

EL PATRIMONIO FAMILIAR

Licda. Marina Ramírez A.

A. GENERALIDADES.

1. Concepto.

El patrimonio familiar, también llamado "bien de familia", es una institución de derecho privado, relativamente reciente (puede decirse que es propia del presente siglo), creada con el fin principal de dotar a los miembros de la familia, considerada ésta en extensión variable, de permanencia y estabilidad, mediante el aseguramiento de su habitación y sustento básicos.

La misma manifiesta así el interés del Estado en asegurar en sus necesidades vitales los intereses de la familia, en cuanto ésta constituye el núcleo primario de la sociedad.

Las variadas modalidades que asume la institución en los países en donde se ha incorporado, así como las distintas características que presenta según las normas que lo regulan, dan lugar a conceptos muy particularizados del mismo, pero en general todas las definiciones señalan como caracteres principales del bien de familia los siguientes:

a) se trata de un inmueble rural o urbano afectado por su finalidad, ya que está destinado a habitación o predio familiar.

b) es inembargable y enajenable en principio, pues si bien puede serlo en algunos casos ello es conforme a ciertos requisitos.

c) tiene un especial sistema sucesorio, distinto del tratamiento normal de los bienes en estos casos.

Estas características se mencionan en las siguientes definiciones:

"El bien de familia es un inmueble urbano o rural, que en virtud de la ley es afectado al servicio de la familia, garantizándose el cumplimiento de su destino mediante su inembargabilidad y diversas restricciones a su transmisibilidad a terceros, bien sea entre vivos o aun por causa de muerte; la situación privilegiada de estos bienes se completa con exenciones impositivas y otras ventajas que varían según las leyes creadoras de este tipo de bienes" (1).

El patrimonio familiar constituye "un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección; está destinado a asegurar la prosperidad de la nación" (2).

"...el bien de familia es una institución jurí-

(1) LAZARO TREVISAN, Partición de herencias, citado por GUASTAVINO, Elías P., Bien de Familia, Buenos Aires, pág. 255.

(2) TEDESCHI, G., El régimen patrimonial de la familia, (Trad. del ita. E.J.E.A., Buenos Aires, 1954) pág. 80.

dica del Derecho de familia patrimonial y por lo tanto del Derecho Civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado por los beneficiarios indirectamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio" (3).

El bien de familia es pues un bien especial, que se distingue del resto del patrimonio del instituyente por su finalidad; en razón de su inembargabilidad y de las restricciones en cuanto a su disponibilidad se dice que el mismo es un bien que se encuentra fuera del comercio.

2. Antecedentes históricos y filosóficos.

El patrimonio familiar, como hemos visto, es una institución directamente encaminada a la protección de la familia.

Elo implica una concepción especial tanto desde un punto de vista meramente legal, ya que se perfila la familia como un sujeto especial de derecho, como desde un punto de vista filosófico más amplio, en donde el concepto de individuo, viene a ser superado por el concepto de familia, o conjunto familiar, con una visión pluralista de la sociedad.

Aunque en algunos casos la creación de un patrimonio familiar especialmente protegido, ha surgido de un interés político especial, tal como promover la colonización de territorios deshabitados, lo cierto es que el fundamento básico de la institución del bien de familia, es la necesidad de proveer alojamiento y sustento a los miembros del grupo familiar.

Históricamente el desarrollo de esta figura jurídica puede situarse en el siglo XIX, pues surgió como reacción a los extremos a que la filosofía individualista, originada con la revolución francesa, había llevado a la organización social.

"Su surgimiento —dice Guastavino— tiene un clima histórico propio y exclusivo; posee también causas propias, ya que representa la respuesta a las necesidades sociales derivadas de la concepción

individual del derecho de propiedad. El ambiente jurídico que lo hizo emerger consistió en la conjunción de las ideas democráticas y de las postulaciones individuales que, respectivamente, guiaron al Derecho Público y al Privado del siglo XIX. Era necesario hallar la solución jurídica que manteniendo la orientación democrática impidiera el arrasamiento de las células elementales de la sociedad. Esa necesidad plasmó el bien de familia. Hubiera sido imposible concebirlo si antes no se hubiera instaurado la concepción individual de la propiedad, contra cuyos excesos venía a reaccionar; y también hubiera sido imposible concebirlo si no se procurase mantener y consolidar las bases igualitarias de la democracia, otorgando los beneficios del patrimonio familiar a todas las familias" (4).

Reconocida así la importancia de los entes pluralistas, intermedios entre Estado e individuo, se vio la necesidad de fortalecer a la familia, tanto respecto a los nexos personales propiamente dichos, como desde el punto de vista de los recursos necesarios para su subsistencia.

De aquí que se entrara a considerar los perjuicios ocasionados por la constante dispersión del patrimonio familiar derivado de la partición hereditaria obligatoria, impuesta por las nuevas corrientes del derecho sucesorio.

La dispersión de la propiedad y los minifundios atentaban no solo contra la estabilidad familiar, sino también contra la estabilidad económica de la nación en su conjunto. Además el desamparo absoluto de los miembros desvalidos de la familia ante las acciones de los acreedores era evidente.

Nació así entonces la idea de apartar o excluir del patrimonio del jefe de la familia, un bien que se destinaría exclusivamente a habitación familiar o a proveer el sustento de sus miembros. A efecto de asegurar este destino se le revistió de una serie de medidas especiales, encaminadas a impedir el traspaso o enajenación del mismo, complementadas en muchos casos por otras medidas de carácter tributario tendientes también a facilitar la constitución de ese patrimonio.

La justificación de la figura, dentro de una

(3) GUASTAVINO, *supra* nota 1, pág. 256.

(4) *Idem*. pág. 106.

filosofía política moderna, la hace con gran acierto Guastavino al decir:

"El Derecho actual no puede dirigirse al restablecimiento de la llamada familia troncal, apoyado en concepciones sociales y económicas inadecuadas para la sociedad moderna; no debe tampoco el derecho actual pretender una vinculación de los bienes similar a la que se conoció antes de la Revolución Francesa de 1789; pero tampoco debe admitir con indiferencia la inmediata y forzosa disolución del patrimonio familiar, pues ello conduciría a frustrar el cumplimiento de las funciones de la familia" (5).

3. Modalidades en Derecho comparado.

Al hacer el estudio de las legislaciones, tanto europeas como americanas, podemos observar la existencia de la institución que estudiamos en casi todos los países. Sin embargo, las formas que asume son muy variadas, respondiendo también a distintas orientaciones políticas. Básicamente se dan dos orientaciones en cuanto se refiere al patrimonio familiar; aquellas legislaciones que enmarcan la figura jurídica casi dentro del marco del Derecho Agrario, respondiendo a un fin de tipo colonizador o de desarrollo agrícola, en donde el Estado concede predios públicos para que sean trabajados por las familias, cumpliendo a la vez indirectamente un fin proteccionista de ellas; de otro lado están aquéllas que lo estructuran dentro del marco del Derecho Privado, en donde la protección familiar es el interés principal, procurándose el mismo a través del resguardo de la propiedad familiar, tanto urbana como rural, facilitando al propietario la constitución del régimen sobre un bien de su propiedad por propia iniciativa.

Observamos entonces que conforme al primer criterio, político agrícola, se tiende a proveer a las familias campesinas de un predio rural mínimo que permita su subsistencia; esto se hace generalmente a través de instituciones públicas especializadas; asimismo se trata de evitar el minifundio a través de normas hereditarias que obligan a traspasar ciertos bienes a un solo heredero o prohibiendo la enajenación de fundos de cabidas mínimas establecidas. Se obliga también por lo general a que se trabaje la tierra directamente por el beneficiario.

Desde el otro punto de vista, la orientación social tendiente a proteger al núcleo familiar no solo en lo rural sino en general, se procura apartar determinados bienes del tráfico comercial común, para proveer con ellos a los miembros de la familia de habitación y sustento seguros.

Así, se crean patrimonios especiales que se sustraen al haber común del deudor y que no responden por sus deudas, manteniéndose la seguridad de la habitación mínima requerida por las familias. En estos casos, la propiedad de los bienes continúa dentro de las normas civiles privadas, comunes, pero limitada por las restricciones propias de la institución.

Dentro de la primera tendencia encontramos el llamado patrimonio familiar en España, conforme al cual el Estado, a través del Instituto Nacional de Colonización, provee a las familias, en la persona jefe, de tierras cultivables, aportadas por el citado Instituto o por el adjudicatario, junto con la casa de labor, los edificios, caminos y construcciones de todo género adheridos a las tierras, los árboles y las plantas, las aguas vivas o estancadas dentro de las tierras de cultivo, y en general, todo lo que estando unido a uno de los inmuebles propiamente dichos del patrimonio familiar de una manera fija no puedan separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (6).

Tal patrimonio está sometido a normas de indivisibilidad e inembargabilidad relativas y sometido a condiciones especiales para su transmisión así como para su gravamen, lo suficientemente flexibles como para poder afirmar que el bien se encuentra dentro del comercio de los hombres, contrariamente a lo que ocurre con otros regímenes en donde las características de inalienabilidad e inembargabilidad del patrimonio familiar lo sitúan como bien fuera del comercio. De este modo la concepción política, legal y técnica del patrimonio familiar español, cae dentro de la categoría de empresa agrícola (7).

Otro caso de patrimonio familiar que puede ubicarse dentro de esta tendencia de protección y desarrollo de zonas agrícolas, lo constituye el llamado "homestead" de los Estados Unidos, en su acepción llamada "homestead law", que se identifica con la idea de "lote de colonización", el cual

(5) Idem. pág. 93.

(6) LUNA SERRANO, Agustín, *El patrimonio familiar*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid, 1962, pág. 114.

(7) Idem. págs. 78, 109.

se constituye sobre tierras de dominio público y consiste en un beneficio concedido a los lotes adjudicados a los colonizadores con el fin de favorecer la puesta en cultivo de los baldíos. (Ley Federal).

El "homestead law" consiste entonces en parcelas de dimensiones limitadas legalmente, al que todo ciudadano americano, que fuere jefe de familia, o que hubiere llegado a la edad de veintiún años, tiene derecho. El Estado reconoce una propiedad provisional sobre las tierras por cinco años, durante los cuales las tierras se consideran de propiedad familiar, y los acreedores no pueden dirigirse contra ellas, ni su titular enajenarlas por ningún concepto; cumplido ese período y si se hubiesen cumplido también determinadas condiciones en cuanto al trabajo de la tierra, el beneficio cesa y la propiedad se convierte en libre (8).

En el Derecho alemán encontramos el llamado "anerbenrecht", institución relacionada con el derecho de vinculación sucesoria sobre haciendas agrícolas, conforme a la cual los predios rurales son indivisibles y el bien se traspaşa a un único hijo con indemnización para los demás.

En Italia existen dos instituciones orientadas en el sentido comentado que son la "minima unità culturali" y la "unità podereale"; ambas se refieren al trozo mínimo de tierra suficiente para el trabajo o el mantenimiento de una familia campesina, y se encuentran reguladas por normas tendientes a evitar la división de ella, imponiendo su indivisibilidad, tanto por acto inter vivos como por causa de muerte (9).

En Paraguay existe el llamado "lote rural", parcela de tierra adjudicada por el Departamento de Tierras y Colonización, suficiente para mantener a la familia labradora que lo explota en cultivo directo y que goza de un régimen de inembargabilidad e imprescriptibilidad (10).

Por último encontramos en Cuba el llamado "mínimo vital", terreno necesario y suficiente para una familia de cinco personas, adjudicado en propiedad por el Instituto Nacional de Reforma Agraria, preferente a obreros agrícolas, jefes de familia y combatientes. Tales tierras disfrutan de los beneficios de inembargabilidad e inalienabilidad (11).

La característica general de todas las instituciones comentadas consiste en el hecho de ser orientadas por el Estado, casi siempre tratándose de bienes de dominio público, limitado a zonas rurales y con un sentido práctico de propiciar el desarrollo agrícola, a la vez de proteger a la familia rural en sus necesidades básicas.

Existen de otra parte instituciones semejantes que tienen el mismo fin, pero éste se busca a través de la iniciativa y de la propiedad privada, creando por medio de la ley las condiciones necesarias para que los propietarios puedan, de modo voluntario, establecer un patrimonio especial en favor de su familia.

Todas estas modalidades de patrimonio familiar se encasillan así más propiamente dentro del derecho privado, con la intervención del Estado únicamente en carácter tutelar en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos exigidos.

Dentro de esta categoría podemos encontrar en los Estados Unidos junto al "homestead law", el llamado "homestead exemption", que se constituye sobre tierras de dominio privado mediante una declaración de voluntad del titular de ellas, otorgada ante la autoridad competente, en virtud de la cual la finca se convierte en explotación familiar civilmente inembargable. Entre las condiciones que debe reunir el interesado para establecer el "homestead" está el ser titular de las tierras, ser jefe de familia y tener sobre el inmueble un derecho efectivo de posesión por lo menos; debe además ocupar realmente el inmueble.

El privilegio de que goza éste consiste en general en la excepción de embargo y venta forzosa de las tierras. En principio no es indivisible ni existen normas que dispongan la transmisión a un solo heredero en propiedad, pero los beneficios del mismo perduran en favor de la viuda y de los descendientes menores del causante (12).

En Italia encontramos al patrimonio familiar, que hasta hace poco tiempo estuvo regulado como una de las formas de régimen convencional de relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Su constitución tiene como efecto la inalienabilidad de los bienes y el destino de los frutos en ventaja o a

(8) Idem. pág. 29 —GUASTAVINO—, supra nota 1, pág. 107.
(9) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 39.

(10) Idem. pág. 51.

(11) Idem. pág. 52.

(12) Idem. págs. 29, 30 —GUASTAVINO—, supra nota 1, págs. 110, 114.

favor de la familia. El mismo se liga invariablemente al matrimonio, pudiéndose constituir antes o después de celebrado, pero no puede establecerse una vez disuelto el vínculo; no obstante a la muerte de uno de los cónyuges el régimen perdura si existen hijos menores.

El patrimonio familiar en el derecho italiano constituye así un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos que se distingue del resto de su haber por su función y por las normas que la ley dicta en su protección.

Aunque en principio es inalienable, el Tribunal puede no obstante autorizar en caso de necesidad o utilidad evidente, la enajenación cuando el bien pertenece a uno de los cónyuges, estableciendo así la reinversión del precio.

El patrimonio familiar es también inembargable, pero ésta solo puede oponerse a los acreedores por deudas posteriores a la trascrición registral o a la vinculación de los títulos. Puede afectarse al régimen tanto bienes inmuebles como títulos de crédito, siendo en cuanto a esto último excepcional la legislación italiana (13).

En Francia está el denominado "bien de familia". El mismo puede ser constituido de manera voluntaria por cualquiera de los cónyuges o por un tercero, a través de declaraciones expresas de voluntad en el primer caso o por donación en el segundo. Puede comprender una casa o una porción determinada de una casa, una casa y tierras anexas o vecinas ocupadas y explotadas por la familia, o solamente tierras explotadas sin casa de habitación. También pueden ser objeto del régimen una casa con tienda y taller y el material y las herramientas que lo formen, ocupada y explotada por una familia de artesanos (14).

Como se ve, en este aspecto la Legislación Francesa es bastante amplia, permitiendo la debida protección no solo de la habitación familiar sino de los elementos necesarios para su trabajo.

Tanto el bien de familia como sus frutos son en principio inembargables, pero existen excepciones; el bien en sí mismo es embargable por créditos anteriores que hubieren sido conservados según un

procedimiento especial 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 (15).

Suiza distingue tres tipos de regímenes que pueden identificarse con el patrimonio familiar: las fundaciones de familia, que son un tipo especial de fundación en donde los bienes se destinan al pago de los gastos de educación y establecimiento y de asistencia de los miembros de la familia o a fines análogos.

Los asilos de familia que se configuran mediante una declaración de voluntad del titular del bien. Los bienes así afectados quedan sometidos a un régimen de inalienabilidad e inembargabilidad y no pueden ser arrendados ni hipotecados. Algunos familiares tienen el derecho de recibir refugio por orden de autoridad competente en el inmueble, cuando su condición lo exija (16).

Por último están las llamadas indivisiones familiares, las cuales tienden a la conservación de las explotaciones agrícolas familiares mediante su atribución a un solo heredero; puede tratarse también de comunidades patrimoniales originadas por la herencia pero que derivan del acuerdo de voluntades de los parientes o sus representantes (17).

En Alemania el "heinstättenrecht" o patrimonio familiar vino a ampliar los efectos del "anerbenrecht", en cuanto éste no limitaba las facultades de disposición del bien por acto inter vivos, y solo establecía la indivisibilidad del bien por causa de muerte.

El "heinstättenrecht", junto a la transmisión íntegra del bien familiar a un solo heredero, hace aparecer la inembargabilidad, indivisibilidad e inalienabilidad relativas del mismo.

Puede establecerse sobre terrenos concedidos por el Estado a través de sus instituciones o por un acto constitutivo del propietario que destine a tal fin una finca de vivienda o industria. La condición de propiedad familiar abarca tanto las fincas como sus pertenencias (18).

En América Latina encontramos figuras jurídi-

(13) GUASTAVINO, ídem. págs. 155, 159 —TEDESCHI—, supra nota 2, págs. 86, 102.

(14) GUASTAVINO, supra nota, 1, pág. 142.

(15) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 44.

(16) Idem. pág. 49 —GUASTAVINO—, supra nota 1, pág. 129.

(17) GUASTAVINO, ídem. pág. 131.

(18) LUNA SERRANO, supra nota 6, pág. 31. GUASTAVINO, supra nota 1, pág. 122.

cas semejantes, con las características del patrimonio familiar, en casi todos los países. Existen normas relativas al mismo en Guatemala, Nicaragua, Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Argentina, México y otros. En este último país destaca la particularidad de que el patrimonio familiar puede ser constituido no solo por un acto unilateral del propietario, sino también de modo forzoso, como facultad de los acreedores alimentarios del propietario, quienes pueden solicitarlo así al Tribunal en caso de que haya peligro de que quien tiene obligación de dar alimentos pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando.

También puede hacerse oficialmente la constitución del régimen a través de concesiones de baldíos por parte del Estado (19).

B. NORMAS POSITIVAS COSTARRICENSES.

1. Antecedentes.

Antes de hacer un examen breve de los antecedentes legislativos del patrimonio familiar, anteriores a la vigencia del Código de Familia actual, que incluye en su articulado varias normas relativas a él, es necesario advertir que dichas leyes no constituyen en modo alguno la figura jurídica que estudiamos, al menos en toda su amplitud, y ello es así tanto en el Código como en la Ley No. 4277 de 16 de diciembre de 1968, llamada de Patrimonio Familiar, que fue su antecedente inmediato.

En realidad, tal como se encuentra diseñada en nuestro derecho, la figura del patrimonio familiar constituye más bien una modificación especial establecida al sistema de separación de bienes durante el matrimonio, o sea una modificación al régimen legal de bienes entre cónyuges.

Ello es así por cuanto, tanto en la ley como en el Código, se impone como factor determinante de la institución el hecho de requerirse el consentimiento de ambos cónyuges tanto para la constitución como para la desafectación del régimen, así como para los actos de enajenación y gravamen, introducido de modo muy limitado los aspectos de indisponibilidad relativa e inembargabilidad que son las características fundamentales del patrimonio familiar.

En estas leyes, y más concretamente en la Ley No. 4277 citada, se faculta al propietario del bien para disponer de él o gravarlo, sin más requisito

que el consentimiento del otro cónyuge, cuando lo usual tratándose del patrimonio familiar, y en atención a sus fines, es que tal libertad no exista, pues la disponibilidad del bien se encuentra condicionada a una serie de requisitos especiales tendientes a proteger el interés familiar, tales como autorización judicial o casos de excepción establecidos.

Por otra parte, los beneficios del régimen parecen establecerse principalmente en favor del cónyuge no propietario y solo en segundo término a favor de los hijos, ya que el mismo se condiciona necesariamente a la existencia de un matrimonio sin que se pueda establecer a favor de hijos extramatrimoniales o solo a favor de los hijos de matrimonio, en caso del propietario viudo, como veremos más adelante.

Además la posibilidad de desafectación o continuidad del régimen en caso de divorcio, separación o muerte de uno de los cónyuges, queda sometida a la voluntad exclusiva del cónyuge supérstite o de ambos, según sea el caso.

La Ley de Patrimonio Familiar.

Observemos primeramente la Ley No. 4277 de 16 de diciembre de 1968, que fue la primera innovación en esta materia en nuestro país, por medio de la cual se reformaron los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1888, que regulaban por entonces las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

El artículo 78 establecía la separación de bienes durante la vigencia del matrimonio, sin señalar limitación alguna a las facultades de disposición de los cónyuges sobre sus bienes propios o gananciales. El artículo 77 por su parte, establecía la presunción de gananciales de los bienes existentes en poder de los cónyuges al momento de la disolución del vínculo matrimonial, a la vez que enumeraba las excepciones a esa regla, o sea los bienes que aun adquiridos durante el matrimonio no se considerarían gananciales.

La ley en comentario reformó esos artículos del modo siguiente:

En cuanto al artículo 76, y en él se centró fundamentalmente la reforma, se añadió el siguiente texto:

"Artículo 76. Si no hubiere capitulaciones, etc.

...Sin embargo, los cónyuges no pueden, el uno sin el consentimiento del otro, gravar ni dispo-

(19) Idem. pág. 51; ídem. pág. 197.

ner en ninguna forma del inmueble que en el momento del acto o contrato, sirva de habitación familiar, si se tratare de un terreno adquirido a título oneroso después de la nupcias o si la construcción hubiere sido levantada estando vigente el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges o por ambos. Tampoco se podrá sin ese consentimiento, disponer del mobiliario del hogar ni gravarlo. Se exceptúa el caso de que el gravamen sea garantía del precio de adquisición del inmueble o de los bienes muebles.

El cónyuge que no hubiere dado su consentimiento, podrá demandar la nulidad del acto o contrato, pero la acción que se establezca en la vía civil solo prosperará contra terceros, si éstos tenían conocimiento de que se trataba del inmueble que servía de habitación familiar o de los muebles existentes en ésta.

La acción de nulidad prescribirá en un año a partir de la fecha en que el cónyuge tuvo conocimiento del traspaso o gravamen, sin que pueda ejercitarse tampoco después de un año de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

En la apreciación de las pruebas sobre el conocimiento que los terceros tuvieron de que el inmueble o el mobiliario eran del patrimonio familiar, los Tribunales procederán con sujeción a lo que prescribe el artículo 978.

Si la cabida del terreno excediere de mil metros cuadrados en zonas urbanas, o de diez mil metros cuadrados en zonas rurales, el cónyuge a cuyo nombre estuviere inscrito el inmueble, podrá hacer la segregación correspondiente para mantener el patrimonio familiar con la cabida dicha, y disponer del resto de la finca o gravarlo sin el consentimiento del otro cónyuge.

Los bienes respecto de los cuales no existe libre disposición conforme a lo dicho en el presente artículo, no podrán ser perseguidos por acreedores personales de los cónyuges, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos, conjuntas o solidariamente”.

En el texto anterior hay varios puntos que nos permiten afirmar que más que un patrimonio familiar estrictamente dicho, lo que se hizo fue una reforma al régimen legal de bienes en el matrimonio, estableciéndose una especie de comunidad de bienes gananciales, limitada a un único bien inmueble y a los muebles del hogar.

Estos puntos son:

a) Necesario consentimiento del otro cónyuge para un determinado acto (venta o enajenación del

inmueble destinado a habitación familiar o de los muebles respectivos). Si bien éste es uno de los requisitos que a veces establece la legislación comparada para la disposición del bien de familia, no es el único utilizado para asegurarlo y resguardarlo de la imprudencia o irresponsabilidad del propietario, ni siquiera es el método más recomendable, dada la facilidad con que podría obtenerse ese consentimiento. En general la indisponibilidad relativa del bien de familia o patrimonio familiar se asegura mediante el establecimiento de otros requisitos más formales que impliquen un estudio de la necesidad de disposición del bien, en el que interviene casi siempre un ente público especializado o los Tribunales.

b) Limitación de la comunidad relativa a determinados bienes gananciales (inmueble destinado a habitación familiar y algunos muebles), sin posibilidad de extender los beneficios de la afectación a un bien propio o aportado por alguno de los cónyuges al matrimonio, o algún bien donado por un tercero a la comunidad familiar. Esta limitación del beneficio únicamente tratándose de los bienes gananciales dichos es contraria a la figura del patrimonio familiar, ya que impide la constitución del régimen sobre bienes propios de los cónyuges, con lo cual se excluyen muchos de ellos que podrían ser objeto del mismo.

Por otra parte, cuando el bien destinado a habitación familiar es un bien aportado o propio no ganancial, queda desprotegido totalmente, pues no se requiere el consentimiento del cónyuge para la enajenación o traspaso.

c) La posibilidad de demandar la nulidad del acto hecho en contra de las disposiciones dichas, se limita únicamente al cónyuge no propietario. Esto es lo propio en los regímenes matrimoniales de comunidad, en donde la protección legal se concreta a los intereses de los cónyuges, pero no lo usual tratándose del patrimonio familiar, ya que esta facultad se concede a todos los beneficiarios del régimen, como pueden ser los hijos u otros familiares. Incluso en algunas legislaciones gozan de esta acción de nulidad los terceros que vean afectados sus intereses con ese acto.

d) Se permite la embargabilidad de los bienes cuando ambos cónyuges sean deudores solidarios, con lo cual la posibilidad de embargo es muy amplia, dada la facilidad con que el propietario puede obtener el consentimiento o participación del otro cónyuge, como dijimos anteriormente. Así pues, la inembargabilidad es mínima.

Ahora bien, con todos esos defectos la Ley

No. 4277 de 16 de diciembre de 1968 que comentamos, tenía una gran importancia, pues trataba de introducir algunas modificaciones a la tradicional libertad irrestricta de disposición de los cónyuges sobre sus bienes durante la vigencia del matrimonio, libertad que tantos males había producido.

Si bien en su articulado no se plasmó debidamente la idea, sí se pretendía brindar protección especial a la familia, entendida como el núcleo formado por padres e hijos menores.

A pesar de sus buenas intenciones la ley fue objeto de severas críticas tanto por parte de juristas como por gente del mundo de los negocios, en especial por las instituciones bancarias, las cuales insistían en que la misma entrababa notablemente las negociaciones al requerir el consentimiento de varias personas para los actos de enajenación o gravamen de los bienes dichos. Las críticas provenientes de los juristas fueron varias, entre ellas que se modificaba la tradicional autonomía de los cónyuges en el manejo de los bienes, que no se configuraba un verdadero patrimonio familiar y la incertidumbre jurídica que se podría crear al depender la validez o nulidad del acto del conocimiento que tuviere el tercero contratante de la naturaleza patrimonial afectada de los bienes objeto del negocio (20).

El mal ambiente con que se rodeó a esta ley llevó a su derogatoria finalmente con la Ley No. 4674 de 27 de noviembre de 1970, que volvió a dejar vigentes los artículos 76 y 77 del Código Civil que habían sido modificados, dejando las cosas como antes.

2. El patrimonio en el Código de Familia.

El Código de Familia, emitido por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, incluyó dentro del capítulo que denominó "Régimen Patrimonial de la Familia", seis artículos relativos al patrimonio familiar. Estos artículos fueron incluidos por los Diputados de la Asamblea Legislativa, ya que la Comisión Redactora del Proyecto de Código no tuvo tiempo de estudiar ningún capítulo relativo a esta figura dada la complejidad del tema, que requería un estudio cuidadoso (21).

Si bien con estas nuevas normas se trató de dar mejor estructura jurídica a la figura que comentamos, las mismas resultaron incompletas; por ello tampoco ahora se podría considerar que se ha creado un verdadero patrimonio familiar en nuestra ley de familia.

Varios de estos artículos fueron posteriormente reformados por Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976, según veremos más adelante. Para analizar las normas positivas costarricenses relativas al bien de familia, lo haremos tratando de enmarcar dentro de los elementos básicos de esta institución para determinar hasta dónde las mismas configuran la figura comentada y qué aspectos se han omitido, ya que los artículos del Código no tienen una estructura formal ajustada a los aspectos doctrinales principales, sino que son de redacción muy general.

a) Constituyente

Como dijimos antes, el Código de Familia no especifica con claridad cada uno de los aspectos fundamentales del patrimonio familiar, entre ellos quién puede ser constituyente del régimen. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 43 se deduce que únicamente pueden constituirlo los cónyuges de común acuerdo, sobre un bien propiedad de uno de ellos. Se exige que ambos cónyuges otorguen la escritura respectiva (22). Ello implica que debe existir un matrimonio regular para que el propietario del bien pueda afectarlo como patrimonio familiar o bien común.

La necesaria participación y consentimiento del otro cónyuge crea así, como dijimos más arriba, una comunidad excepcional de bienes, más que un patrimonio familiar, ya que tratándose de esta última institución el consentimiento del cónyuge no propietario se exige por lo general para los casos de enajenación o gravamen del bien ya afectado, así como para su desafectación, pero no para su constitución.

La necesaria existencia de un matrimonio y de ambos cónyuges, excluye de nuestro derecho la posibilidad de afectación por parte de un tercero manteniendo éste la nuda propiedad, así como la

(20) Una reseña bastante completa del proceso de emisión y posterior revocatoria de esta ley puede verse en El patrimonio familiar de Oscar M., ROJAS HERRERA, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1971.

(21) VARGAS F., Eladio, Comentarios al Código de Familia Revista de Ciencias Jurídicas (No. 25 San José, Costa Rica, 1975) pág. 114.

(22) El artículo 43 original no establecía este requisito, el mismo se incluyó por reforma de ley de 9 de marzo de 1976.

posibilidad de que el padre soltero o viudo pueda constituir el gravamen a favor de sus hijos u otros beneficiarios.

Por otra parte, el artículo 46 prohíbe la constitución del régimen cuando se trata de derechos indivisos no localizados (23), de aquí que no pueda ser constituyente el copropietario si antes no procede a la localización de su derecho.

En este punto relativo a la persona que puede ser constituyente del régimen de patrimonio familiar vemos que nuestra ley carece de tecnicismo, ya que es a todas luces ilógico que se exija el consentimiento y el otorgamiento de la escritura por parte del cónyuge no propietario, ya que se trata de un acto que va en beneficio suyo y de sus hijos, para lo cual sobra pues su consentimiento, el cual solo debe requerirse si el bien fuera propiedad de ambos cónyuges. Parece que se ha confundido el acto de afectación del bien con los actos posteriores de enajenación y gravamen del mismo, en donde sí, como mínimo, deberá requerirse del consentimiento del cónyuge no propietario, pues en estos casos sí se podría ver perjudicado.

b) Beneficiarios.

Tampoco se especifica concretamente quiénes podrán ser beneficiarios del régimen.

Un estudio de los artículos 42, 44 y 47 del Código de Familia permite afirmar sin embargo, que la afectación se hace en beneficio de los cónyuges y sus hijos menores, ya que la exigencia de la constitución por ambos cónyuges implica la existencia de un matrimonio legal, ampliándose así el beneficio a la familia, considerada en su extensión mínima.

Se trata así de un régimen de beneficiarios muy restringido, ya que no toma en cuenta a los ascendientes ni otros parientes del constituyente, que por vivir en su misma casa y depender de él pudieran verse afectadas por la desposesión del bien.

Tampoco podrían ser beneficiarios los hijos menores del padre viudo ni los extramatrimoniales, lo cual es una de las fallas más grandes de nuestra legislación en esta materia.

Esta limitación de los beneficios del patrimonio familiar al cónyuge y a los hijos menores aparece clara si se observa que en el artículo 47 (que se ocupa de las causas de desafectación) se contempla

la posibilidad de continuidad después de la muerte del constituyente o en caso de separación o divorcio, únicamente cuando hubiere hijos menores. Con ello se elimina la posibilidad de que la afectación subsista únicamente en favor del cónyuge viudo no propietario y menos en favor de otros parientes que pudieren de hecho vivir bajo la protección del constituyente.

c) Objeto.

Según el artículo 46 del Código de Familia los beneficios del régimen de patrimonio familiar *"...se aplicarán 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 de esta última extensión. . ."*

En esta norma observamos primeramente que solo los inmuebles pueden ser objeto de afectación. Se excluye, como en la mayoría de las legislaciones, los bienes muebles, significando esto un retroceso en relación con lo que disponía sobre ello la derogada Ley de Patrimonio Familiar de 1968, en la que sí se disponía la inembargabilidad relativa de los bienes muebles que estuvieren en el inmueble destinado a habitación familiar.

En este aspecto es recomendable que se admitan como objeto de afectación de bien de familia, algunos bienes muebles, los indispensables para la vida normal de la familia, sin satisfacer eso sí, lujos innecesarios. La reciente reforma al Código Civil sobre inembargabilidad del menaje de casa, ha subsanado en parte esta omisión.

En la zona rural puede afectarse tanto la casa de habitación como la parcela destinada a la subsistencia de la familia; en cuanto a esta última no se impone en nuestro caso la obligación de cultivarla por la propia familia beneficiaria.

No se admite en nuestro derecho la afectación de otros bienes que se exploten en beneficio de familia, como fábricas, talleres o establecimientos comerciales. Como sí se admite en Francia.

No se dice nada en el Código sobre la posibilidad de afectar un bien hipotecado, o si por el contrario para ello debe estar el bien libre de gravámenes. Sin embargo, dado que no hay norma expresa que lo prohíba creemos que sí podría constituirse patrimonio familiar sobre un bien

hipotecado, dejando a salvo la ejecución del mismo en garantía de esos créditos anteriormente constituidos. Nótese que el artículo 42 habla de la imposibilidad de ejecutar que tienen los acreedores personales del propietario, pero permite el embargo de los bienes por obligaciones adquiridas por el propietario antes de la afectación.

Este punto es importante, por cuanto tratándose de familias de pocos recursos, por lo general su único patrimonio, su casa de habitación, se encuentra gravado por obligaciones derivadas de su adquisición. Prohibir la afectación de bienes hipotecados, eliminaría la posibilidad de la misma para las familias más necesitadas de ella.

Tampoco prevé nuestra ley la protección de los bienes en casos de subrogación de los mismos por seguros de incendio o expropiación, lo cual es sumamente importante, pues si el dinero proveniente de las indemnizaciones correspondientes viene a sustituir el bien, y si éstos se encontraban gozando de una protección especial contra la persecución de terceros acreedores, aquellas sumas deberían gozar de igual privilegio, por lo menos por un lapso prudencial de tiempo, mientras se invierten en nuevas propiedades; por ello es un aspecto que debe considerar toda ley de patrimonio familiar.

d) Administración y actos de disposición.

En cuanto a la administración del bien afectado como patrimonio familiar no dispone nuestro Código de Familia absolutamente nada. Las normas a seguir serán entonces las comunes, de donde se deriva que la administración del bien continuará en manos del cónyuge propietario constituyente, quien conserva la propiedad del mismo.

El cónyuge no propietario, aunque participa en la constitución del régimen, no adquiere derecho en la administración, pues no se da una comunidad real del bien con el otro cónyuge.

La administración por parte del propietario será libre, ya que no hay ninguna norma que le imponga limitaciones, ni en cuanto al uso del bien, ni en cuanto al empleo de los frutos, si los hubiere.

Además no se prevén sanciones de ningún tipo para el caso de mala administración, ni se contempla la posibilidad de sustitución del administrador, lo cual es muy necesario.

Para el caso de incapacidad o interdicción, deberíamos atenernos a lo dispuesto en las normas comunes civiles, pasando la administración del bien al curador.

No obstante lo dicho anteriormente respecto a

la libertad en la administración por parte del propietario, podría hablarse de algunas limitaciones implícitas, como podría ser la imposibilidad de arrendar el bien derivada de lo dispuesto en el artículo 47 respecto a las causas de desafectación entre las que se incluye el caso de que el bien de familia deje de servir para habitación familiar o pequeña explotación.

Creemos que deberían considerarse algunos casos en que fuera posible el arrendamiento del bien, por ejemplo en caso de necesidad urgente de la familia de trasladarse a otro sitio, lo cual permitiría la movilidad de la población y el ascenso en la estratificación social.

Por otra parte, como nada se establece respecto al empleo de los frutos, éstos podrían ser empleados por el propietario para otros fines distintos del sustento de la familia y no hay sanción dispuesta para ese caso, ni medida contraria alguna. Tampoco se dispone nada respecto a la inembargabilidad de los frutos en determinados casos, o en montos establecidos, lo cual sería también una buena medida complementaria, a los fines de la institución.

Para el caso de continuidad de la afectación por separación o divorcio, se presenta un problema, pues la misma tendría que ser pactada por ambos cónyuges, pero si el bien es ganancial se crearía entonces una comunidad real sobre él en razón del derecho sobre los gananciales que tendría el cónyuge no propietario, y porque al mantenerse la afectación, el bien no se incluiría en la liquidación de bienes. La administración del mismo tendría que ser entonces común, salvo pacto en contrario, lo cual resultaría ilógico en cuanto al cónyuge que no lo habitara.

De otro lado, si el bien no fuese ganancial sino propio del constituyente, la administración del mismo podría quedar en sus manos aun cuando no lo habitara, en tanto que los beneficiarios directos, no tendrían ninguna facultad de disposición ni de administración sobre el mismo.

Creemos que en estos casos lo que se debería establecer es una indivisión forzosa del bien y la continuidad del régimen de pleno derecho mientras hayan hijos menores, quedando la administración del mismo, por disposición legal, en menos de aquel que continuara habitándolo junto con los menores.

Para el caso de continuidad después de la muerte de uno de los cónyuges, el bien podrá quedar afectado si así se dispusiere conforme a la ley, pero la administración correspondería al alba-

cea de la sucesión y no al cónyuge supérstite (caso de que no fuere él el albacea). Esto también resulta ilógico pues si el albacea no fuere el cónyuge supérstite, entonces tendría la administración del bien afectado un tercero no beneficiario.

De lo que llevamos dicho se ve claramente lo importante del capítulo relativo a la administración del bien, pues debe legislarse para un caso especial de propiedad y posesión, que debe sustraerse, para la mejor consecución de los fines buscados, a una serie de normas comunes que le resultan inaplicables o que desvirtúan su finalidad. De ahí que se haga necesaria la promulgación de normas precisas en este punto.

En cuanto a los actos de disposición, éstos solo están sujetos al requisito del consentimiento del otro cónyuge en los casos de enajenación o gravamen. (Artículo 42 del Código de Familia). Puede ser pues, enajenado, y gravado y aparte de la limitación dicha, no existe ninguna otra respecto a la clase de gravámenes autorizados ni a la necesidad de la enajenación. Con ello las principales características del patrimonio familiar, indisponibilidad e inembargabilidad, quedan prácticamente desvirtuadas.

La posibilidad de disposición puede ser inter vivos o mortis causa y cuando se hace a favor del cónyuge o uno de los hijos, el traspaso está exento del pago de los impuestos correspondientes hasta por la suma de trescientos mil colones. (Artículo 44 del Código de Familia) (24).

No se exige para la enajenación la previa desafectación del bien, ni se incluye como causa necesaria de ella, el traspaso del mismo. Sin embargo, al decir el Código que otra de las causas necesarias de desafectación se da cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, incluye así tácitamente el traspaso del bien como causa de desafectación, de modo que el nuevo adquirente no podría adquirirlo con el gravamen dicho, sino que tendría que hacerlo de nuevo, si quisiera disfrutar de sus beneficios.

Por otra parte, por la naturaleza misma del acto, creemos que en el caso del traspaso mortis causa, se hace inoperante la intervención del cónyuge no propietario, pero si bien podría darse libremente la facultad de disposición del bien por parte del causante, tales actos, en cuanto a su efectividad, quedarían condicionados por el derecho

del cónyuge supérstite de disponer la continuidad del régimen si hubiese hijos menores, con lo que cualquier donación o legado quedaría en suspenso hasta tanto los hijos no alcanzaren la mayoría de edad.

En cuanto a la facultad de gravar el inmueble, ésta permanece en manos del propietario, aunque para la validez del acto se requiere el consentimiento del otro cónyuge. Este consentimiento no lo constituye sin embargo en codeudor de la obligación, según nuestro criterio, dado que se da únicamente para efectos de que la inembargabilidad que deriva del régimen no opere en esos casos, pero no implica responsabilidad para el no propietario.

En cuanto a los créditos personales de ambos cónyuges, opera la inembargabilidad para aquellos que hubieren sido hechos individualmente o por el propietario después de la inscripción del gravamen, pues para que pueda perseguirse el bien en cobro de esas obligaciones, éstas han debido asumirse conjuntamente por ambos cónyuges.

La indisponibilidad relativa del bien y la inembargabilidad son los dos puntos fundamentales que definen el patrimonio familiar. Con el primero de ellos, se pretende limitar al máximo la posibilidad de disposición del bien, por parte del propietario, para proteger a los miembros de la familia de los actos imprudentes o dolosos de éste. De aquí que la mayor parte de las legislaciones impone limitaciones serias a las facultades de disposición y solo permite la enajenación en casos calificados de necesidad o utilidad que vienen a ser valorados, ya no subjetivamente por el propietario, ni por los otros miembros de la familia, sino objetivamente por el Tribunal de Familia u otra entidad pública. Esto es determinante para que se cumplan los fines del patrimonio familiar ya que constituye una autolimitación que se impone al propietario en beneficio de su familia, autolimitación que debe ser real y no solo aparente, como sucede en nuestro derecho, en donde solo se exige como requisito para la enajenación el consentimiento del cónyuge, aun en perjuicio de los hijos menores, que siendo beneficiarios del régimen, no son tomados, en cuenta para estos actos que les perjudican. Para la imposición de gravámenes debe decirse lo mismo, ya que si ésta se permite fácilmente y la inembargabilidad no opera respecto de esas obligaciones contraídas conforme a la ley, la protección del bien se reduce en mucho.

(24) Estos impuestos fueron derogados por la llamada Ley de Timbre de Cultura, No. 5923 de 5 de agosto de 1976.

e) Afectación y desafectación.

La afectación del bien en nuestro derecho tiene carácter voluntario. Es el propietario del mismo quien libremente decide gravarlo para beneficio suyo y de su familia.

El acto debe constar en escritura pública, que deben otorgar ambos cónyuges, la cual surte efectos a partir de su inscripción en el Registro Público. (Artículo 43 del Código de Familia). Esta obligada participación del cónyuge no propietario en la afectación y otros actos relativos al bien, hace que se hable del establecimiento de una "copropiedad especial" entre los cónyuges derivada de la afectación (25), pero ésta en realidad no se da puesto que el cónyuge no propietario no adquiere con esa participación ningún derecho de propiedad sobre el bien, ni ninguna otra facultad sobre el mismo.

La constitución de patrimonio familiar no crea una copropiedad real entre ambos cónyuges sobre el bien afectado. Ciertamente, para la afectación, así como para la desafectación voluntaria, se exige la participación del cónyuge no propietario, pero ello no crea derechos para éste, pues la propiedad continúa en manos del propietario, así como los derechos de administración y usufructo. El cónyuge no propietario únicamente adquiere, en nuestra opinión, un derecho de fiscalización sobre determinados actos del propietario, como serían la enajenación o el gravamen del bien afectado, pero no impide otros actos de administración, ni le permite realizar por sí solo ningún acto propio del dominio sobre el inmueble destinado a patrimonio familiar.

Se dice también que el titular del bien afectado conserva la nuda propiedad y puede por ello traspasar inter vivos o mortis causa a su cónyuge, a uno o a varios hijos la nuda o la útil propiedad (26).

Mas esto no es exacto, porque el propietario conserva íntegro su derecho de propiedad (excepto

en el caso de la donación), con algunas limitaciones relativas a los requisitos necesarios para algunos actos, sin que pierda su dominio sobre el bien. Esto es así porque los beneficiarios no adquieren un derecho personal de uso o habitación, ni de usufructo, sino la posibilidad de demandar los beneficios de la inembargabilidad en un momento dado, posibilidad que en nuestro derecho no aparece claramente definida.

De otra parte, para la desafectación se ha dicho que existen tres posibilidades básicas en nuestro derecho: a) cesación "voluntaria", por mutuo acuerdo de los cónyuges; b) cesación "necesaria", cuando falta alguno de los presupuestos necesarios para la afectación, y c) cesación "legal" en los casos de separación judicialmente decretada o por divorcio (27).

La desafectación o cesación voluntaria del régimen es un grave defecto más de nuestra ley en esta materia. Ya hemos dicho muchas veces que la autolimitación del propietario debe ser real y no sujeta a cambios puramente subjetivos de motivación o interés. Únicamente en casos muy clasificados de necesidad debería autorizarse la desafectación, o en caso de mala conducta de los beneficiarios que pudieran justificar la revocatoria del beneficio.

Además debe tenerse en cuenta el interés de los hijos menores para la desafectación del bien, para lo cual debería nombrarse un curador ad hoc o procurar la intervención del Tribunal de Familia o del Patronato Nacional de la Infancia.

Para este modo de desafectación se necesita también escritura pública suscrita por ambos cónyuges y la posterior inscripción, al igual que para la afectación. (Artículo 47 inc. a del Código de Familia).

La cesación necesaria surge cuando falta alguno de los requisitos señalados para la existencia del régimen; el Código contempla expresamente dos casos: la muerte de alguno de los cónyuges y cuan-

(25) PEREZ V., Víctor, *El nuevo derecho de familia en Costa Rica*, Editorial U. de C.R., 1976, pág. 40. El autor sin embargo ha aclarado: "Si bien es cierto que 'formalmente' el bien tiene un único titular, substancialmente de ambos dependen las 'facultades de disposición' del bien. Evidentemente no se trata de una copropiedad en el sentido técnico tradicional del término. Su 'especialidad' deriva precisamente de que, a pesar de existir una titularidad formal única, la disposición del bien depende en definitiva, del consentimiento del otro cónyuge interesado. Se trata de un titular de intereses jurídicos sobre el bien y, como sabemos, los intereses jurídicamente relevantes son la base de los derechos subjetivos, por lo que en conclusión, ambos cónyuges tienen situaciones jurídicas sobre el bien, siendo por ello 'co-propietarios', o si se quiere, 'co-titulares' de los mismos".

(26) TREJOS, Gerardo, *El régimen patrimonial de la familia*, Fascículo mimeografiado para uso del Congreso Jurídico Nacional, 1975, pág. 26.

(27) PEREZ, Víctor, *supra* nota 25, pág. 39.

do el bien deje de servir de hecho para habitación familiar o pequeña explotación. (Artículo 47 inc. b y párrafo penúltimo).

No se contempla otros casos de cesación forzosa como podría ser la expropiación o la ejecución del bien por obligaciones legalmente contraídas; tampoco se contempla el caso de reivindicación del bien.

La muerte de uno de los cónyuges como motivo de desafectación necesaria o forzosa es otro error de la ley, ya que es éste uno de los momentos en que más protección y cohesión necesita la familia. El error se trata de atemperar al disponerse que es posible la continuidad del régimen si así lo decidiera el cónyuge sobreviviente y hubiere hijos menores; pero ello deja de nuevo al arbitrio del cónyuge la decisión, sin tomar en cuenta a los menores, y a la vez excluye al cónyuge supérstite del beneficio si queda viudo y sin hijos.

Para este caso la continuidad de la afectación debería ser de pleno derecho mientras esté alguno de los beneficiarios en las condiciones de necesidad originales, requeridas por la ley; caso del cónyuge supérstite, hasta su muerte; caso de los menores, hasta su mayoría.

Finalmente, la desafectación que se llama "legal", es aquella que surge como consecuencia de la separación o el divorcio de los cónyuges. (Artículo 47 inc. c del Código de Familia). También aquí se contempla la posibilidad de continuidad del bien cuando hubiere hijos menores, la cual debería disponerse por convenio de ambos cónyuges. (Artículo 47 párrafo final del Código de Familia).

Tampoco consideramos convenientes que la posibilidad de continuación del régimen opere aquí sujeto a la voluntad de los cónyuges únicamente. Lo que debería disponerse es que el bien destinado a habitación familiar debe ser excluido de la masa de bienes sujeta a liquidación a la disolución del vínculo o al momento de la separación, y deberá adjudicarse al cónyuge a cuyo cargo queden los hijos, manteniendo la afectación original todas sus consecuencias hasta la mayoría de éstos. O bien, como se ha sugerido, agregar la continuidad en estos casos, además por convenio de los cónyuges, por decisión judicial (28).

f) Regímenes sucesorio e impositivo.

Nuestro Código incluye algunas normas especiales en cuanto al régimen impositivo, pues libera del pago de impuestos y de derechos de Registro el acto de afectación y desafectación del bien. (Artículo 43); el traspaso que se hiciere inter vivos o mortis causa, a favor del cónyuge, de uno o varios hijos, está exento del pago de los impuestos de Beneficencia, Donaciones y Timbre Universitario, pero esta norma en realidad ha quedado inoperante al haberse derogado estos impuestos por Ley No. 5923 de 5 de agosto de 1976 (Ley de Timbre de Educación y Cultura).

En cuanto al régimen sucesorio no existen normas concretas al respecto, pero de lo dispuesto en el artículo 47, que permite la continuidad del régimen en caso de muerte de uno de los cónyuges, si así lo dispusiere el sobreviviente y hubiere hijos menores, se desprende que indirectamente se introduce un cambio en las normas sucesorias comunes, en el tanto en que se sustrae el bien del acervo común de los herederos y se pospone su adquisición hasta la mayoría de los hijos.

Esto no quiere decir sin embargo que al propietario se le restrinja su facultad de disposición del bien, sino que esas disposiciones solo entran en vigencia cuando el bien haya cumplido el fin a que está destinado, pues la ley no dispone una indivisión forzosa de dicho bien o reserva legal para determinados herederos, sino simplemente una continuidad del régimen mientras haya menores de edad. Sin embargo, como comentamos antes, aparece el defecto de dejar a la decisión del cónyuge supérstite la posibilidad de esa continuidad, cuando la indivisión debería ser imperativa.

Por otra parte, el artículo 44 permite el traspaso mortis causa del bien a favor del cónyuge o en favor de uno o varios hijos. Esta norma es contradictoria con la que permite la continuidad del régimen, dado que si es permitido el traspaso mortis causa a favor de un hijo, el mismo quedaría condicionado a la decisión del cónyuge supérstite respecto a disponer o no la continuidad. Creemos que la validez del traspaso a favor de un hijo podría imponerse al derecho del cónyuge supérstite, si el mismo fuese condicionado a que se mantenga

la afectación, ya sea a favor del hijo y su familia o de los otros beneficiarios que disfrutaran de los privilegios del mismo.

También debería considerarse la posibilidad de muerte simultánea de los dos cónyuges, en cuyo caso, de existir menores, la continuidad del régimen debería ser imperativa, excluyéndose el bien del acervo hereditario y exigiéndose su indivisión, hasta la mayoría de aquellos.

3. Instituciones de Derecho Público Relacionadas.

Hemos visto al inicio de este capítulo (29) cómo el problema del aseguramiento de la vivienda y sustento de la familia, que se plantea de forma prominente a los estados, ha tenido diversas soluciones; desde el punto de vista legal, se ha intentado por una parte, la solución del mismo a través de un fortalecimiento y protección especial del tradicional derecho de propiedad y las facultades inherentes a él, instituciones propias del derecho privado; por otra parte, el Estado ha intervenido también valiéndose del derecho público, asumiendo por medio de instituciones públicas especializadas, una función tutelar de las familias en el campo habitacional. Esta función se ha extendido tanto al campo urbano como al rural.

En nuestro análisis introductorio del tema vimos también la existencia en muchos países, tanto europeos como americanos, de numerosos organismos públicos cuya función se orienta a la consecución de un óptimo nivel en el campo de la vivienda popular.

Nuestro país no es ajeno a esta corriente de derecho público.

Contamos con dos instituciones públicas cuyos fines y medios de acción nos permiten encastrarlos dentro de este grupo de instituciones estatales relacionadas con el aseguramiento de un patrimonio familiar mínimo.

Así, a la par de las leyes de orden privado que hemos comentado, contenidas en el Código de Familia, que establecen la posibilidad de aseguramiento del patrimonio familiar facilitando una acción voluntaria del propietario en ese sentido, encontramos otras mediante las cuales el Estado prevé a las familias del inmueble mínimo requerido para su habitación y sustento, sometiendo esta

propiedad adjudicada a limitaciones especiales tendientes a impedir su traspaso o gravamen, al menos por un tiempo, limitaciones de carácter imperativo y no facultativo, que podrían permitirnos hablar de un patrimonio familiar de pleno derecho.

Estas instituciones llenan así de un modo obligatorio, la misma función de aseguramiento del bienestar de la familia, que cumple el patrimonio familiar en el ámbito privado, siendo de gran importancia porque sus efectos se proyectan sobre todo en las clases de menos recursos, las que, por no tener bienes, estarían impedidas de hacer uso de las normas de orden privado de carácter voluntario, que suponen la existencia de un propietario.

Las instituciones a que nos referimos son el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) y el Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), las cuales, a través del llamado contrato de adjudicación en venta de los llamados contratos de aparcería rural, respectivamente, intervienen y participación en la creación de patrimonios mínimos para las familias de escasos recursos.

1. El Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (adjudicaciones en venta de viviendas).

El INVU, como se conoce a este Instituto, actúa fundamentalmente en el campo urbano. El mismo fue creado por Ley No. 1788 de 24 de agosto de 1954. Su constitución tuvo sin embargo algunos antecedentes de intervención estatal en el campo de la vivienda, como fueron la Junta Nacional de la Habitación, creada por Decreto Ejecutivo No. 10 de 13 de marzo de 1939, la Cooperativa de Casas Baratas "La Familia", creada por Ley No. 190 de 14 de agosto de 1942 y el Departamento de Habitación de la C.C.S.S., que operó de 1946 a 1954, fecha esta última en que se creó el INVU (30). Estas entidades, lo mismo que el INVU, fueron creadas como una respuesta del gobierno a la creciente necesidad de vivienda que se manifestaba en el país ya desde esta época.

Su propósito fundamental era ayudar a la solución del problema de falta de casas de habitación, proporcionando a las familias que carecieran de alojamiento adecuado los medios necesarios para que adquirieran vivienda con sus propios recursos.

(29) Supra pág. 3.

(30) Véase sobre esto: MURILLO ELIZONDO, Marciano, *El contrato de adjudicación en venta del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1976.

En cuanto a la Junta y las Cooperativas de Casas Baratas, su labor se concretó fundamentalmente a administrar los fondos que el Estado les suministraba o que recogían de los particulares con ese fin, adjudicándolos por medio de préstamos especiales a las personas que reunieran los requisitos establecidos para gozar del beneficio.

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 (31).

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.

Esta finalidad social se manifiesta también en algunos requisitos señalados para ser beneficiado con estas adjudicaciones, como ser jefe de familia o tener a su cuidado otros parientes que constituyeran una familia y ser de escasos recursos económicos (32).

El contrato de adjudicación en venta del INVU, por su parte, incluye también estos puntos entre sus cláusulas, pero además introduce una variante sumamente interesante relacionada con la titularidad de la propiedad adjudicada, la cual no se otorga a una persona determinada de la familia, sino a ésta considerada en su conjunto. Por ello se contrata con un representante del grupo familiar, que es el directamente beneficiado, pero que no puede actuar como propietario absoluto del bien, ya que el mismo es una copropiedad de los miembros de la familia que aparecen como beneficiarios.

En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia y se ha entendido así en los trámites administrativos seguidos ante el INVU.

Por ejemplo, en un caso en que se discutía un

asunto sobre gananciales, se consideró que si la adjudicación de la vivienda había sido hecha a favor del grupo familiar, la misma correspondía no solo al marido sino también a la esposa, ello a pesar de que el contrato de adjudicación o venta lo hubiera celebrado una sola persona, el representante (33).

De otra parte, se ha dicho también que el hecho de que el INVU nombre a una persona "representante familiar" para los trámites derivados de adjudicación de vivienda, no lo constituye en propietario del bien "porque el representante familiar, como la misma expresión lo indica, concede una personería o representación legal, pero no propiedad" (34).

Las limitaciones impuestas a las facultades del adjudicatario, en tanto no llega a ser propietario definitivo del bien, relativas a la imposibilidad de enajenar, gravar o arrendar el bien, sumado a este particular aspecto de la titularidad de la propiedad, permite ubicar, a nuestro juicio, tal contratación dentro de las formas legales creadas con el fin de procurar habitación básica segura al grupo familiar, o sea un patrimonio familiar.

2. El Instituto de Tierras y Colonización (los contratos de aparcería rural).

El Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), fue creado por Ley No. 2825 de 14 de octubre de 1961 (reformado posteriormente por otras leyes). Entre sus fines encontramos algunas manifestaciones importantes en relación con el tema en estudio.

Se dice por ejemplo, que uno de sus fines es "determinar que la propiedad de la tierra se debe promover para el aumento gradual de su productividad y para una justa distribución de su producto. . .", (artículo 1 inc. 1); también "vincular al ciudadano a un régimen sano de posesión de la tierra", (artículo 1 inc. 2). Mediante la ley se garantiza al ciudadano, entre otras cosas " . . . el derecho a ser dotado en propiedad de tierras económicamente explotables", (artículo 2 inc. 1).

Como se observa del estudio de las normas

(31) Idem. págs. 47, 52, 54 y 68.

(32) Idem. pág. 47.

(33) Sentencia de la Sala Primera Civil, No. 39 de 8:00 hrs. del 22 de noviembre de 1974. (Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 221, pág. 232).

(34) Sentencia de la Sala de Casación, No. 136, de 16:30 hrs. del 5 de noviembre de 1975. (Revista Judicial, No. 3 pág. 83).

dichas, la labor del ITCO se realiza en el medio rural. Tiene como propósito fundamentalmente propiciar una justa distribución de la tierra y fomentar planes de colonización en zonas estratégicas; sin embargo, concomitantemente se procura dar al campesino la tierra necesaria para que obtenga su sustento y garantizar su habitación. Inclusive, como complemento de esas actividades de parcelación y colonización, el Instituto puede construir viviendas en zonas rurales trabajando coordinadamente con el INVU, como una contribución al mejoramiento de las condiciones de vida del campo, (artículos 57 y 156).

El medio utilizado por el ITCO para dotar a las familias del predio rural básico para su sustento, es el llamado contrato de aparcería rural. Mediante él se adjudica una parcela de tierra a un interesado, quien no debe poseer tierras y debe comprometerse, entre otras cosas a trabajarla personalmente y con sus descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad, que vivan con él. (Artículo 62 inc. c, aparte segundo).

A cada beneficiario solo puede adjudicarse una parcela, la cual puede ser de mayor o menor extensión según el número de hijos y de personas que estén a cargo del adjudicatario, (artículo 64).

Inicialmente se entrega la parcela con un título de posesión provisional el cual regirá por un tiempo dado, después del cual se otorgará el título de propiedad, (artículo 65).

Como medidas de protección del patrimonio adjudicado, se establecen prohibiciones semejantes a las que vimos en el contrato de adjudicación en venta del INVU, impuestas ahora durante el término en que los beneficiarios no hayan cancelado las obligaciones adquiridas con el ITCO. Así, el beneficiario no puede traspasar el dominio de su predio ni gravarlo, arrendarlo o subdividirlo sin autorización del ITCO. Tampoco puede sin esa autorización, gravar las cosechas, semillas, animales, enseres, útiles o equipos necesarios para la explotación de la parcela (artículo 67).

Respecto a estos bienes se establece además que no podrán ser objeto de medidas judiciales, preventivas o ejecutivas, por terceros o acreedores, antes de que los parceleros hayan cancelado sus obligaciones con el Instituto, (artículo 68 inc. 3).

La explotación indirecta de la parcela, el destinarla a fines distintos de los previstos en la ley, o su abandono injustificado, son causas, entre otras, que facultan al ITCO para revocar la adjudicación, (artículo 4 apartes a, b y d).

Además de todas estas medidas tendientes a conservar en manos del beneficiario el inmueble adjudicado, para evitar la excesiva concentración o subdivisión de las tierras, a la vez que para proteger el núcleo familiar, se añade otra con la cual se trata de garantizar la integridad de la parcela en caso de fallecimiento del parcelero.

En estos casos, si el beneficiario muere antes de que se hubiesen cancelado todas las deudas con el Instituto, éste está facultado para aprobar o autorizar los trasposos del inmueble a uno o varios de los herederos, ya sea aquel que fue instituido por el causante, o los que estando en sus mismas condiciones se comprometan a continuar en conjunto la explotación de la parcela, como una unidad familiar; en caso de que ninguna de estas personas pudiera hacerse cargo de la parcela, el ITCO está autorizado para adjudicarse el bien, (artículo 69).

Como podemos observar, las características de que se rodea el contrato de aparcería rural, lo asemeja en mucho al patrimonio familiar español, estando ambos sistemas orientados básicamente al fomento de la empresa agrícola.

Como institución protectora de la familia, este tipo de intervención estatal tiene algunas ventajas sobre el patrimonio familiar del derecho privado. Observemos por ejemplo, que el tamaño de la parcela no está predeterminado sino que varía según el número de hijos o personas que dependan del adjudicatario, en contraste con el patrimonio familiar del derecho civil que señala en diez mil metros cuadrados la extensión máxima de la parcela afectable.

Por otra parte, la inembargabilidad relativa se extiende no solo al inmueble propiamente dicho sino también a los implementos necesarios para su explotación, así como a sus frutos y semillas. Estas medidas serían también recomendables para el caso de la afectación voluntaria del propietario privado, en la zona rural.