frente a sus necesidades económicas, de salud, de vivienda, por citar algunas.



En lo relativo a la información de algunos países que cuenten con condiciones similares a las de México y que manejen esta figura, particularmente España, podemos apuntar lo siguiente:

El primer país que adoptó la figura de la «hipoteca inversa», como ya se ha dicho en este documento en la parte final del apartado «De doctrina», fue Inglaterra en 1965 a través del *Reves Mortgage*. De igual manera lo han hecho Estados Unidos de Norteamérica en 1989 y después: Australia, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Japón, Noruega y Suecia⁹.

La «hipoteca inversa» se incorpora a la legislación española a través de la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, del 7

⁹ https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/migrados/131010_ObsEcoMexico_39_tcm346-405525.pdf

de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 , del 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del mercado hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; cuyo contenido en la parte conducente señala:

«DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera Regulación relativa a la hipoteca inversa

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- **a)** que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- **b)** que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,
- **c)** que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,
- **d)** que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial.

3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

7. Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

9. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

10. Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.

11. En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable.»

Orden legal

Código Civil para el Estado de Guanajuato:

El Código Civil para el Estado de Guanajuato previene en su artículo 2387 la hipótesis normativa de la hipoteca como:

«**ARTÍCULO 2387.** La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.»

El artículo 2416 clasifica la hipoteca al referir que se contrae por voluntad en los convenios y por necesidad cuando la ley sujeta a las personas a prestarla sobre bienes determinados:

«**ARTÍCULO 2416.** *La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efecto contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria, en el segundo, necesaria.*

La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero mientras no sea cancelada su inscripción.»

No cabe duda que la legislación sustantiva civil de nuestro Estado, recoge los principios de clasificación de la doctrina

desde el derecho romano, cuya división de la hipoteca se hizo siempre en voluntaria y necesaria.

En los capítulos Segundo y Tercero del Título Decimoquinto del Libro Segundo, se previenen las hipótesis normativas tanto de la hipoteca voluntaria, como de la necesaria.

Código Civil Federal:

Por su parte el Código Civil Federal contempla las mismas hipótesis normativas, aunque referida como una garantía real:

«Artículo 2893.- La hipoteca es una garantía real constituida 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.»

«Artículo 2919.- La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria.»

De igual manera y en similitud a la legislación civil del Estado de Guanajuato, en los capítulos Segundo y Tercero del Título Décimoquinto, pero del Libro Cuarto, se previenen las hipótesis normativas tanto de la hipoteca voluntaria, como de la necesaria.

Análisis de la iniciativa

El iniciante manifiesta primeramente en su exposición de motivos, que el promedio de edad de la población adulta ha experimentado en los últimos años un considerable incremento y en su mayor parte, el sector carece de ingresos económicos suficientes para cubrir dignamente sus necesidades. Aporta algunos datos del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, INAPAM, según los cuales en Guanajuato se registran 471,931 personas mayores de sesenta años y que unidos a los del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI, en el sentido de que por cada 100 niños y jóvenes, existen 31 adultos mayores cuya esperanza de vida puede alcanzar ya los 75.47 años, y que ello muestra que la problemática irá en aumento dada la evolución demográfica del país, lo que provocará un déficit económico en el mismo sector, en el que menos del 30 % recibe pensión por jubilación.

Cita que el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, ISSEG, en relación con la cobertura de la prestación de pensión tiene registrados 69,458 asegurados, es decir, el 14.71 % de los adultos mayores de la entidad, de

los cuales sólo 12,590 son pensionados, lo que equivale al 2.66 % de los adultos mayores de sesenta años en el Estado.

Acto seguido, asevera que en virtud de esa problemática, diversos especialistas han instrumentado en México la «hipoteca inversa», como un esquema financiero mediante el cual las personas mayores de 60-65 años, propietarias de un inmueble pueden acceder a un crédito, poniendo en garantía su casa; lo que se ha convertido en una útil alternativa que, sin embargo, no se encuentra regulada en México a nivel federal, aunque los estados de México y Jalisco sí la han establecido en sus respectivas legislaciones civiles, como «hipoteca inversa» e «hipoteca pensionaria», respectivamente, además de que su viabilidad está en análisis en el Distrito Federal. Que en este sentido, se trata de un mecanismo financiero apropiado y relativamente simple que, como alternativa o complemento de jubilación, se ha venido aplicando en el mundo desde los años sesentas, a manera de modalidad del préstamo hipotecario, pensada para personas mayores de 60-65 años o en régimen de dependencia severa o de gran dependencia.

Continúa y aduce que con esta modalidad se ofrece a la tercera edad un instrumento de protección, apoyo y ayuda que le brinda la oportunidad de ser autosuficiente e independiente hasta su fallecimiento, sin que representen una carga económica para sus familiares o para la sociedad; dado que

les abre la posibilidad de que al tiempo de ser propietarios y poseer su propia vivienda, al darla en garantía reciban una renta líquida a través de un préstamo vitalicio y no reembolsable.

Concluye en el sentido de que la iniciativa tiende, en síntesis y en concordancia con la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores para el Estado de Guanajuato, a constituirse en la acción legislativa coadyuvante para que se protejan y garanticen los derechos de las personas adultas mayores.

Conforme a la síntesis expuesta y al texto de la iniciativa, tenemos que se propone reformar el artículo 2416 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, con la finalidad de introducir la figura jurídica de la «hipoteca inversa» y en este caso, modificar la parte final de dicho apartado únicamente para introducir la denominación de la figura en la clasificación de las hipotecas, para definirla posteriormente en el numeral 2433-A, en el que se describen sus características.

«**Artículo 2416.** La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efecto contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria **o inversa**, en el segundo, necesaria.

La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero mientras no sea cancelada su inscripción.»

«Capítulo Tercero Bis

De la Hipoteca Inversa»

«**Artículo 2433-A.** Se denomina hipoteca inversa la que se constituye sobre un inmueble propio y de residencia habitual del pensionista para garantizar el capital que se le concede por el pensionario para cubrir necesidades económicas de vida, en los términos de este capítulo.»

La incorporación y ubicación sistemática de la «hipoteca inversa», en este sentido, resulta lógica, en primer lugar, para definir normativamente su naturaleza, respecto de la hipoteca voluntaria, y con ello los principios que le rigen y complementan; y en segundo término, para definir sus alcances conforme a su naturaleza y clasificación, dado su carácter especial.

Por ello, si se toma en cuenta que por su naturaleza jurídica, además por intención que expone la iniciante, la «hipoteca inversa» es una hipoteca especial, esto es, distinta a la voluntaria *in genere* y la necesaria a que se contrae el artículo 2416 del Código Civil para el Estado de Guanajuato en vigor, en consecuencia, desde la perspectiva del Instituto, debiera quedar asentado que, aparte de la hipoteca voluntaria y necesaria, también habrá en nuestra entidad una inversa (como así lo contempla la legislación de la materia en el Estado de México, específicamente en su arábigo 7.1124.¹⁰).

¹⁰ Clases de hipoteca

Artículo 7.1124.- La hipoteca puede ser voluntaria, necesaria o inversa.

Resulta oportuno anotar la posibilidad de que la Comisión sopesa el empleo de la expresión «residencia habitual», por tratarse de un concepto no sólo ambiguo, sino principalmente porque no tiene referente en la misma codificación y por ello podría provocar confusión en su aplicación.

De igual manera, ponderar si el término con el que se denomina la figura propuesta, pueda variar de «inversa» a «pensionaria», tomando en cuenta que ésta última pudiera resultar más congruente con las expresiones de pensionista y pensionario, que se hacen a lo largo del texto de la iniciativa, y con la intencionalidad de que contribuya a la seguridad social de los adultos mayores.

En segundo término, se plantea la adición de un Capítulo Tercero Bis, denominado: De la Hipoteca Inversa, del Título Décimoquinto intitulado: Hipoteca, a fin de incorporar los supuestos normativos de la figura, del artículo 2433 A al 2433 J.; arábigos éstos que uno a uno se irán refiriendo de manera textual, para enseguida hacer los comentarios del caso.

El dispositivo 2433-A previene los alcances de la «hipoteca inversa», por cuanto la define en su denominación de manera limitativa, al circunscribirla en sus alcances a la que se constituye exclusivamente sobre un inmueble del pensionista,

así cualificado, para garantizar el capital que le será entregado por el pensionario para hacer frente y atender necesidades económicas de vida.

Conviene llamar la atención de la Comisión de Justicia, en el sentido de valorar la pertinencia de sustituir la palabra “propio” del texto del artículo que se comenta, por la de “propiedad”, en virtud de que desde una óptica jurídica éste resulta más preciso.

«**Artículo 2433-B.** La hipoteca inversa se instituirá mediante contrato en el cual el pensionario se obliga a pagar en forma vitalicia, predeterminada cantidad de dinero al pensionista o su beneficiario que deberá ser cónyuge, concubina o concubinario, de edad igual o superior a los 60 años, en base al valor del inmueble que se otorgará como garantía a través de la hipoteca inversa, conforme a lo siguiente:

I. El pensionista deberá ser persona física y tener él, o los beneficiarios que designe, al menos 60 años de edad a la fecha de celebración del contrato de hipoteca inversa;

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

III. La determinación de la hipoteca inversa se realizará previo avalúo de institución debidamente facultada, que considere el valor comercial de mercado del inmueble.

El costo de dicho avalúo será cubierto por el pensionario.

IV. El tutor podrá constituir hipoteca inversa para garantizar las necesidades económicas a favor de un adulto mayor incapaz con

la debida autorización judicial y en los términos del presente Capítulo;

V. El valor del inmueble sujeto a hipoteca inversa deberá valuarse cada dos años para mantener la actualización de la plusvalía del bien, e informar sobre el monto del incremento anual que tendrá la pensión.

El costo de dicho avalúo será cubierto por el pensionario.

VI. Se considerará que cuando se acredite una enfermedad grave o accidente que ponga en riesgo la vida del pensionista o su beneficiario, el pensionario garantice un adelanto al pensionista o a su beneficiario, de al menos el equivalente a seis tantos de las aportaciones periódicas convenidas, para efecto de contribuir a satisfacer las necesidades y gastos extraordinarios que esto le origine al pensionista, sin que dicha adelanto pueda exceder de una vez cada dos años.»

«**ARTÍCULO 2433-C.** Para la constitución de la hipoteca inversa, deberán además de lo pactado, satisfacerse los siguientes requisitos:

I. Establecer los nombres y generales de las personas que intervengan, los lineamientos de las amortizaciones, las condiciones de pago total y la terminación anticipada sin penalización alguna;

II. Se deberá prever que en caso de que con el transcurso del tiempo se cubra por el pensionario el monto total del valor del inmueble sujeto a hipoteca, el pensionista continuará recibiendo la amortización periódica pactada hasta su fallecimiento y el de su beneficiario y podrá, en su caso, continuar habitando el inmueble sujeto a hipoteca, pero en caso de que el inmueble sea arrendado por el pensionista, previo consentimiento expreso de parte del pensionario, el monto de la mensualidad por el arrendamiento que reciba el pensionista se restará de la aportación periódica mensual que le corresponda pagar al pensionario;

- III.** El pensionista preferentemente habitará de forma vitalicia el inmueble hipotecado, pero puede arrendarlo parcial o totalmente siempre y cuando cuente con autorización expresa por parte del pensionario, sin afectar la naturaleza de la hipoteca inversa constituida sobre el mismo;

- IV.** Se incluirán las especificaciones del incremento anual que tendrá la amortización periódica que se entrega al pensionario, de acuerdo con las condiciones del mercado y el valor del inmueble, mismo que no deberá ser inferior al porcentaje de incremento del salario mínimo general vigente.

- V.** Las personas que recibirán los pagos periódicos.

- VI.** Que la deuda sólo sea exigible por el pensionario y la garantía ejecutable cuando fallezca el pensionista y el beneficiario si lo hubiere.

- VII.** El interés que se genere por el capital serán solamente sobre las cantidades dispuestas por el pensionista, y no podrá ser superior al interés legal.»

Estos dos apartados previenen en sí la forma en que se instituye la «hipoteca inversa» a través del contrato respectivo y sus requerimientos, estableciéndose la edad del pensionista y, en su caso, de sus beneficiarios designados; de las «instituciones» que otorgan la hipoteca; los términos del avalúo del bien hipotecado y la necesidad de renovar éste en el periodo indicado; la prevención del ejercicio de un tutor en casos de pensionista incapaz; y, para el caso de que se acredite una enfermedad grave o accidente que ponga en riesgo la vida del pensionista o su beneficiario, el pensionario garantizará un adelanto hasta por el equivalente a seis tantos de la aportación convenida, sin que pueda exceder de una vez

cada dos años, a fin de que pueda atender esos gastos extraordinarios.

De igual manera se establecen una serie de requisitos que deben ser observados para la constitución de la hipoteca, independientemente de lo pactado por las partes, entre los cuales, resaltan desde luego, los que se traducen en beneficios al pensionista, como los son: garantizarle de manera vitalicia, recibir las cantidades pactadas, no obstante que las entregadas hayan completado y aún rebasado el valor del inmueble hipotecado; la posibilidad de arrendar total o parcialmente el bien hipotecado, siempre que cuente con la autorización del pensionario, reproduciéndose específicamente para la «hipoteca inversa», la excepción a la hipótesis general a que se refiere el artículo 2409 del mismo código civil; que la deuda sea exigible y la garantía ejecutable a la muerte del pensionista y de su beneficiario, si lo hubiere; y, así también el límite de los intereses al legal, los que de suyo trascienden a una protección de los pensionistas, en tanto adultos mayores.

Ahora bien, en cuanto al texto del primer párrafo y la fracción I del artículo 2433-B, se anota en ambos el requisito de edad para que se actualice el supuesto de «hipoteca inversa», por lo que se sugiere emplearlo sólo en uno de estos apartados.

Asimismo, en la fracción II del mismo dispositivo, se alude a instituciones y a personas físicas, empero ambas categorías no corresponden a un mismo género, por ello convendría hacer referencia a las personas físicas y jurídicas, además de las instituciones tanto públicas como privadas.

En cuanto a la fracción III del mismo artículo, 2433-B, sería oportuno mencionar la pertinencia de cambiar la palabra determinación, por la de formalización que corresponde para el caso al momento a que alude esa fracción. En el mismo tenor, pudiera considerarse de parte de la Comisión dictaminadora, ampliar la posibilidad en tratándose del avalúo previo a la formalización de la hipoteca inversa, que éste pudiera ser practicado por un perito autorizado para tal fin y no únicamente constreñirlo a instituciones facultadas, en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato, en su artículo 176.

Así también, respecto de la fracción V del mismo dispositivo, cabe observar que el verbo utilizado después de la palabra «valor» y que aparece como «deberá valuarse», desde la perspectiva del Instituto debiera ser «actualizarse». En lo que concierne a la fracción VI y última del numeral en comentario, bien pudiera considerarse la pertinencia de que la redacción pudiera ser la siguiente: *«Cuando se acredite una enfermedad grave o accidente que ponga en riesgo la vida del pensionista o su beneficiario, el pensionario garantizará un adelanto al*

pensionista o a su beneficiario, de al menos el equivalente a seis tantos de las aportaciones periódicas convenidas, para efecto de contribuir a satisfacer las necesidades y gastos extraordinarios que esto le origine al pensionista, sin que dicho adelanto pueda exceder de cada dos años.» Lo anterior para el efecto de que se establezca de manera precisa y categórica la obligación a cargo del pensionario.

Es conveniente señalar que respecto de la última fracción del artículo 2433-C, la palabra «serán» aparece en plural, cuando de la redacción misma y del sentido de la oración, se desprende que debiera ésta singularizarse.

«ARTÍCULO 2433-D. El incumplimiento del pensionario de una mensualidad de pago al pensionista, dará lugar a la rescisión y exigir el pago de los daños y perjuicios, o el cumplimiento forzoso del contrato, en ambos casos durante la tramitación del juicio correspondiente se dictarán las medidas cautelares equivalentes a las señaladas para el juicio de alimentos, con independencia de la aplicación del pago de la pena pactada.

El monto a fijar en las medidas cautelares señaladas en el párrafo anterior, serán equivalentes al monto de la pensión hipotecaria actualizada, sin que sea obligatorio probar la necesidad del acreedor alimenticio ni la capacidad del deudor.

En los casos que se demuestre el incumplimiento del pensionario, el Juez dictará invariablemente en la sentencia la cancelación de la hipoteca en beneficio del pensionista a costa del pensionario, y se tendrá la deuda como liquidada y no generará más interés. El pensionario deberá liberar a su costa el gravamen correspondiente.

Para el caso de que se constituya una nueva hipoteca inversa sobre el mismo inmueble, ésta tendrá prelación respecto de la anterior.»

En principio, esta disposición en comunión con el espíritu de la «hipoteca inversa», así como en concordancia con la protección de los derechos de los adultos mayores, permite al pensionista y a sus beneficiarios, contar con la seguridad de que las cantidades pactadas se cubrirán y que llegarán justamente a tiempo, dándoles para el caso contrario el derecho de rescindir el contrato, así como poder exigir daños y perjuicios, en cuyo supuesto, tendrán el derecho, además, de que se dicten a su favor las medidas cautelares equivalentes a las de los juicios de alimentos.

En relación con la parte última del segundo párrafo del artículo en mención y con el objeto de evitar equívocos del todo innecesarios con la terminología empleada, valdría la pena valorar la supresión o, por lo menos, el cambio del texto a partir de: “... *sin que sea obligatorio probar la necesidad del acreedor alimenticio ni la capacidad del deudor*”; en razón de que en estricto no se actualizaría con motivo de la «hipoteca inversa» una relación de acreedor y deudor alimentista.

De la misma manera resulta oportuno indicar que respecto de su segundo párrafo, la palabra «serán» aparece en plural, cuando de la redacción misma y del sentido de la oración, se desprende que debiera ésta singularizarse.

En relación a su párrafo tercero deben revisarse sus alcances en razón de que se prevé que ante el incumplimiento del pensionario, la sentencia que se emita conllevará la cancelación de hipoteca, empero ello es consecuente sólo con la acción de rescisión, pero no así con la de cumplimiento forzoso; y como ambas hipótesis son contempladas en párrafo precedente, por tanto, convendría hacerse la distinción para mayor claridad.

De igual forma, debe ponderarse las razones por las cuales la constitución de una nueva «hipoteca inversa» deba tener prelación sobre otra anterior de igual naturaleza.

«ARTÍCULO 2433-E. El inmueble constituido como garantía en la hipoteca inversa no podrá ser transmitido por actos inter vivos o enajenado sin la autorización expresa del pensionario, por lo que cualquier acto que afecte al inmueble se declarará nulo de pleno derecho y dará al pensionario el derecho de declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha, a menos que se sustituya la garantía en forma bastante e igual a la anterior en un plazo de seis meses.»

Se previene en el dispositivo anterior, una lógica limitante o impedimento para la libre disposición del bien inmueble hipotecado a cargo de su propietario, al condicionarla a la autorización expresa del pensionario, para quien se otorga el derecho de dar por vencido anticipadamente el total del

adeudo, si el bien hipotecado fuere transmitido o enajenado sin esa autorización.

«**ARTÍCULO 2433-F.** Transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista sin efectuar el pago por parte de los herederos, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado o, en su caso, se ejecutará la hipoteca de conformidad con el contrato.»

«**ARTÍCULO 2433-G.** La amortización del capital se sujetará 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; y
- 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 inmueble hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta. No será necesario que el acreedor espere los seis meses antes referidos, sin previamente a los mismos los herederos le manifiestan expresamente su decisión de no pagar el adeudo.»

«**ARTÍCULO 2433-H.** Cuando se extinga el capital pactado y los herederos del pensionista decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el pensionario podrá obtener recobro hasta donde alcance el bien hipotecado.»

Los artículos que anteceden contemplan las condiciones tanto del cobro del adeudo, de la amortización del capital pactado y la extinción en su caso de éste. Previenen en este sentido un

tiempo prudente, después del fallecimiento del pensionista, a efecto de que si los herederos no han cumplido con el pago del adeudo, el pensionario pueda cobrarlo del propio bien hipotecado, o en su caso, ejecutar la hipoteca en los términos del contrato; el derecho de los herederos a la muerte del pensionista y sus beneficiarios, en su caso, de abonar al pensionario la totalidad del adeudo existente y vencido; y así también, el supuesto para el caso de que una vez extinguido el capital pactado, y si los herederos no reembolsaren las cantidades o débitos vencidos y sus intereses, pueda el pensionario recobrar los mismos hasta donde alcance el bien dado en garantía.

Es conveniente resaltar asimismo que en cuanto a la parte final de la fracción II del artículo 2433-G, cuya redacción dice: *«No será necesario que el acreedor espere los seis meses antes referidos, sin previamente a los mismos los herederos le manifiestan expresamente su decisión de no pagar el adeudo»*; sin duda por un error involuntario se colocó la letra “n” al final del “si”.

Cabe llamar la atención, en cuanto a que una parte de la fracción II del artículo 2433-G de la iniciativa, pudiera aparecer como ya contemplada en diversa disposición, específicamente en el texto del numeral 2433-F; de la misma manera y por lo que toca a este último dispositivo, bien valdría la pena analizar la pertinencia de agregar al texto de dicho artículo y después

de : «Transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista...», la frase: «y en su caso, el beneficiario...», para que de esta manera el arábigo diga: «**ARTÍCULO 2433-F. Transcurridos seis meses después del fallecimiento del pensionista y en su caso el beneficiario sin efectuar el pago por parte de los herederos, el pensionario cobrará el adeudo hasta donde alcance el valor del bien hipotecado o, en su caso, se ejecutará la hipoteca de conformidad con el contrato.**»

«**ARTÍCULO 2433-I.** El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponda en la división. El acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda.»

Si bien este este dispositivo establece los supuestos y condiciones para que un bien común pueda ser hipotecado, así como también las hipótesis de división del mismo que sobreviniesen en un dado caso, resulta pertinente dejar sentado que reproduce el contenido de la hipótesis general normativa a que se contrae el artículo 2414 del mismo código civil, en cuyo caso se pudiera estar en presencia de una sobrerregulación.

«**ARTÍCULO 2433.J.** Si por cualquier causa superviniente del inmueble hipotecado resulta insuficiente para la seguridad de la deuda, el acreedor no podrá exigir que se mejore la hipoteca hasta que garantice la obligación principal.»

La prevención planteada en este apartado finalmente, obedece a un hipotético caso de que si por causas que sobreviniesen a la firma de la «hipoteca inversa», el bien inmueble dado en garantía resultará insuficiente para cubrir el adeudo; pudiera el pensionario estar en posibilidad de exigir que se mejore la hipoteca, siempre y cuando garantice el cumplimiento de su obligación principal.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, el Instituto estima como posible y normativamente viable la iniciativa de reforma y adiciones del Código Civil para el Estado de Guanajuato, formulada por la Diputada Arcelia María González González del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, toda vez que por sí misma e independientemente de que el derecho deba adaptarse a los cambios y necesidades sociales, en su perspectiva normativa atiende un aspecto relevante en relación con un sector sensible de la población: los adultos mayores, a quienes busca proteger con la adopción de la figura de la «hipoteca inversa», a fin de que algunos complementen su jubilación y otros sustenten por sí mismos una modalidad de seguridad social, con un ingreso pecuniario y permanente, mismo que les permita hacer frente a sus necesidades y brindarles la

oportunidad de vivir, con la dignidad debida, su retiro. Las implicaciones positivas de su implementación, llevarían también a coadyuvar con la apertura y desarrollo de nuevos mercados hipotecarios.

Conclusión

Por todo lo anterior, es dable aseverar que conforme a la Iniciativa de reforma y adición al Código Civil para el Estado de Guanajuato, formulada por la Diputada Arcelia María González González del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, al amparo de las consideraciones anotadas, por tratarse de un pronunciamiento legislativo correspondiente al ámbito de competencia de los diputados y no contraponerse al sistema jurídico estatal, resulta conveniente la adopción para el estado de Guanajuato de la figura de «hipoteca inversa» o «pensionaria», en la medida que abonaría a nuestro sistema jurídico la regulación de una especie hipotecaria, que tiende a crear condiciones para que los adultos mayores cuenten con otra posibilidad de cubrir su manutención en mejores condiciones.

El Instituto pone a consideración de la Comisión de Justicia, responsable del trámite parlamentario de la iniciativa de mérito, las sugerencias desarrolladas en el cuerpo de este documento, con el propósito de contribuir a una mejor adopción, en su caso, al sistema jurídico estatal, de la «hipoteca inversa» o «pensionaria»; así como la conveniencia de ponderar si la protección en exceso a la figura del pensionista, pudiere restar eficacia en la aplicación de esta nueva figura.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS.

PMEMT/NSA/DAGM