

# LA AFECTACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR O BIEN DE FAMILIA

**Carlos German Pantoja Murillo\***

## **SUMARIO:**

- I. *Introducción.*
- II. *Consideraciones sobre el Objeto, el Bien Jurídico y el Patrimonio.*
- III. *Antecedentes.*
- IV. *Regulación Legal. V. Naturaleza Jurídica. VI. Presupuestos para su Constitución.*
- VII. *La Desafectación del Patrimonio Familiar y Algunas Consideraciones sobre Posibles Modificaciones a su Perfil.*
- VIII. *Fuentes Consultadas.*

## **I. INTRODUCCION.**

La familia y su protección se han constituido en tema obligado para los juristas vista la creciente problematización de la convivencia familiar sometida en nuestros días a presiones en aumento. Dentro de nuestro derecho positivo, este asunto ocupa la atención del constituyente de 1949, que consagró en el comienzo del

artículo 51 que: *“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado”*.

Adicionalmente, el artículo 65 dispuso que: *“El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”*. Por lo que tenemos que si es obligación del Estado la creación de este patrimonio familiar, resulta de la más elemental congruencia que también lo proteja, particularmente cuando se refiera a la vivienda. Con razón expresa el Dr. Zamora que este reconocimiento de la preocupación del Estado por la creación y protección del patrimonio familiar conlleva a que “se garanticen condiciones adecuadas para el mantenimiento y desarrollo de su vida en familia”, siendo que este principio “tiene la específica y doble intención de promover, a la vez que la vida familiar del trabajador, también su prosperidad material”.<sup>1</sup>

---

\* Abogado por la Universidad de Brasilia, Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

<sup>1</sup> Véase el libro ZAMORA CASTELLANOS, Fernando. *Los ideales constitucionales costarricenses*. San José, Juricentro, 2002. pág. 183.

Con ese fundamento normativo han surgido varias instituciones que han proyectado esta protección constitucional sobre la vivienda familiar, si bien encontramos en nuestra legislación preconstitucional, como han sido la Cooperativa de Casas Baratas “La Familia” creada por ley N° 190 de 14 de agosto de 1942,<sup>2</sup> el embrión de la tutela legal a favor de la vivienda familiar. Luego tenemos los contratos de adjudicación en venta del INVU<sup>3</sup> y, más cerca en el tiempo la ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968 de patrimonio familiar,<sup>4</sup> antecedente inmediato del Código de Familia. Luego de la promulgación de éste tenemos los bonos de vivienda tal y como los concibe la ley n° 7052<sup>5</sup> y desde 1990 la afectación patrimonial de la vivienda familiar introducida por reforma a dicho Código de la que nos ocuparemos en detalle en este artículo.

El régimen patrimonial que ha imperado en nuestro país para los cónyuges desde la promulgación del Código Civil ha garantizado la absoluta libertad de disposición de los bienes por parte de los esposos mientras dure el matrimonio. Así, en ausencia de contrato matrimonial, esto es una convención relativa a capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges es libre de disponer de los bienes de los que aparezca como titular. Esta es la regla sentada en el artículo 40 del Código de Familia, copiada del antiguo artículo 76 del Código Civil.<sup>6</sup>

Con la promulgación de la ley que estableció la afectación de patrimonio en beneficio de la familia se incorporó una de las instituciones más importantes para la protección de este núcleo vital de la sociedad, donde se procura

2 Este antecedente se indica en el artículo de RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. *El patrimonio familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, págs. 88 y 89, quién a su vez lo obtuvo de la tesis de MURILLO ELIZONDO, Marciano. *El Contrato de adjudicación en venta del Instituto Nacional de vivienda y Urbanismo*. Universidad de Costa Rica, Facultado de Derecho, 1976, particularmente las págs. 47, 52, 54 y 68. Sintetizaba la Licda. Ramírez: “Lo interesante en cuanto a nuestro tema es el hecho de que en algunas de las cláusulas que se incluían en el contrato respectivo se prohibía el alquiler, la hipoteca, enajenación o transferencia de cualquier clase del bien adjudicado o comprado con el préstamo, por el tiempo en que el mismo no pasara a manos del interesado en calidad de propiedad definitiva.

Con ello se establecían limitaciones especiales al tradicional derecho de propiedad, que no se limitaban a las naturales consecuencias del simple gravamen hipotecario sobre el mismo, sino que iban más allá, con el propósito evidente de proteger debidamente el patrimonio de que se dotaba a las familias” op. cit. pág. 89.

3 Véase la indicada tesis de MURILLO ELIZONDO.

4 Por medio de la cual se reformaron los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1988, que regulaban las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En esta ley se facultaba al propietario del bien para gravarlo o disponer de él sin más requisito que el consentimiento del otro cónyuge. De esta ley, su promulgación, vigencia y derogación se ocupa la tesis de grado de ROJAS HERRERA, Oscar. *El patrimonio familiar*. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1971.

5 La ley del Sistema Financiero nacional para la Vivienda de 27 de noviembre de 1986, que en su artículo 56 establece: “Las familias que reciban el subsidio deberán inscribir el inmueble a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer; asimismo, sobre el inmueble deberá constituirse el régimen de patrimonio familiar tanto en el caso de matrimonio como en unión de hecho...” (el destaque es nuestro)

6 BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico de matrimonio en Costa Rica*. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. pág. 73 Sobre el particular prescribía el Código Civil antes de la especialización de la materia de Familia en su artículo 76 que: “Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.” Véase ALVARADO Q. Alejandro y GUARDIA Q., Víctor. *Código Civil*. 2ª ed., San José, Tipografía Nacional, 1910.

colocarla a resguardo de las vicisitudes económicas, de los malos negocios o aún de la muerte de quién sea la principal fuente del mantenimiento del hogar.

Este artículo busca, a partir de una recapitulación de conceptos propios de la teoría general del derecho privado, brindar una amplia reconstrucción de los antecedentes del instituto en el derecho internacional. De seguido estudiaremos su regulación legal en el derecho costarricense luego de lo cual podremos establecer el perfil de su naturaleza jurídica en los planos internacional e interno. Finalmente veremos sus presupuestos constitutivos, fundamentalmente a la luz de la jurisprudencia reciente y concluiremos los límites del derecho a la libre disposición patrimonial cuando ésta se confronta con el interés de la familia así como las formas de extinción de la afectación.

## **II. CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO, EL BIEN JURÍDICO Y EL PATRIMONIO.<sup>7</sup>**

El objeto asume juridicidad en virtud de un elemento material y un elemento formal que conjuntamente determinan su modo de ser en el mundo del Derecho. El elemento

material tiene que ver con su estructura y función prejurídica; pues estructuralmente se identifica como una realidad espacial; mientras que su función se comprende a partir del concepto de “utilidad” (que es un concepto correlativo al de “interés”, en cuanto “útil es aquello capaz de dar satisfacción a un interés” según lo indicara Ihering.) El elemento formal se refiere a la calificación normativa que el Ordenamiento hace de ese presupuesto material.

La calificación normativa del objeto dependerá de sus características específicas y de su inclusión en una determinada categoría, pero fundamentalmente, de su relación con intereses jurídicamente relevantes. La relevancia jurídica va entendida como interés, en el modo y en los límites en los cuales este es considerado por el ordenamiento.<sup>8</sup>

Etimológicamente la expresión “bienes” proviene del latín *beo-eas-eare*, que en sentido clásico quiere decir o indica la acción de hacer feliz y de dar utilidad.<sup>9</sup> Según las enseñanzas del profesor Víctor Pérez, “En un sentido fenomenológico bien indica la especialidad y la materialidad no subjetiva de una situación jurídica...es usado como “el término objetivo de un derecho subjetivo.”<sup>10</sup>

7 Para la elaboración de este segmento del artículo seguí principalmente los textos de CORNU, Gerard. *Derecho civil. Los Bienes*. Vol. III. Trad. Javier Solís Herrera. San José, Juricentro, 1996. En especial las págs 8-76 y en el artículo de PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. In Revista Judicial. Año IV, N° 15, San José, Poder Judicial, 1980. págs. 99-113. Puntualmente se harán las citas de estos y de otros autores.

8 BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. Trad. De Antonio Martínez-Radio, Barcelona, Bosch, 1961. pág. 28. No toda utilidad o interés será considerado sino “que es menester que se trate de interés socialmente apreciable en la común conciencia social, capaz de justificar la atracción a la órbita del Derecho.” p.29-30.

9 Indica Pascual Marín que Plauto la utiliza en el sentido de “hacer feliz” mientras que Horacio en el de “enriquecer” en tanto que Tenencio en el de “causar placer” y Ulpiano en el de “aprovechar”. Vid. Voz “Bienes” en SEIX, Francisco. (Editor) Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Barcelona, 1951. pág. 348.

10 PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. Op. cit pág. 101.

Para el mundo del derecho, la relevancia jurídica radica en que una parte de la realidad, asume la configuración de unidad objetiva. Por esta razón, se le considera autónomamente como un centro de intereses (en virtud de una tutela de tales intereses) dando con ello paso a la existencia de un bien en sentido jurídico. Así, la constitución de un centro de imputación de relaciones jurídicas no necesariamente corresponderá con una unidad física, sino que, sobre todo, lo será en función de los intereses que se le ligan y de la correlativa tutela jurídica que los mismos merezcan. No se trata de un problema objetivo, sino más bien volitivo, profundamente dependiente de la estimativa jurídica, la jerarquía de valores y de los intereses en juego y de cómo todos ellos se articulen para obtener la tutela efectiva desde el mundo del derecho.

Para Pugliati “se llamará cosa una entidad natural...una parte del mundo externo, cualquiera que sea, la cual puede servir para la actuación de un interés humano, individual

o colectivo”<sup>11</sup> Las cosas pueden ser objeto de situaciones jurídicas y cuando asumen de *facto*, por reconocimiento de *iure*, este carácter pasan a ser bienes. Recordemos que en nuestro Código Civil se usan indistintamente los términos cosas y bienes como podemos constatarlo en el artículo 253 cuando dice: “Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporeales”. En síntesis, cosa + calificación jurídica = bien,<sup>12</sup> o en palabras más laxas, según BIONDI “bienes son cosas que pueden constituir objeto de derecho” o como decía la definición de las Partidas: “Bienes son llamadas aquellas cosas de que los omes se sirven o se ayudan”<sup>13</sup>

Visto el anterior criterio distintivo, a *contrario sensu* tenemos que no será bien todo aquello que permanece extraño e indiferente al ordenamiento jurídico. Según MESSINEO, no es necesario que sea material; basta con que sea simplemente nominal; puede darse por situación, categoría, calidad, cantidad, signos

11 PUGLIATI, Salvatore. *Beni e cose in senso giuridico*. Milano, Giuffrè editore. 1961. p. 65. cit por PÉREZ VARGAS, Víctor. P.102.

12 “Obsérvese entonces que los bienes tienen dos elementos: uno material, la entidad espacial; otro formal, la calificación jurídica “Al elemento material deberá asociarse la calificación (emanada de la norma) por virtud de la cual entre todas las cosas que puedan llegar a ser bienes jurídicos lo serán sólo las que en acto la norma considera como objetos de determinados derechos”. PÉREZ VARGAS, Víctor. Op. cit. pág. 102. Destaca entonces el reconocimiento de la cosa como el elemento material del bien. Para BIONDI, desde un punto de vista jurídico “cosa es cualquier entidad material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, esto es, que sea tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas”, concluyendo igual que el Dr. PÉREZ que “cosa es la referencia objetiva del derecho subjetivo”. (el destaque es nuestro) Op. cit. pág. 26. Sin duda, se trata de una aproximación más adecuada en el caso de la última frase. Por un lado, reconoce el carácter dual de los elementos que constituyen el bien: Un centro de imputación individualizable, objetivamente particularizable y un conjunto de categorías jurídicas que le son atribuidas a ese centro de imputación y de las cuales se derivarán relaciones de naturaleza jurídica.

13 Cfr. Partida 2, título 17, cit. en Biblioteca Jurídica OMEBA II. Editorial OMEBA, Argentina, 1979. pág. 190.

particulares, función económico-social, etc. siendo lo fundamental la individualización del mundo externo.<sup>14</sup> Ni siquiera se requiere la actualidad de la cosa, porque las cosas futuras son siempre jurídicamente cosas. Eso sí, es indispensable que pueda aislarse, al menos en términos conceptuales, de la unidad compleja del universo, de modo que pueda delimitarse su propia esfera jurídica de las demás.

Una parte de las cosas, aquellas susceptibles de satisfacer un interés económico, pueden pasar a formar parte de una esfera patrimonial, se trate de patrimonio público o privado.

*La patrimonialidad, que corresponde a la noción romana no de patrimonium, sino de commercium, denota aquella esfera de relaciones jurídicas que son capaces de constituir objeto de valoración pecuniaria. Patrimonio es, por tanto, sinónimo de bien o de entidad económica*".<sup>15</sup>

Para el Dr. Gerard CORNÚ "El orden natural requiere que el derecho patrimonial se inicie en el estudio analítico y estático de los elementos que lo constituyen",<sup>16</sup> opinión que compartimos. Así, en el tanto que rige la sustancia patrimonial, el derecho de los bienes gobierna el conjunto de los elementos que

componen el patrimonio y, en consecuencia, el derecho de los bienes es parte esencial del derecho patrimonial. Dentro del objeto de los derechos patrimoniales, y vale aquí recordar la afirmación de VON THUR en el sentido de que el patrimonio está constituido por derechos, no por cosas, no es correcto enumerar dentro de los bienes patrimoniales las cosas en lugar de los derechos sobre ellas, es decir, de aquellos que tienden a la promoción de bienes –cosas materiales o inmateriales– en provecho y utilidad de una relación jurídica. (Esta puede ser de simple exclusión de terceros). Así, entendemos por patrimonio dentro del círculo jurídico de acción de una persona, el conjunto de los derechos que le pertenecen<sup>17</sup>. Claro está que existe con este concepto una dificultad que no se encuentra en otros, ya que no se corresponde con un concepto material, sino a un concepto jurídico sin referente tangible. Para el célebre jurista argentino Velez Sarsfield "El Patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. Existen numerosas interferencias entre el derecho patrimonial y el derecho extra patrimonial. Estas interferencias impiden establecer una separación radical entre los dos conjuntos, tanto como entre personas

14 "Problemi dell'identità delle cose e delle persone nel diritto privato. cit. por BIONDI, pág. 28.

15 "Para los romanos la noción de *res extra patrimonium* tenía una referencia subjetiva, independientemente de la valoración económica; eran tales aquellas cosas que, aún teniendo valor económico, en el momento en que se consideraban no pertenecían a alguien; por ejemplo las *res nullius* y las *res derelictae*, se hablaba también de *res nullius in bonis*. Por el contrario hoy tales cosas son patrimoniales, aunque se las distingue de aquellas, también de la misma especie, que pertenezcan a un determinado sujeto". Vid. BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. pág. 32-33.

16 CORNÚ, Gerard. Op. cit. pág. 8.

17 Véase VON THUR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. de Wenceslao Roces, Juricentro, San José, 1977. págs. 38 y 39.

y bienes. Estos, los bienes, sólo lo son en relación con las personas, incluyendo tanto los bienes inmateriales como los derechos reales sobre cosas corpóreas. Así la cosa se convierte en bien cuando llega a ser apropiada para usar su valor económico o moral.

El derecho de familia – que está esencialmente ligado al derecho extra patrimonial- debe también ser considerado en esta dimensión pues de todos es conocido que en la familia también existen relaciones económicas que generan situaciones conflictivas que deben ser resueltas jurídicamente. En la convivencia familiar abundan las cuestiones patrimoniales, sea entre esposos, entre estos y sus hijos, hermanos o ascendientes, en incluso con terceros, proyectando las consecuencias directamente sobre la familia. No en vano destacaba CORNÚ<sup>18</sup> la existencia “de un derecho patrimonial de la familia, un derecho de relaciones familiares de orden pecuniario.” El régimen de los bienes lleva a menudo a la consideración de su relación con las personas puesto que el derecho patrimonial no es exclusivamente material.

El derecho de los bienes no es más que un elemento del derecho patrimonial. Si bien es cierto que engloba el derecho de los bienes,

el derecho patrimonial forma un conjunto más amplio: no solamente porque tiene en el derecho de familia una prolongación como derecho patrimonial de la familia, sino porque comprende en la base –otro componente esencial– el derecho de las obligaciones de cuyo seno se desprende notoriamente el derecho de los contratos<sup>19</sup>.

La cohesión del patrimonio se demuestra por la equivalencia de todos los elementos del activo como elementos de garantía de los acreedores. Por lo menos en principio, todos los bienes responden por las deudas. Todo el que haya contraído una obligación personal está obligado a cumplir su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles: el conjunto de sus bienes constituye la garantía general de sus acreedores. Sin embargo, el patrimonio es algo más que una simple suma de bienes. Es verdad que el patrimonio como conjunto de bienes y derechos es una denominación colectiva que indica un agregado de bienes económicos. El patrimonio es una agregación de bienes, una pluralidad. Pero su naturaleza es más compleja pues no se trata de un concepto ontológico, sino de un término de referencia al que se acude para explicar una serie de relaciones que se desenvuelven en distintos planos. Viene entonces a ser

---

18 CORNÚ, G. pág 9.

19 CORNÚ, G. pag. 10.

una representación y denominación colectiva de contenido variable en el tiempo. Mientras que los bienes que integran el patrimonio son enajenables individualmente, el patrimonio personal, como universalidad no puede ser objeto de derecho subjetivo más allá del titular, como parte integrante de los atributos de la personalidad, no es objeto de tráfico jurídico, salvo en casos de excepción como lo es la sucesión universal. Por lo indicado, la disciplina del patrimonio, vista su importancia para la seguridad jurídica, ha sido substraída a la autonomía de la voluntad, especialmente en lo que se refiere a su creación, transmisión, separación, reunión y disolución de patrimonios, quedando sometido a la regulación imperativa de la ley <sup>20</sup>.

Cuando, sin fraude, el deudor enajena un bien, este bien escapa a la correlación y cesa su función como garantía por las deudas <sup>21</sup>.

Una formula resume la noción jurídica de patrimonio: entidad abstracta, universalidad jurídica, conjunto autónomo, unidad coherente, el patrimonio es un receptáculo en el que, siguiendo la entrada y salida de valores, se suceden y remplazan elementos concretos.

Existe otra concepción del patrimonio, de origen germánico, llamada “objetiva” o “finalista” <sup>22</sup> sostiene que el patrimonio deja de estar ligado a la persona como sujeto de derecho y el patrimonio se convierte en una idea, un fin en sí, una afectación. De allí el nombre que se le da al patrimonio dentro de esta concepción “patrimonio-afectación” o “patrimonio de destino”. (zweckvermögen) como opuesto al patrimonio-capacidad.

El lazo que une los elementos del patrimonio ya no es la identidad del titular. (los bienes no se agrupan porque pertenecen todos a una misma persona o las deudas porque pesan sobre una misma cabeza). No es la persona lo que cuenta ni su voluntad sino el interés o fin que se persigue. Lo que los une es la afectación común a la consecución de un mismo fin (actividad comercial, obra filantrópica etc.)

Una vez despersonalizado, el patrimonio encuentra su fin en una idea, que constituye el cimiento de los elementos que lo componen.

Si una persona tiene varias actividades, puede tener otros tantos patrimonios. De igual forma, una masa de bienes puede ser considerada

20 Vid. DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. págs. 171-172.

21 Ibidem, pág. 23 y 24.

22 “La teoría en cuanto tal viene formulada por BRINZ, aunque le sirve de antecedente la afirmación que había hecho WINDSCHEID a propósito de la herencia yacente, respecto de la posibilidad de la existencia de derechos sin sujeto. Para el primero de estos autores, al lado de las personas naturales no existe una segunda especie de personalidad, la jurídica, sino una segunda especie de patrimonio. La verdadera esencia del patrimonio está en el tener o el pertenecer a una invisible relación jurídica entre personas y bienes. Pero esta relación y conexión puede existir o subsistir aún entre fines y bienes, quedando substituida la persona por un fin determinado. Un ulterior desenvolvimiento de la teoría llevará a cabo BEKKER, distinguiendo dentro del patrimonio de afectación dos categorías distintas: patrimonios de afectación independientes y patrimonios de afectación dependientes. Los primeros son complejos patrimoniales destinados a un fin y carentes de sujeto; los segundos, por el contrario, son patrimonios en el patrimonio de una persona destinados a un fin especial y dotados de propia autonomía.” Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. pág. 169.

un patrimonio, aun en el caso de no tener a ninguna persona como titular.<sup>23</sup>

Así, tenemos que junto al patrimonio general de la persona, y asemejándolo, el Derecho regula la situación de determinadas masas de bienes afectadas a determinados conjuntos de obligaciones, a las que dota de cierta autonomía. Se trata de conjuntos que, atribuidos a una o varias personas (patrimonio colectivo), funcionan con independencia del patrimonio personal, a su lado, pero sin mezclarse. Este caso no es extraño en el derecho de familia donde lo encontramos en la dote, donde el marido o sus herederos tienen la obligación de devolverla a la esposa o a sus herederos, en los bienes gananciales o en la afectación de un bien para residencia de la familia. Puede darse tanto frente a la existencia de una titularidad colectiva o cuando se presente una coparticipación en el juego de los intereses en juego, sin que necesariamente exista la copropiedad.

De los Mozos<sup>24</sup> destaca como caracteres generales de estos patrimonios separados y autónomos los siguientes:

- 1) Son creación del ordenamiento jurídico, conforma a un sistema de *numerus clausus*, sin que puedan extenderse por analogía a otros supuestos.
- 2) El patrimonio no es objeto de tráfico, aparte de la posibilidad de la sucesión universal. Objeto del

tráfico son los bienes singulares, pero teniendo en cuenta en este caso sus correspondientes titularidades sobre el patrimonio.

- 3) Es posible que del patrimonio salgan bienes pero constante la vida del mismo, cuando se trate de enajenación o inversiones, en su lugar entrarán otros por el juego de la subrogación real.
- 4) La separación del patrimonio autónomo, respecto del patrimonio general del titular o titulares, permite mantener relaciones patrimoniales entre las diversas masas, semejantes a relaciones obligatorias (reintegros y reembolsos, anticipos que funcionan como préstamos) y aún de derecho real (frutos o rentas).
- 5) La titularidad de la administración y disposición del patrimonio autónomo, así como la responsabilidad a la que se hayan sujetos sus bienes, y la calificación de los mismos, en ocasiones (como sucede con los bienes gananciales) es también objeto de estricta regulación legal.
- 6) La separación de patrimonios no es absoluta en la relación externa de los mismos (salvo en el caso del patrimonio familiar inembargable); así por la aceptación de la herencia el heredero responde con sus propios bienes de las deudas hereditarias y lo mismo pasa en la sociedad de gananciales, constante la sociedad y para el caso de liquidación.

<sup>23</sup> CORNÚ, pág. 26.

<sup>24</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *Patrimonio*. en SEIX, Francisco. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1989. pág. 179.



Insertado en este marco de referencia tenemos pues que el patrimonio familiar se nos presenta como un híbrido, en el tanto que recogiendo la doctrina tradicional sobre los bienes la acopla a la separación de una parte del patrimonio, conforme a la teoría germánica, con el ánimo de considerar separadamente este patrimonio, que deja de constituir garantía común de los acreedores, con la salvedad de que opera para el futuro, luego de garantizada su publicidad registral.

*“Están fuera del comercio las cosas que no pueden ser objeto de disposición jurídica...Al lado de esta in comerciabilidad general se puede admitir una in comerciabilidad especial, absoluta o relativa, total o parcial de bienes determinados o de categorías determinadas de bienes cuando la prohibición, legal o convencional, de disponer de ellos determine legalmente la invalidez del acto dispositivo contrario a la prohibición”*<sup>25</sup>

### III.- ANTECEDENTES.

A diferencia de la mayoría de los institutos jurídicos de derecho privado, el “bien de familia” no se origina en el Derecho Romano. Surgió recientemente, en la efímera República de Texas, que en su Constitución de 1836 estableció que

todo ciudadano “con excepción de los negros africanos y sus descendientes” podía obtener del Gobierno una porción de tierra para establecerse en ella, trabajar y producir.

El 26 de enero de 1839 fue promulgada la Ley del “Homestead” que declaró exentas de ejecución judicial por deudas a las tierras de hasta 50 acres, o terrenos urbanos. Todo esto con el objetivo de estimular el poblamiento del territorio y el asentamiento de los hombres en esta tierra, incentivando a los ciudadanos a establecerse con un mínimo de garantías y seguridad en un estado despoblado, pobre e inhóspito<sup>26</sup>. Después, fue elevado a la legislación federal mediante ley promulgada el 26 de mayo de 1862<sup>27</sup>.

El ejemplo se difundió y pronto casi todos los estados de la Unión estadounidense lo integraron en su legislación.

De América pasó a Europa, siendo que Francia la instituyó por Ley de 12 de julio de 1909 a la que se han aplicado sucesivas modificaciones bajo la denominación de “*bien de famille*”, expresión con la que se conoce el instituto en Brasil, Uruguay y Argentina entre otras naciones.

25 SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. pág. 52. Cit. por PÉREZ VARGAS, Víctor. *Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico*. pág. 104.

26 Así lo consigna VELOSO, Zeno. *Bien de Familia*. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. pág. 203.

27 FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.507.

El Código Civil Italiano <sup>28</sup> regula el patrimonio de familia como uno de los regímenes económicos matrimoniales que pueden adoptarse, mientras que el Código Civil Suizo

reguló las fundaciones de familia<sup>29</sup> y, además las indivisiones entre parientes<sup>30</sup> y una institución original que recibió el nombre de "Asilos de Familia"<sup>31</sup>.

28 Establece el Código Civil Italiano de 16 marzo 1942, n. 262 en el libro primero, título VI, capítulo VI, sección II "Del fondo patrimoniale" Art. 167 Costituzione del fondo patrimoniale Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore. La costituzione può essere fatta anche durante il matrimonio. I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo.

Art. 168 Impiego ed amministrazione del fondo. La proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione. I frutti (820) dei beni costituenti il fondo patrimoniale sono impiegati per i bisogni della famiglia. L'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale.

Art. 169 Alienazione dei beni del fondo. Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o di utilità evidente.

Art. 170 Esecuzione sui beni e sui frutti L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Art. 171 Cessazione del fondo. La destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Se vi sono figli minori il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio. In tale caso il giudice può dettare, su istanza di chi vi abbia interesse, norme per l'amministrazione del fondo. Considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli ed ogni altra circostanza, il giudice può altresì attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo. Se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale. Los artículos 172 a 176 fueron derogados.

29 "Las fundaciones de familia son, según Rossel y Mentha, personas morales que, bajo reserva de las leyes de Derecho público, no sufren como las fundaciones ordinarias, el control de la autoridad de vigilancia. Según el artículo 335 del expresado Código Suizo, las fundaciones de familia pueden ser creadas conforme a las reglas del derecho de las personas o del derecho de las sucesiones. Serán destinadas al pago de gastos de educación, de establecimiento o de asistencia de miembros de la familia del constituyente, o a fines análogos." Cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.510.

30 Básicamente las indivisiones entre parientes se regulaban en el Código Civil Suizo de la siguiente forma: Según el artículo 336 los parientes pueden convenir la indivisión sobre todo o sobre una parte de la herencia, o agregando a la misma otros bienes. No exige un lazo hereditario o de sucesión entre parientes, ni grado de parentesco. Prescribe el artículo 337 que la indivisión sólo puede ser constituida por acta auténtica, firmada por todos los interesados o sus representantes. Suprimió la condición de la inscripción en el Registro de comercio, excepto para oponer ante terceros la exclusión de los otros copropietarios por parte del Jefe de la indivisión. (art. 341) La indivisión entre parientes puede ser convenida a término o por tiempo indeterminado. En este último caso puede ser denunciada por cualquiera de los copropietarios mediante aviso dado con seis meses de anticipación. Si se trata de una explotación agrícola el aviso solo será admisible en los términos usuales y en las estaciones de primavera y otoño. (art. 338) Los miembros de la indivisión deberán explotarla en común, sus derechos se presumen iguales, pero esta presunción admite prueba en contrario. (art. 339) Los copropietarios no pueden, mientras dure la indivisión reclamar su parte ni disponer de ella.

31 En cuanto a los Asilos de Familia, con caracteres típicos del patrimonio familiar oriundo de América, el artículo 349 dispone que los cantones pueden permitir la fundación de Asilos de Familia y regular su organización. El artículo 350 del Código Civil Suizo estatuye que los bienes inmuebles destinados a explotación agrícola o industrial pueden ser constituidos en Asilos de Familia. bajo las siguientes condiciones. El inmueble no será más extenso de lo que exijan el sostenimiento o la habitación de una familia. Las cargas que lo graven y los otros bienes del propietario no se tomarán en cuenta. El mismo propietario o su familia deben explotar el inmueble o la industria a que el mismo es destinado o habitar la casa, salvo las excepciones que la autoridad competente pueda permitir temporalmente y por motivos justificados" Vid. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. México, UTEHA, 1947. pág.512

En el caso de Argentina lo introdujeron desde el año 1954,<sup>32</sup> mientras que en Brasil fue propuesto desde 1893 siendo finalmente acogido en el Código Civil de 1916<sup>33</sup>.

Por su parte, en México, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 determinó en su artículo 284 que:

“La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos, y nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en justo un valor mayor de diez mil pesos”<sup>34</sup>.

En España el patrimonio de familia se encuentra mencionado en el Fuero Viejo de Castilla y en el derecho foral actual de Aragón con el

nombre de “Casa”. Se destaca la legislación colombiana sobre patrimonio familiar como una de las más completas en la primera mitad del siglo XX. Se halla contenida en la ley 70 de 28 de mayo de 1931 y regula la materia no solo en cuanto al derecho sustantivo sino también en el procesal.

En Uruguay, fue establecido el patrimonio de familia bajo el nombre de Bien de Familia, por la ley de 5 de mayo de 1938<sup>35</sup>.

Se puede concebir el Bien de Familia como el inmueble urbano o rural destinado por el Jefe de Familia solvente para el domicilio de ésta, no pudiendo el predio tener otro destino, ni ser ejecutado por deudas, volviéndose inalienable, salvo consentimiento de los interesados y sus representantes legales.

Con un criterio más amplio, Borda entiende que “El bien de familia puede consistir en la casa donde habita la familia o en el inmueble

32 Por medio de la Ley 14.394 (arts. 34 a 50) y reglamentada el 10 de marzo de 1960. Cit. por BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10ª ed. Argentina, Editorial Perrot, 1988. pág. 162.

33 Donde fue regulado en los artículos 70 a 73. En el nuevo Código Civil de 2002 se tuteló de manera mucho más amplia en los artículos 1711 hasta el 1722, además de que la materia se mantuvo sometida a leyes especiales. Velloso (1991) cita el Decreto-ley N° 3.200 de 19 de abril de 1941, la Ley N° 6.015 de 31 de diciembre de 1973, Ley de los Registros Públicos y la ley N° 8.009 de 29 de marzo de 1990. Ley que establece la indisponibilidad del bien de familia. Véase también al respecto la nota 25 de este artículo.

34 Este precepto junto con el inciso XXVIII del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 son el fundamento de la regulación del patrimonio familiar en ese país. En particular, estipula el texto constitucional: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”. Cfr. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA*. 110ed. México, Editorial Porrúa, 1995. Véase también BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, UNAM, 1994. pág. 113.

35 Esta legislación tenía entre sus peculiaridades el incluir a) la maquinaria, utensilios del artesano o trabajador del campo, necesarios para su labor individual y la de su familia, empleados exclusivamente dentro de la propiedad objeto del patrimonio. b) Los animales de labor indispensables para la explotación o cultivo habitual del mismo. c) Cuatro vacas lecheras y d) Los artículos de alimento y combustible que están en poder del artesano o trabajador y sean necesarios para el consumo de éste o de su familia durante seis meses. Cfr. FERNANDEZ CLÉRIGO, Luis. Op. Cit. Pág. 518.

que sirva con su producido al sostenimiento de ella. Es decir, que se protege la vivienda o el sustento del núcleo familiar”.<sup>36</sup>

Para el Dr. Alvaro Villaça Azevedo “El bien de familia es un medio de garantizar un asilo a la familia, convirtiendo el inmueble donde la misma se instala en un domicilio no gravable ni alienable, en cuanto estén vivos los cónyuges y hasta que los hijos completen la mayoría.” Esta, podemos concluir, es también la orientación imperante en nuestro país.<sup>37</sup> Con posterioridad, este mismo autor se ha orientado hacia una posición más intervencionista por parte del Estado, sobre la que adelante haremos referencia.

#### IV. REGULACIÓN LEGAL.

Muy tardamente fue introducido en nuestro derecho positivo este instituto protector que es el patrimonio familiar o bien de familia si consideramos su fecha de adopción en otras naciones. Sobre su adopción relata el Dr. Carlos José Gutiérrez con cierta alegría que:

*“En materia de bienes comunes del matrimonio se ha ido más allá de la reforma hecha a los artículos 76 y 77 del Código Civil por Ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968. Ésta, a imitación del Código Civil Francés, demanda el mutuo consentimiento para la disposición o gravamen del inmueble que sirva de*

36 Cfr. BORDA, Guillermo. Ibidem. En sentido contrario, el art. 72 del C.C. Brasileño de 1916 dejaba bien claro y expreso que el inmueble bien de familia se destina al domicilio de la familia, al hogar, a residencia, no siendo factible que el terreno tenga otro destino. Vid. VELOSO, Zeno. *Bem de Família*. In Revista de Informacao Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. pág. 207. En forma similar se ha manifestado nuestra jurisprudencia Véase el Voto N° 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA de San José, de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro, que entre sus considerandos expresa:

“IV.- Los artículos 43 y 47 inciso d del Código de Familia, enfatizan el requerimiento de que el inmueble cumpla con su destino y que los beneficiarios habiten el mismo. Así el artículo 43 en lo conducente dispone:

“...La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble...”

El artículo 47 inciso d establece lo siguiente:

“La afectación cesará: ...

d) Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario...”

VI.- ...Se ha probado sobradamente con la prueba confesional y testimonial que el inmueble sometido al régimen de habitación familiar no es ni ha sido la vivienda de la beneficiaria, señora N.O.Q., y por ende, no ha cumplido con su destino, por lo que se configura de conformidad con el numeral 47 inciso d, aquella razón jurídica basada en hechos verdaderos que ampara la pretensión de la actora (la desafectación del inmueble)”. (el destaque es nuestro)

37 Una orientación distinta se encuentra en legislaciones como la Española donde el concepto orientado a asegurar el sustento mediante la explotación de un fundo rural, donde la prioridad es la producción que garantizará el sustento familiar. La cita corresponde a un pasaje de la tesis doctoral de Villaça Azevedo presentada en la Universidad de Sao Paulo en 1972, publicada en forma de libro. Recientemente este autor ha publicado la obra *“Bem de Família: Com comentários à Lei 8.009/90”*. que ya cuenta con cinco ediciones. (Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2002) en la que aboga por el establecimiento de un Bien de Familia legalmente estatuido de manera universal y obligatoria como instrumento de protección familiar.

38 En el artículo en cuestión, aclaraba el Dr. Gutiérrez por medio de nota al pie de página que: “Al momento de entregar este artículo, la Asamblea Legislativa aprobaba la vuelta al régimen individualista en materia de bienes conyugales”. Cfr. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos José. El Proyecto de Código de Familia. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 16. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Noviembre 1970, págs. 30-31.

*habitación familiar o los muebles de éste. En un reconocimiento de la importancia del acuerdo entre los cónyuges en materia de bienes, en el artículo 39, párrafo segundo, se dispone:*

*“Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad pertenece al cónyuge no accionado”<sup>38</sup>*

Esta normativa se desechó posteriormente por el Plenario Legislativo. Sin embargo, al final la materia que nos ocupa fue introducida en el Código de Familia por medio de una reforma que incluyó el capítulo denominado “Régimen patrimonial de la Familia”, formado por seis artículos. Se trató de una iniciativa del entonces presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos el Lic. Jorge Solano Chacón, en virtud de que la comisión redactora del proyecto no tuvo tiempo de estudiar ningún capítulo relativo a esta figura dada la complejidad del tema<sup>39</sup>.

Posteriormente, con la Ley N° 7142, “Ley de promoción de la igualdad social de la mujer” se introdujeron las reformas que marcaron el perfil actual del instituto en el derecho costarricense. Reseñando los aspectos más relevantes de este “iter” de gestación legal, contamos con la síntesis realizada por la Sala II de Casación en los siguientes términos:<sup>40</sup> Inicialmente, los artículos 42, 43 y 47, inciso c), del Código de Familia establecían:

*“ARTÍCULO 42. (Afectación del inmueble familiar; privilegios) El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges.*

*Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente”.*

*“ARTÍCULO 43. (Forma de hacer la afectación; inscripción; efectos; exención fiscal). La afectación del inmueble, así como su cesación deberán hacerse en escritura pública,*

39 Así según VARGAS FERNÁNDEZ, Eladio. *Comentarios al Código de Familia*. In Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, San José, Universidad de Costa Rica, 1974. pág. 114. En el mismo sentido se cita en TREJOS SALAS, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1995. pág. 210-211, quien agrega: “El mal ambiente con que se rodeó a esta ley llevó a su derogatoria finalmente con la Ley N° 4674 de 27 de noviembre de 1970, que volvió a dejar vigentes los artículos 76 y 77 del Código Civil.” Incluso destaca el mismo Lic. Solano que: “De varios ensayos hubo de adoptarse un corto articulado presentado por mí a la Comisión de Asuntos Jurídicos”. Vid SOLANO CHACÓN, Jorge. *El Patrimonio Familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°22, 1982. pág. 33.

40 La síntesis que hacemos de este proceso de reforma legislativa se encuentra, in extenso; en la resolución 00169-98 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, particularmente en el considerando III.

*e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no están sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro. La escritura respectiva deberá ser otorgada por ambos cónyuges, sin que sea necesario que el Notario de fe del matrimonio."*

*"ARTÍCULO 47. (Cesación de la afectación). La afectación cesará: ....c) Por separación judicialmente decretada o por divorcio. Igualmente, cesará la afectación cuando de hecho el bien dejaré de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.*

*En los casos de los párrafos b) y c) podrá disponerse la continuación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores."*

Posteriormente, esas normas fueron modificadas, como ya indicamos, con la promulgación de la Ley N° 7142, del 2 de marzo de 1990, conocida como "Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer". Originalmente, la reforma a esas disposiciones no formaban parte del proyecto de la ley 7142, sino que fueron introducidas en el mismo gracias a un informe elaborado por las Licenciadas Elena Fallas Vega y Marina Ramírez Altamirano –quienes entonces fungían como Asesoras Parlamentarias de la

Asamblea Legislativa, y donde aún prestan sus valiosos servicios-. El informe que, finalmente fue incorporado en su totalidad para introducir las modificaciones legislativas que nos interesan, recomendaba la variación de los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia, con la finalidad de que los mismos guardaran relación con el artículo 7 de la Ley 7142, el cual, originalmente, establecía:

*"ARTÍCULO 7: La propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá constituirse en patrimonio familiar. En caso de matrimonio se inscribirá a nombre de ambos cónyuges y de la mujer en cualquier otro caso.*

*En todo caso, la propiedad otorgada deberá constituirse en patrimonio familiar, conforme a las disposiciones de los artículos 42 y siguientes del Código de Familia.*

*El Registro Público de la propiedad no inscribirá las escrituras a las que se refiere este artículo si no constare que la adjudicación cumple con lo enunciado en el párrafo anterior"<sup>41</sup>.*

Ahora bien, dentro de las recomendaciones efectuadas por las indicadas Asesoras Parlamentarias se estableció lo siguiente:

*"...La posibilidad de que se constituya patrimonio familiar conforme a las reglas del Código de Familia, solo (sic) existe si hay*

---

<sup>41</sup> Este artículo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, mediante Voto número 346, de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994, únicamente en lo referente a la frase: "a nombre de la mujer".

matrimonio, pues el Código no contempla una posible afectación por parte de persona sola. Entonces para que el artículo 7 sea eficaz habrá que establecer expresamente la admisibilidad de la constitución del patrimonio familiar por parte de una persona no ligada en matrimonio, lo cual admiten otras legislaciones y es una medida recomendable, pues permite al padre o a la madre soltera constituir el gravamen a favor de sus hijos, y a cualquier propietario a favor de otros parientes que dependan de él aunque no formen un núcleo familiar propiamente dicho (cónyuge o hijos), como pueden ser los ascendientes.

Esto puede hacerse en el mencionado artículo 7, pero quedaría como norma especial para esos casos concretos. O puede hacerse modificando el artículo 43 del Código de Familia, que es de aplicación general. Sugerimos esta última vía, con el siguiente texto para el artículo 43: ARTÍCULO 43. La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble.

Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública, e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos o de derechos de registro".

Esta modificación daría sustento a la que se propone para el artículo 42, al que sugerimos el texto siguiente: ARTÍCULO 42.- Afectación del inmueble familiar, privilegios. El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el

propietario estuviese ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este caso de la utilidad y necesidad del acto.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente".

En esta norma se deja la posibilidad de que el bien pueda venderse o gravarse si hay acuerdo de ambos cónyuges (lo que implica ya un control sobre los actos del cónyuge propietario de parte del otro); o bien por disposición judicial cuando el propietario no es casado (puede ser solo, padre o madre soltera, o conviviente en unión libre), lo cual asegura que no es su sola voluntad la que fundamentaría el negocio, sino que deberá probar ante el juez que es útil o necesario para el interés de los beneficiarios.

Las anteriores reformas (introducidas para ampliar el radio de protección del patrimonio familiar) hacen necesaria la modificación del artículo 47 que se refiere a los casos de desafectación del bien, para que exista la debida congruencia entre las normas. Sugerimos el siguiente texto: "ARTÍCULO 47.

#### **La afectación cesará:**

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.
- b) Por muerte o mayoría de o los beneficiarios.
- c) Por separación judicialmente declarada o por divorcio.

En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho.

- ch) *Por disposición judicial, a solicitud del propietario, una vez comprobada la utilidad o necesidad de la desafectación.*
- d) *Cuando de hecho el bien dejaré de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario".*

*Con estas modificaciones las disposiciones del Código de Familia resultarán aplicables a los casos particulares que contempla el artículo 7 de este proyecto, a la vez que serían utilizables para el resto de las personas, con una mayor protección para el círculo familiar que la que hoy existe en este régimen jurídico."*

La totalidad de esas recomendaciones fueron acogidas por los señores diputados en el texto de la ley. De la lectura de esas disposiciones se desprende que el legislador introdujo importantes modificaciones en materia de afectación a patrimonio familiar, entre las cuales, tenemos las siguientes: a) el numeral 42 permite al propietario de un inmueble -aunque no este unido por vínculo matrimonial-, afectar el mismo a patrimonio familiar, con la condición de que toda enajenación o gravamen que se haga en este supuesto, debe ser autorizada por un juez, previa demostración de la utilidad y necesidad de la gestión para el interés de los beneficiarios; b) debido a esta última posibilidad que otorga el artículo 42, se hizo necesario reformar el numeral 43, con la intención de ampliar, más que la de limitar los derechos del núcleo familiar, tal y como podría presumirse de la necesidad de indicar expresamente quienes son los beneficiarios de la afectación-. De esta forma, la orientación que motivó al legislador a introducir esa reforma, es que el propietario que no haya contraído nupcias pueda afectar el inmueble a favor de su conviviente de hecho, o de sus hijos

menores o de sus ascendientes que habiten el mismo, al igual que como lo puede hacer el propietario casado a favor de su cónyuge o de estos dos últimos y c) por último, de acuerdo con el artículo 47 la afectación se extingue con la muerte con la mayoría de edad de los beneficiarios y quizás lo más relevante sea su posible su continuación -ante la separación judicial o el divorcio de los cónyuges-, mientras haya beneficiarios con derecho.

Para que un inmueble pueda constituirse en bien de familia es preciso que, por medio de escritura pública ante notario se solicite al Registro Público de la Propiedad que se anote esta restricción. Solamente después de esa inscripción es que surte los efectos legales ante terceros.

La ley se refiere, en primer lugar, a la familia basada en el matrimonio. Pero nuestro legislador no podía negar la realidad social y fingir que no existen las familias uniparentales o las fundadas en relaciones concubinarias o de Hecho. En este campo nuestro ordenamiento ha avanzado significativamente a partir de la ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990 que permite el reconocimiento a las parejas en unión de hecho de derecho a constituir el patrimonio familiar.

Como fenómeno natural, la familia prescinde del casamiento. Configurado un vínculo prolongado y notorio entre una pareja fuera del mismo, y particularmente si existen hijos de esta unión, ¿Cómo negar la existencia de una familia?. Por mandato legal, quienes se encuentran en ésta situación también pueden establecer la afectación al patrimonio familiar desde que la solicitud sea planteada por el propietario a la autoridad judicial competente, -en principio un Juzgado de Familia- y que



demuestre la utilidad y la necesidad del acto. Para ello se debe proceder a probar la existencia de una familia de hecho. Este debe ser el entendimiento de la parte final del primer párrafo del artículo 42 del Código de Familia.

## **V.- NATURALEZA JURIDICA.**

Se trata de un instituto de carácter eminentemente proteccionista, cuyos rasgos más relevantes son la inembargabilidad y la indisponibilidad que recaen sobre un patrimonio que se destina a servir de residencia en beneficio de la familia.

El bien deja de ser susceptible de embargo o ejecución por deudas posteriores a su inscripción, ni siquiera en caso de concurso o quiebra. Tampoco es posible constituir sobre él garantías u otro tipo de transacciones excepto en los casos expresamente autorizados por la ley.

Así, se afecta la propiedad que, en su ejercicio pasa a sufrir limitaciones que ordinariamente no existen. El bien no puede ser vendido ni gravado por su propietario sin autorización judicial e igualmente afecta la garantía sobre obligaciones del titular, pues no puede ser embargado o subastado con excepción de obligaciones hipotecarias previas, de obligaciones posteriores asumidas por ambos cónyuges o de obligaciones cuyo embargo haya sido decretado con anterioridad a la inscripción registral de la afectación familiar.

Incluso el uso del inmueble resulta afectado pues este no se puede alquilar sin autorización judicial, so pena de incurrir en causal de cancelación del régimen de protección que nos ocupa.

Los miembros de la familia mantienen la propiedad en la persona del titular del bien afectado. Así lo han entendido nuestros tribunales para quienes:

*“el gravamen de patrimonio familiar no es asimilable al usufructo, como al parecer lo ha entendido el A-quo y la tercerista, en cuyo caso el usufructuario si está legitimado para tomar para sí los frutos del inmueble.- En patrimonio familiar el titular del inmueble sigue siendo su dueño, pero en virtud de la afectación ese inmueble no puede venderlo o enajenarlo. Al dejar de habitar el inmueble la familia del propietario, hay causal para la cancelación de la afectación, pero el interesado, en este caso el acreedor, debe ir a la vía sumaria ante el respectivo Juez de Familia a pedir se disponga la desafectación.”<sup>42</sup>.*

La ley establece, en principio, la indisponibilidad del bien de familia. Pero no se trata de una regla absoluta. La norma legal que lo configura dentro del Código de Familia de Costa Rica, el artículo 42, tal como quedó luego de ser reformado por Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, e interpretado a contrario sensu, permite que el inmueble destinado a habitación familiar

---

<sup>42</sup> Véase el voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno. (Considerando II)

y así inscrito en el Registro Público pueda ser enajenado o gravado con el consentimiento de ambos con cónyuges. Esto se puede dar en caso de que el propietario registral esté ligado en matrimonio; o puede hacerse en casos como la unión de hecho o la familia integrada por un único progenitor a través de una disposición judicial, mediando la solicitud del propietario, en cuyo caso el solicitante debe demostrar previamente la utilidad y la necesidad del acto, por lo que evidentemente será fundamental la existencia de hijos y el provecho en su favor.

Así, y siempre según la misma norma en su párrafo segundo, dicho inmueble no podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en caso de cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción registral. Aquí encontramos uno de los rasgos característicos de nuestro sistema, como lo es que la protección funciona hacia el futuro, para deudas nuevas, posteriores a la constitución de la afectación debidamente inscrita, no siendo oponible a los acreedores que reclamen deudas anteriores, pues al ser constituidas estas no existía la afectación, por lo que la misma no les perjudica.

Sobre este particular, la interpretación de nuestros tribunales ha sido mayoritariamente en el sentido de que:

*“desde vieja fecha y por mayoría de los integrantes de éste órgano jurisdiccional, se ha reiterado que lo que determina la vigencia de la afectación a patrimonio familiar es la inscripción de ésta en el Registro respectivo y no la fecha de suscripción ni de vencimiento del crédito al cobro. Salvo que se trate de una obligación real (hipotecaria) anterior a la afectación, en las pretensiones personales lo que interesa es la fecha del embargo en relación con la inscripción del gravamen por afectación. Es decir, independientemente de la suscripción de la obligación quirografaria, el único supuesto para que prevalezca el embargo sobre la afectación sería que la medida de aseguramiento sea anterior a la inscripción de la afectación, sin que interese la fecha del crédito. De lo dicho se desprende, en recta aplicación del párrafo segundo del artículo 43 del citado cuerpo de leyes, que se requiere de la inscripción y por ende no es suficiente la simple anotación al Diario. En lo que nos interesa reza dicha numeral: “.. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción” (lo subrayado es del redactor). Se trata, sin lugar a dudas, de una excepción al principio registral recogido en el artículo 455 del Código Civil; esto es, en materia de afectación a patrimonio familiar no se perjudica a terceros con la anotación de la escritura, pues por disposición imperativa de ley se exige la inscripción.*

*Los efectos precisamente se traducen en la inembargabilidad del bien inmueble sujeto a ese gravamen, y para ello, se insiste, no basta la anotación sino la inscripción.*<sup>43</sup>. (Los destacados son del original)

En otras palabras, por reiterada jurisprudencia, los tribunales, particularmente el Tribunal Primero Civil ha sostenido que la afectación únicamente puede ceder ante un gravamen real anterior a la inscripción o posterior de común acuerdo de los cónyuges. Así, “los créditos quirografarios, a pesar de ser anteriores, no prevalecen sobre el gravamen que nos ocupa porque lo que interesa no es la fecha de la obligación personal sino la fecha del embargo producto del incumplimiento o mora del deudor”<sup>44</sup>.

Es bien sabido que desde el derecho romano, luego de la famosa Lex Poetelia,<sup>45</sup> los bienes del deudor, su patrimonio, representan la garantía común de los acreedores.

Esta misma orientación fue recogida como principio en el Código Civil Francés de 1804, en su artículo 2093 que estipuló: “Les biens du débiteur sont le gage común de ses créanciers...”

El inmueble amparado a la protección del patrimonio familiar es una excepción a este principio. El inmueble queda exento de la ejecución por deudas y su protección prevalece frente a la pretensión del acreedor. Esta exención se refiere básicamente a las deudas posteriores a la inscripción registral de

43 Ver voto n° 189-L TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8:50 horas del 10 de febrero de 1999. En el mismo sentido dice el voto n° 1096-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8 horas 55 minutos del 11 de agosto de 1999. *“De acuerdo con la naturaleza del patrimonio familiar, lo que determina la aplicación de esa norma no es la fecha de la obligación, sino la fecha de ingreso en el Registro; esto es, si la anotación del embargo es anterior a la inscripción del patrimonio familiar (no basta con la anotación) prevalece el embargo, pero de inscribirse primero el patrimonio el embargo no puede surtir los efectos de una desafectación.”* Más recientemente se ha pronunciado este Tribunal manteniendo el mismo criterio. Vid el voto n° 446 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de mayo del dos mil cinco que reitera que: *“lo que determina la aplicación de esa norma no es la fecha de la obligación, sino la fecha de ingreso en el Registro; esto es, si la anotación del embargo es anterior a la inscripción del patrimonio familiar (no basta con la anotación) prevalece el embargo, pero de inscribirse primero el patrimonio el embargo no puede surtir los efectos de una desafectación, porque el espíritu de esa norma es asegurarle al núcleo familiar amparado a ese régimen, que el inmueble que sirve de habitación familiar no podrá ser perseguido por acreedores comunes durante el período en que extienda esa afectación.”*

44 Así también lo reitera el voto n° 526 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

45 Que en compensación abolió la prisión por deudas así como la venta y muerte del iudicatus. Antes de la promulgación de esta Lex Poetelia Papiria, el nexum creaba un estado de sujeción personal entre acreedor y deudor. Con esta Lex se substituye la atadura de la persona del deudor por la de sus propios bienes: *“pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset”*. Cfr. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, Ariel, 1972. pags. 214 y 373.

la afectación. Las deudas anteriores no están cubiertas si se comprueba que la satisfacción de estas se torno inalcanzable como consecuencia de la afectación y que el embargo es de fecha anterior. Debe entenderse que la ley busca impedir que el bien de familia sirva como maniobra protectora del patrimonio del deudor que incumple sus obligaciones y que quiere huir a sus responsabilidades en detrimento de la justa expectativa e intereses del acreedor<sup>46</sup>.

Algunas salvedades son: el caso de las deudas que tengan su origen en impuestos o tasas que graven directamente el inmueble y la constitución de gravámenes hipotecarios constituidos simultáneamente con la afectación a patrimonio familiar. En otros sitios también se incluyen los créditos posteriores que tengan su origen en la construcción o en mejoras introducidas en el terreno<sup>47</sup>.

La inembargabilidad no alcanzará nunca en Costa Rica a las deudas anteriores a la constitución del bien siempre que exista embargo. El deudor que intente aprovechar la constitución del patrimonio familiar para sustraerse del pago a sus acreedores no encuentra en la ley la protección que busca.<sup>48</sup>

Existe una corriente que entiende que también son inembargables los frutos que produzca el bien en la medida en que sean indispensables para satisfacer las necesidades del patrimonio familiar.<sup>49</sup> En Costa Rica, el tema de los frutos ha sido abordado en un caso<sup>50</sup> en que se discutió la inembargabilidad de los alquileres percibidos por un bien sujeto a la afectación patrimonial a favor de la familia, donde la mayoría del Tribunal resuelve de conformidad con el artículo 287 del Código Civil que los frutos civiles, como es el alquiler (artículo 288 ibídem) que produzcan las cosas pertenecen a

46 Vid. VELOSO, Zeno. *Bem de Família*. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. pág. 205.

47 Así por ejemplo se permite en Argentina según el artículo 38 de la Ley 14.394. Cfr. BORDA, Guillermo. Op. Cit. Pág. 164.

48 Durante la crisis generada por la hiperinflación en Brasil se promulgó la Ley N°8.009 se estableció la inembargabilidad, en forma general, por fuerza de ley del bien de familia, entendido como tal el inmueble residencial de la pareja o de la entidad familiar. Ello implicó consecuencias como las siguientes: el instituto existía independientemente de la voluntad del propietario. Lo cubría contra deudas civiles, comerciales, fiscales, de la seguridad social o de cualquier otra naturaleza. Incluía mejoras, equipos y, los muebles desde que libres en su adquisición. Excluía los vehículos de transporte, obras de arte y adornos suntuosos. La protección no operaba cuando el proceso fuera en razón de deudas con los trabajadores de la misma casa o por las correspondientes cuotas de la seguridad social. Por la ejecución del crédito que permitió adquirir la casa, por pensión alimenticia, para el cobro de impuestos territoriales o casas y contribuciones que incidan sobre el inmueble, por ejecución de crédito debidamente autorizado por la pareja o por la entidad familiar o si fuera adquirido como producto de crimen o para la ejecución de sentencia penal condenatoria y resarcimiento, indemnización o confisco de bienes.

49 La legislación argentina presume que son indispensables por lo menos el 50% de su monto, porción que nunca podrá ser afectada por el embargo; en cuanto al otro 50% el deudor podrá reclamar también el levantamiento del embargo, demostrando que son indispensables a la familia. Vid. BORDA, Guillermo. Op. Cit. Pág. 165.

50 Se trata del voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno ya citado, en el que se plantea el embargo de los alquileres sobre un bien afectado a patrimonio familiar y alquilado por la esposa del propietario registral que es el deudor. La esposa plantea una tercera indicando que ella y sus hijos necesitan de ese alquiler para vivir y que se encuentran cubiertos por la afectación.

su propietario y que el alquiler no es un derecho accesorio del principal –propiedad – sino un fruto de su explotación. De ahí que consideran erróneo que en virtud de la afectación del inmueble a patrimonio familiar, el alquiler no pertenezca al propietario sino a los miembros de su familia. Contra esta tesis se planteó un voto salvado del Juez Parajeles para quien:

*“La solución justa al conflicto radica en la accesoriedad de la renta respecto al bien que los ocasiona, no a su naturaleza jurídica en forma aislada. A tenor del artículo 42 del Código de Familia, los inmuebles sujetos a patrimonio familiar debidamente inscrito en el Registro, son inembargables. Se trata de una inembargabilidad legal; esto es, por imperativo de norma jurídica.(...) Ahora bien, esa publicidad registral se extiende, a mi criterio, a las rentas en el caso de que se haya alquilado la casa de habitación. Con esta afirmación no se pretende cuestionar la finalidad misma de la afectación a patrimonio familiar, pues el espíritu del legislador se dirige a proteger al núcleo familiar que habita una casa de habitación afectada. Arrendar el inmueble gravado a patrimonio, de pleno derecho, no significa una conducta inapropiada para perjudicar a los acreedores. Las razones que se hayan tomado para alquiler son extrañas a un proceso especial como las tercerías. La posición asumida tampoco causa perjuicio al embargante, quien goza del trámite previsto en el artículo 47 del Código de Familia en caso de considerar que existe causal de desafectación.*

*incluso, de ser así lo conveniente es discutir el embargo de toda la propiedad y no únicamente de los frutos producto del alquiler. En definitiva, apegado al principio de publicidad registral, la inembargabilidad del inmueble sujeto a patrimonio familiar conlleva la de sus alquileres. Hasta tanto no se modifique esa situación en el Registro Nacional, es legalmente imposible perseguir las rentas.”<sup>51</sup>*

Me parece claro que la solución más coherente con el instituto en estudio es la sostenida en el voto salvado. Como bien destacara la Licda, Marina Ramírez en su estudio pionero en nuestro medio, “un estudio de los artículos 42, 44 y 47 del Código de Familia permite afirmar que la afectación se hace en beneficio de los cónyuges y sus hijos menores”. ¿Cuál, si no fuere éste es el propósito del régimen excepcional que constituye el patrimonio familiar? La solución ha sido clara en el derecho comparado. Por ejemplo en Francia tanto el bien de familia como sus frutos son en principio inembargables<sup>52</sup>, mientras que en Italia “tiene como efecto la inalienabilidad de los bienes y los frutos en ventaja o a favor de la familia”. Es verdad que cada legislación resuelve a su manera los problemas derivados de la aplicación de un instituto jurídico. Pero no es menos cierto que los ideales comunes que inspiran la creación de este régimen excepcional concatenan ciertos valores y fundamentan respuestas comunes a problemas de idéntica naturaleza.

<sup>51</sup> Ibídem, nota anterior.

<sup>52</sup> Si bien existen excepciones pues el bien en sí mismo es embargable por créditos anteriores que hubieren sido conservados según un procedimiento excepcional a la hora de la afectación; los frutos están sujetos al pago de las deudas derivadas de la responsabilidad penal, de impuestos relativos al bien, primas y deudas alimentarias. Cfr. LUNA SERRANO, Agustín. *El patrimonio familiar*. Cuadernos de Instituto Jurídico Español, Madrid, 1962. Cit. por RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. *El patrimonio familiar*. In Revista Judicial. Año VI, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, pág. 77.

## VI. PRESUPUESTOS PARA SU CONSTITUCIÓN.

En primer lugar en cuanto al sujeto, señala la ley (art. 43. C.F.) que:

*“La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble. Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción”.*

No aclara la ley que el propietario deba vivir con el beneficiario, por lo que no debe distinguirse donde la ley no distingue. De manera que siendo absolutamente libre la constitución del régimen de protección para el propietario, o sea tratándose de un acto de libre disposición patrimonial, debe admitirse que pueda constituirse a favor de cualquiera de los beneficiarios que la ley establece como posibles<sup>53</sup>.

La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro. En cuanto al traspaso que se hiciere del bien afectado, sea *inter vivos* o *mortis causa* de conformidad con el artículo 42 en favor del cónyuge, de uno o varios hijos, estará exento del pago de los

impuestos de beneficencia, donaciones y Timbre Universitario, hasta por la suma de trescientos mil colones. (art. 44. C.F.). Esta norma resulta en la actualidad inaplicable al haberse derogado estos impuestos mediante la ley N° 5923, Ley de Timbre de Educación y Cultura de 5 de agosto de 1976. Además, la institución pública encargada de la publicidad registral, el Registro Público de la Propiedad, tiene prohibición expresa de inscribir cualquier escritura desatendiendo las estipulaciones del capítulo VI.- “Del Régimen Patrimonial de la Familia” (art. 45. C.F.)

Sin embargo, debe aclararse que estos beneficios no son extendibles a cualquier inmueble, pues por disposición legal:

*“Los beneficios y privilegios de los cuatro anteriores artículos se otorgarían al inmueble urbano con una cabida no mayor de mil metros cuadrados, o al rural cuya extensión no exceda de diez mil metros cuadrados. Asimismo, a la parcela rural destinada a la subsistencia de la familia, en el tanto que no exceda esta última extensión.” (art. 46. CF)*

En los casos en que el inmueble se encuentre en la condición de lo que se conocen en nuestro medio como “derechos indivisos” debe procederse de previo a la localización de ellos, de acuerdo con la ley.<sup>54</sup>

53 No compartimos la tesis expresada por TREJOS (op. cit. supra) de que: “el propósito inicial del legislador cuando acogió la figura que comentamos fue amparar el círculo familiar compuesto por el propietario, su cónyuge y sus hijos menores. Al ampliarse el número de posibles beneficiarios no puede la norma interpretarse en detrimento de quienes fueron inicialmente objeto de protección”. (pág. 214) Debe recordarse que la nueva redacción de la ley se desliga “del concepto de la familia nuclear, la filosofía de la institución es otra” como dice el mismo TREJOS SALAS en un pasaje anterior. (pág. 213) Si la constitución es voluntaria, no se exige la convivencia, solo puede constituirse por voluntad del titular y la ley establece un elenco ampliado de posibles beneficiarios, no se trata de interpretar la ley sino de modificarla por puro voluntarismo el pretender limitar la facultad del propietario de constituir la afectación como él mejor entienda. Nos encontramos frente a una situación similar a la capacidad de testar, por lo que si prefiere hacerlo a favor de sus ascendientes o de un hijo extramatrimonial, aun estando casado esto es legalmente posible y así debe reconocerse.

54 Así, el copropietario no podrá someter su derecho al régimen de afectación si de previo no ha localizado su derecho. En Costa Rica la materia se regula por medio de la Ley N° 2755 de 9 de junio de 1961, reformada por la Ley N° 2779 de 12 de julio de 1961, Ley de Inscripción de Derechos Indivisos.

En otros países se utiliza otro criterio restrictivo como lo es la estimación del valor del inmueble, pero este no es el caso en nuestro medio.

## **VII. LA DESAFECTACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE POSIBLES MODIFICACIONES A SU PERFIL.**

No se puede admitir que el bien de familia se constituya sobre un terreno baldío, sobre tierra desnuda en la expresión de VELOSO. Debe existir una construcción, en rigor una casa, un apartamento, el elemento material de una residencia, el hogar de la familia. Nada impide que el terreno esté situado en la zona rural. Incluso en algunos países, como ya señalamos, pueden quedar incluidos el mobiliario y los utensilios de uso doméstico, ganado e instrumentos de trabajo, desde que mencionados detalladamente en la escritura respectiva.<sup>55</sup>

Puede suceder que los cónyuges que constituyeron el bien de familia o sus herederos tengan interés en enajenarlo o dividirlo. Para ello se requiere la desafectación del bien del régimen especial de protección en que consiste el instituto. El bien de familia está exento del impuesto al traspaso de bienes inmuebles por causa de muerte cuando se opere a favor de los beneficiarios del bien y siempre que los herederos no decidan desafectarlo dentro de los cinco años posteriores al fallecimiento del causante.

La ley establece las hipótesis en las que se puede sustraer el bien de la indisponibilidad y de la inembargabilidad y dispone que la autoridad judicial procederá a ordenar la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad. De este modo, como indicara el Dr. Víctor PÉREZ,<sup>56</sup> la desafectación en el derecho patrio contempla básicamente tres situaciones:

Primero, la “cesación voluntaria” por mutuo acuerdo de los cónyuges o de los convivientes en unión de hecho.

Segundo, la “cesación necesaria” cuando falta alguno de los supuestos requeridos para la afectación y; Tercero, la “cesación legal” en los casos de separación judicialmente declarada o por divorcio.

Dicha clasificación elaborada en el año 1976 corresponde aún después de la reforma de 1990 a la correcta comprensión del contenido del artículo 47 del C.F. que establece como causas de la cesación de la afectación del bien al patrimonio familiar las siguientes:

- Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho. Si bien está reconocido por la doctrina de manera casi unánime que la constitución del patrimonio familiar es una opción del titular del bien, una vez que este está debidamente inscrito, e incluso hallándose en trámite de inscripción, el respectivo

<sup>55</sup> Así por ejemplo, en Francia puede establecerse: « par famille peut être établi par une déclaration reçu par le notaire, une donation ou un testament faite par le père de famille p.ex. sur ses bien ou d'autres personne si, c'est un immeuble non indivis et - en principe - non hypothéqué, dont la valeur est inférieure à 7.622,45 euro. »

<sup>56</sup> Véase PÉREZ VARGAS, Víctor. *El nuevo derecho de familia en Costa Rica*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976. pág. 39.

cónyuge o conviviente adquiere un derecho a la protección del instituto, por lo que no es posible la revocación unilateral.

Un caso particularmente interesante lo plantea el problema de si es legalmente posible el retiro de una escritura presentada por un notario ante el Registro de la Propiedad por la cual se afecta un inmueble a patrimonio familiar cuando dicha escritura aún no ha sido inscrita, sino que se encuentra solamente “anotada”. El problema ha sido resuelto por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, en el sentido de que la gestión del matrimonio con el propósito de lograr el retiro sin inscribir del testimonio de escritura presentada, la cual somete a régimen de Patrimonio Familiar el inmueble es posible. En particular dijo el Tribunal:

“la ley especial aplicable al caso particular, lo es el Código de Familia, específicamente en su numeral 43 (Forma de hacer la afectación; inscripción; efectos; exención fiscal) y éste dispone en lo de exclusivo interés, que surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. Siendo que el documento no se encuentra inscrito, sino solamente “anotado”, es dable bajo el uso pleno de la autonomía de la voluntad de los propietarios del inmueble, el retiro sin inscribir del mismo. Es claro que se deben tutelar derechos, ello nadie lo duda, pero en el caso bajo examen, no puede extralimitarse una protección a simples expectativas que por definición tienen un desenlace incierto.”<sup>57</sup>

Por otro lado, podemos asumir que cuando el propietario no cuente con el “mutuo acuerdo” con su cónyuge o conviviente o cuando estos no existan, en aras de la protección de los beneficiarios de la afectación, la voluntad del titular no será suficiente, requiriéndose la intervención judicial para dirimir la cuestión.

- Por muerte o mayoría de los beneficiarios. En este inciso se contemplan dos hipótesis. En el primer caso, tenemos la desaparición física de los beneficiarios. No existiendo ya familia que proteger, fenece también el instituto. El otro caso es el de la mayoría. Evidentemente esta posibilidad está referida al evento de que sean los hijos los beneficiarios, puesto que sería absurdo plantearlo para el caso de los ascendientes o de incapaces. Otra situación particular que podría presentarse es el caso de menores no incluidos en la inscripción registral. En mi opinión, ellos estarán incluidos y cubiertos por el patrimonio familiar, aunque vengan a formar parte de la familia después de la inscripción, sea porque no existían en ese momento o porque no formaban parte de la familia aún (con podría suceder en el caso de adopciones, pues forman parte del núcleo familiar, así que prolongan el plazo de protección).
- Por separación judicialmente declarada, o por divorcio. En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho. Por vía jurisprudencial nuestros tribunales tienden a prolongar la

<sup>57</sup> Véase el Voto N° 78-2002 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de febrero del año dos mil dos.



vigencia hasta la mayoría de los hijos menores, aún y cuando se reconozca que se trata de un bien ganancial.

Por disposición judicial, a solicitud del propietario, una vez comprobada la utilidad o necesidad de la desafectación. Esta es una situación más frecuente pues tenemos el caso de que una vez inscrito el inmueble como patrimonio familiar, puede ser necesario gravarlo o disponer de él de otra manera, para lo cual se requiere autorización judicial. Esta se tramita por medio de un proceso de “Diligencias de utilidad y necesidad”<sup>58</sup> con fundamento en los artículos 820, 885 y concordantes del Código Procesal Civil donde el propietario solicita la autorización judicial para disponer del inmueble afectado. Puede tratarse de la venta, la constitución de hipoteca u otro acto de disposición del bien.

Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario. En esta especie extintiva se trata de la posibilidad, a favor de tercero, acreedor perjudicado por la existencia del patrimonio familiar, de pedir al juez competente accionando un proceso “sumario” que declare la extinción del gravamen, al haber sido el inmueble dedicado a otro fin distinto de la habitación familiar. Sobre el particular nos podemos

enfrentar a distintos casos que merecen consideraciones específicas. En primer lugar, podríamos estar ante un uso concurrente cuando, por ejemplo, al mismo tiempo que se mantiene el uso habitacional, una parte del bien se alquila o se destina a una actividad comercial familiar. Ante esta posibilidad soy partidario de que se mantenga la protección atendiendo a la preservación de la actividad principal objeto de protección, como es el “servir de habitación familiar”, lo que no ha dejado de suceder.

Caso distinto se da cuando el inmueble ha sido alquilado y dejó de servir para residencia de la familia. En ese caso debe tramitarse la respectiva autorización también con un proceso de “Diligencias de utilidad y necesidad” mediante el cual se puede obtener la venia judicial para un cambio de residencia, conservando la inscrita el status de protección que nos ocupa.

Frente a este tema, nos encontramos con la necesidad de resolver el problema de la titularidad del derecho a una protección especial que inspira este instituto.

- Se nos presenta un evidente contrasentido en la denominación dada al instituto en el derecho costarricense, puesto que hemos decidido llamar “patrimonio familiar” a un único “bien de familia”, siendo que nuestra

---

58 Sobre este tema véase, entre otros, el voto N° 1411-03 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, de las nueve horas del quince de octubre del año dos mil tres, y el voto N° 14-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas diez minutos del dieciséis de enero del dos mil cuatro. Para TREJOS, podría considerarse también la posibilidad de una desafectación por no necesitar más el beneficio el menor o el ascendiente ante un cambio de circunstancias o aún por ingratitud del beneficiario, aplicando por analogía lo dispuesto para las donaciones. Vid. TREJOS, Gerardo. op. cit. pág. 223.

legislación ha prescindido de esa masa patrimonial que otras legislaciones han salvaguardado en beneficio de la familia y, en su lugar hemos protegido un bien, un terreno de, como máximo mil metros cuadrados en zona urbana o de diez mil en zona rural en el que se encuentra la casa de habitación de la familia. No se incluyen una cuantía de dinero reservado, los bienes destinados a una actividad agrícola o industrial que sirva de sustento a la familia, etc. Si bien no objetamos esta orientación, me parece que la opción legislativa para cumplir con el mandato constitucional de protección a la familia resulta dentro de sus contornos actuales insuficiente. Debe expandirse la protección a los frutos del bien de manera más clara e incontrovertida.

- Debe facilitarse la fungibilidad del bien y permitirse en beneficio de distintos núcleos familiares ligados a un mismo propietario, verbigracia ascendientes, núcleo familiar primario y descendientes que no formen parte del núcleo familiar primario durante su minoridad.

Existen algunos temas que no me ha sido posible desarrollar en este artículo pero sobre los cuales

puede valer la pena el extender este esfuerzo de sistematización y reconstrucción de antecedentes por medio de una nueva investigación. Por ejemplo la simplificación de las formalidades exigidas para la constitución del acto o para la sustitución de un inmueble por otro. La relación del patrimonio familiar con la herencia, la segregación de un inmueble constituido como bien de familia, la carga del pago de gastos en condominio en inmuebles sometidos a este régimen de protección o la renuncia de derechos.

En el derecho brasileño existen algunas excepciones a la protección que considero razonable acoger en el derecho patrio. En primer lugar está el caso de las obligaciones alimentarias que deben imponerse frente a la protección genérica. En segundo lugar se encuentra el caso de los empleados domésticos de la familia que constituya, quienes contarían con un crédito privilegiado para hacerlo efectivo aún a costa del inmueble protegido.

Por lo pronto, quede aquí evidenciada la necesidad de difundir el instituto por medio de la educación y la información al público para que, aumentando su espectro de cobertura, se proteja a más familias de la necesidad y el desamparo que trae consigo la falta de un techo digno.

## VII.- FUENTES CONSULTADAS.

### A.- LIBROS Y ARTÍCULOS

BAUDRIT CARRILLO, Diego. Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico de matrimonio en Costa Rica. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. págs. 73-76

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. México, UNAM, 1994.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Tomo II., 5ª Ed., Argentina, Depalma, 1991.

BIONDI, Biondo. Los Bienes. Trad. De Antonio Martínez-Radío, Barcelona, Bosch, 1961.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia. 10ª ed. Argentina, Editorial Perrot, 1988.

CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara Noemí. Protección Constitucional de la vivienda familiar. In IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Prememorias. Tomo I. Panamá, (s.p.i.) 1996. págs. 161-169.

CORNU, Gerard. Derecho civil. Los Bienes. Vol. III. Trad. Javier Solís Herrera. San José, Juricentro, 1996.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol V. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

DE BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil. Vol II, Direito de Familia. Sao Paulo, Editora Saraiva, 1989.

DE LOS MOZOS, José Luis. Patrimonio. en SEIX, Francisco. Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, 1989.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. México, UTEHA, 1947.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos José. El Proyecto de Código de Familia. In Revista de Ciencias Jurídicas N° 16. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Noviembre 1970.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona, Ariel, 1972.

ODIO BENITO, Elizabeth y VENEGAS, Egenery. Efectos patrimoniales del matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una reforma. In Revista Judicial Año IX, N°33, San José, Poder Judicial, 1985. págs. 65-72

PÉREZ VARGAS, Víctor. El nuevo derecho de familia en Costa Rica. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.

PÉREZ VARGAS, Víctor. Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico. In Revista Judicial. Año IV, N° 15, San José, Poder Judicial, 1980. págs. 99-113.

RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. El patrimonio familiar. In Revista Judicial. Año IV, N°15, San José, Poder Judicial, 1980, págs. 75-90.

SOLANO CHACÓN, Jorge. El Patrimonio Familiar. In Revista Judicial. Año VI, N°22, 1982. págs. 33-34

TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 1995.

VARGAS FERNÁNDEZ, Eladio. Comentarios al Código de Familia. In Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, San José, Universidad de Costa Rica, 1974. págs. 87-116.

VELOSO, Zeno. Bem de Familia. In Revista de Informação Legislativa. N°107, Brasília, Senado Federal, 1990. págs. 203-214.

VON THUR, Andreas. Parte General del Derecho Civil. Trad. De Wenceslao Roces, Juricentro, San José, 1977.

ZAMORA CASTELLANOS, Fernando. Los ideales constitucionales costarricenses. San José, Juricentro, 2002.

## **B.- LEGISLACIÓN.**

Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política. 110ed. México, Editorial Porrúa, 1995.

República Federativa del Brasil.

Código Civil de 1916.

Código Civil de 2002.

Ley N° 8.009 de 29 de marzo de 1990. "Lei que dispõe a impenhorabilidade do bem de família."

República de Costa Rica.

ALVARADO Q. Alejandro y GUARDIA Q., Víctor. Código Civil. (de 1888) 2ª ed., San José, Tipografía Nacional, 1910.

CAMACHO VARGAS, Eva. Código de Familia. (Con Jurisprudencia, concordado y Legislación conexas) San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.

Ley N° 7052, Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda de 27 de noviembre de 1986.

República Francesa.

Código Civil de 1804.

República Italiana.

Código Civil de 1942.

## **C.- JURISPRUDENCIA.**

Voto n° 446 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de mayo del dos mil cinco.

Voto n° 32-L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las trece horas treinta minutos del veintiséis de enero del año dos mil cinco.

Voto no. 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro.-

Voto n° 526 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

Voto n° 527 -F- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de marzo del año dos mil cuatro.

Res: 000036-F-04 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las diez horas veinte minutos del veintiuno de enero del año dos mil cuatro.

Voto n° 14-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas diez minutos del dieciséis de enero del dos mil cuatro.

Voto n° 403 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de diciembre del dos mil tres.-

Voto n° 1411-03 TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, de las nueve horas del quince de octubre del año dos mil tres.-

Voto n° 255-03 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, de las once horas cuarenta minutos del diecinueve de febrero del año dos mil tres.

Voto n° 322 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las siete horas treinta y cinco minutos del tres de mayo del año dos mil dos.

Voto n° 78-2002 SECCIÓN TERCERA, TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL. Goicoechea, de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de febrero del año dos mil dos.

Voto n° 1044 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José de las siete horas treinta y cinco

minutos del treinta y uno de agosto del año dos mil uno.

Voto n ° 143 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José, de las nueve horas diez minutos del veintisiete de abril del dos mil uno.-

Voto n° 113-M- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las siete horas treinta minutos del veinticuatro de enero del año dos mil uno.

Voto n ° 78-E. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, de las ocho horas cinco minutos del diecisiete de enero del año dos mil uno.

Voto n° 189-L TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8:50 horas del 10 de febrero de 1999.

Voto n° 1096-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de las 8 horas 55 minutos del 11 de agosto de 1999.

Res: 00169-98 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.