



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LEGITIMACIÓN PARA AFECTAR UN BIEN A PATRIMONIO FAMILIAR

SUMARIO:

1. CONSTITUYENTE DEL PATRIMONIO FAMILIAR
2. CÓDIGO DE FAMILIA
3. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN A PATRIMONIO FAMILIAR EN NUESTRO DERECHO DE FAMILIA
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA UNIÓN DE HECHO

El presente informe se refiere a consideraciones de carácter general sobre el Instituto de la Afectación a Patrimonio Familiar de acuerdo a la legislación de Costa Rica y específicamente al hecho de que únicamente el propietario de un bien puede realizar dicha afectación a favor del cónyuge o conviviente con lo cual dejaría por fuera a terceras personas como lo sería una sociedad.



DESARROLLO

1. CONSTITUYENTE DEL PATRIMONIO FAMILIAR

"Como dijimos antes, el Código de Familia no especifica con claridad cada uno de los aspectos fundamentales del patrimonio familiar, entre ellos quien 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. 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 posibilidad de que el padre soltero viudo pueda constituir el gravamen a favor de sus hijos u otros beneficiarios."¹

2. CÓDIGO DE FAMILIA²

ARTÍCULO 43.- Forma de hacer la afectación, inscripción, efectos, exención fiscal.

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 ni de derechos de registro.

3. ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN A PATRIMONIO FAMILIAR EN NUESTRO DERECHO DE FAMILIA

"II.- ACERCA DE LA AFECTACION DE LOS BIENES A PATRIMONIO FAMILIAR: La doctrina define este tipo de afectación como "...una institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en puridad, opera autónomamente y se rige por normas propias. Esta afectación se da sobre un inmueble urbano o rural para la satisfacción de las necesidades de sustento y de la



vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se le sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo su embargo o enajenación. (MAZZINGHI, Alfredo. "TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA". Tomo 2, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 588). De esta definición, se desprende que esa afectación busca preservar el hogar familiar, poniéndolo a cubierto, no solo de la ejecución por las deudas contra el cónyuge que constituye la afectación, sino también de los eventuales actos de disposición que él mismo quisiese realizar respecto del bien afectado. III.- LAS REFORMAS LEGISLATIVAS INTRODUCIDAS AL REGIMEN DE AFECTACION A PATRIMONIO FAMILIAR: Definida la figura de la afectación a patrimonio familiar en la doctrina, cabe ahora indicar cómo se regula esta figura jurídica en nuestra legislación. Inicialmente, los artículos 42, 43 y 47, inciso c), del Código de Familia establecían: "ARTICULO 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". "ARTICULO 43. (Forma de hacer la afectación; inscripción; efectos; exención fiscal). La afectación del inmueble, así 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 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.". "ARTICULO 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 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". Sin embargo, la reforma a esas disposiciones no formaban parte del proyecto inicial de la ley 7142, sino que fueron introducidas en el mismo gracias a un informe elaborado por las Licenciadas E.F.V. y M.R.A. -quienes fungían como Asesoras Parlamentarias de la Asamblea Legislativa-. Tal informe que, a la postre fue tomado en cuenta en su totalidad para las modificaciones legislativas que nos



interesan, recomendaba la variación de los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia, a fin de que los mismos guardaran relación con el artículo 7 de la Ley 7142, el cual, originalmente, establecía: "ARTICULO 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".(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"). Ahora bien, continuando con los motivos que incidieron en las reformas en comentario, dentro de las recomendaciones efectuadas por dichas Asesoras Parlamentarias se indicó lo siguiente: "...La posibilidad de que se constituya patrimonio familiar conforme a las reglas del Código de Familia, solo (sic) existe si hay 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: ARTICULO 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: ARTICULO 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: "ARTICULO 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 serán 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 introducidas por los legisladores en la ley 7142. Ahora bien, de la sola lectura de esas disposiciones normativas, 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 ibídem, 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 ibídem -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 numeral 47 ibídem, la afectación se extingue con la muerte con la mayoría de edad de los beneficiarios y quizás lo más trascendental, es posible su continuación -ante la separación judicial o el divorcio de los cónyuges-, mientras haya beneficiarios con derecho.

IV.- LA INTERPRETACION DE LA AFECTACION EN CASO DE NO INDICACION DE LOS BENEFICIARIOS: Del análisis de esa normativa y de las motivaciones de su promulgación, se aprecia que la intención del legislador no fue la de restringir el instituto jurídico de la afectación del inmueble a patrimonio familiar, sino más bien, ampliar el espectro de su aplicación para todo tipo de propietario, independientemente de su estado civil y, consecuentemente incluir como beneficiarios a los diversos familiares que habiten el inmueble. No obstante, el legislador no estableció ningún tipo de disposición en el supuesto de que se de la afectación y, por omisión del propietario, no se indique en forma expresa quiénes son los beneficiarios de la misma. Ante esta circunstancia, no es posible interpretar -como lo hace el Tribunal-, que en este caso, las hijas producto del matrimonio de las partes no se consideran beneficiarias de esa afectación, puesto que, de arribar a esa conclusión, se violentaría el interés social en proteger el bienestar de la familia, el cual es un principio tutelado por el artículo 1 del Código de Familia y, específicamente por el numeral 17, inciso 4), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970-, que en lo que interesa establece que entre las medidas de protección a la familia, "...en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos...". Aún más cuando existe una manifestación de voluntad del actor, como propietario registral, donde determina que la finalidad del inmueble es fungir como "habitación familiar". Por esto, la solución correcta consiste en interpretar las normas que regulan la afectación a patrimonio familiar -conforme al artículo 10 del Código Civil-, teniendo en cuenta el sentido propio de este instituto jurídico, así como sus antecedentes tanto



doctrinarios, como históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. V.- Por ende, para efectuar una correcta interpretación de las normas en cuestión, se debe definir, primeramente el concepto de núcleo familiar que informa nuestro Código de Familia. Al respecto, del contexto de los numerales 1 y 2 de ese Cuerpo de Leyes se extrae que es obligación del Estado el proteger a la familia, por lo que, los principios fundamentales de aplicación e interpretación deben tutelar la unidad de ese instituto, el interés de los hijos y de los menores, y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Sin embargo, dicha tutela no se aplica tan solo a la familia que deviene como efecto del matrimonio, sino también a la que surge con ocasión de la unión de hecho pública, notoria, única y estable -artículo 242 y siguientes del Código de Familia- y; además a aquellos casos en que los vínculos parentales brotan con el solo hecho del nacimiento -puesto que nuestra legislación no diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (numeral 4 ibídem)-, y que conllevan obligaciones alimentarias de los padres para con sus hijos menores de edad o incapaces y viceversa (artículos 164 y 169, inciso 2, ibídem). Bajo esta línea de pensamiento, si el legislador -gracias a la reforma introducida al régimen de patrimonio familiar-, permitió a cualquier propietario de un inmueble disponer de esa afectación a favor de ciertos beneficiarios, ante un supuesto de que no se de la indicación expresa de ellos, el juzgador debe suplir esa omisión, dependiendo del caso específico, interpretando, en principio, que los beneficiarios de esa afectación son los hijos menores y mayores de edad que requieran alimentos, estos últimos dentro de las circunstancias establecidas por el numeral 173, inciso 6, ibídem, así como el cónyuge o la cónyuge, o el conviviente o la conviviente de hecho, siempre y cuando todos ellos habiten el inmueble afectado, dado que la familia tiene una esfera especial de protección en nuestra legislación. VI.- Por otro lado, tratándose de la hipótesis de un propietario que no se encuentra casado ni en unión de hecho, debe interpretarse que los beneficiarios, en caso de existir, serán sus hijos menores y mayores de edad -éstos últimos sujetos a las especiales circunstancias indicadas en el anterior considerando- que habiten el inmueble, puesto que ellos también gozan de un interés jurídico superior sujeto a una protección especial. Tal interés superior, encuentra su fundamento en el artículo 5 del Código de la Niñez y de la Adolescencia y, específicamente, en cuanto al derecho de permanencia en el hogar en el numeral 30 de ese Cuerpo de Leyes que, en lo que interesan disponen: "ARTICULO 5.- INTERES SUPERIOR: Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de



dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal...". "ARTICULO 30.- DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca." [...]. Así las cosas, únicamente, ante la no existencia de descendientes del propietario, se podría interpretar que sus ascendientes son beneficiarios de la afectación, siempre y cuando habiten el inmueble afectado."³

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA UNIÓN DE HECHO

"A efectos de la aplicación del artículo 43 de; código de Familia que estipula en lo conducente lo siguiente:

"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..." (lo resaltado no es del original)

Se entenderá que en este caso, **no procede** la constitución de habitación familiar cuando el propietario que afecta, comparece **casado pero separado de hecho, en unión de hecho.** Lo anterior pues en ese caso no se comparece con libertad de estado, por existir un vínculo matrimonial anterior, el cual no se ha disuelto, ni liquidado patrimonialmente.

Al respecto debe tomarse en cuenta el voto de la Sala Constitucional número 3858-99 de las 16 horas 48 minutos de; 25 de mayo de 1999, publicado en el Boletín Judicial número 136 del 14 de julio de 1999, por el que se declara inconstitucional y se anula el artículo 246 del Código de Familia que permitía la unión de hecho entre convivientes impedidos para contraer matrimonio.

El referido voto en lo que interesa dice:

"... Se declara con lugar la demanda y en consecuencia, se anula el artículo 246 del Código de Familia. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe..."

Por lo anterior, los documentos en que se constituya afectación a habitación familiar por parte de convivientes que no tengan aptitud



legal para contraer matrimonio y que se encuentren pendientes de inscripción se les cancelará la presentación en cuanto a ese acto por ser improcedente.”⁴

FUENTES CITADAS

-
- ¹ TREJOS Salas, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1982. pp. 241-242. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 346.2 T787d).
- ² Código de Familia. Ley N° 5476. Costa Rica, 21 de diciembre de 1973.
- ³ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 98-169.FAM de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.
- ⁴ Registro Nacional de la Propiedad. Circular BI-043-99 de 29 de octubre de 1999.