



LA DESAFECTACIÓN DEL RÉGIMEN DE PATRIMONIO FAMILIAR

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Régimen Patrimonial de la Familia.
Palabras Claves: Patrimonio Familiar, Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 16/08/2013.

Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
La Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar	2
DOCTRINA.....	3
La Desafectación del Patrimonio Familiar y Algunas Consideraciones sobre Posibles Modificaciones a su Perfil	3
JURISPRUDENCIA	6
1. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar por No Constituir el Bien Inmueble Afectado Hogar de la Familia ante Separación Judicial.....	6
2. Caso en el que No Procede la Desafectación del Patrimonio Familiar por Separación de los Cónyuges	8
3. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar por Diligencias de Utilidad y Necesidad.....	9
4. Consideraciones sobre la Forma de Interpretar las Causales de Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar.....	14
5. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar con Beneficiaria Menor de Edad	19
6. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar: Aplicación de Excepciones	21

RESUMEN

El presente Informe de Investigación reúne información sobre la Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar, para lo cual son aportados los extractos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales aplicables a tal diligencia procesal.

De este modo la doctrina realiza un análisis de los supuestos en los cuales es posible solicitar la Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar, que en su momento han sido establecidos por el Código de Familia en su artículo 47.

Mientras que la jurisprudencia ha realizado un análisis de la forma en la cual estos supuestos debe ser aplicados a la resolución de casos concretos resguardando siempre los derechos de los Menores de Edad, lo cual es un principio básico del Derecho de Familia.

NORMATIVA

La Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar [Código de Familia]ⁱ

Artículo 47. **Cesación de la afectación.** La afectación cesará:

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.
- b) Por muerte o mayoría de 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 dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.

(Así reformado por el artículo 28 de la “Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer”, N° 7142 de 8 de marzo de 1990).

DOCTRINA

La Desafectación del Patrimonio Familiar y Algunas Consideraciones sobre Posibles Modificaciones a su Perfil

[Pantoja Murillo, C.G]ⁱⁱ

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.

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, 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 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.”

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 vengán 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 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" 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 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.

JURISPRUDENCIA

1. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar por No Constituir el Bien Inmueble Afectado Hogar de la Familia ante Separación Judicial

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

“III. SOBRE EL FONDO: Los agravios de la recurrente no son de recibo, por lo que se rechazan de forma incólume.

El régimen de afectación de la habitación familiar tiene como fin proteger aquel inmueble que sirva de casa de habitación de familia. A tal efecto se puede constituir a favor de los cónyuges y de los hijos e hijas de la pareja. La principal protección consiste en que el bien no podrá ser enajenado ni gravado, salvo con el consentimiento de ambos cónyuges o vía judicial en caso de desavenencia o cuando los beneficiarios sean menores de edad (ver numeral 42 del Código de Familia).

Además, la afectación también podrá cesar por las causales previstas en el artículo 47 del Código de Familia, que a la letra dice:

"ARTICULO 47. (Cesación de la afectación). La afectación cesará:

a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.

b) Por muerte o mayoría de 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 dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario. "

En el caso que nos ocupa el actor invoca la causal "d" contemplada en el artículo transcrito, ya que afirma que el bien ha dejado de servir como habitación familiar por cuanto las partes se encuentran separadas desde el año mil novecientos noventa y nueve.

Estudiada la prueba testimonial se desprende que todos y cada uno de los testigos fueron contestes en afirmar que las partes se encuentran separadas (ver folios 47 a 52). Asimismo, es importante resaltar que concretamente el testigo K., a folio 49, señaló que doña S. actualmente vive con su compañero y que el actor no usa ni disfruta de la casa. Es más que obvio que la propiedad, en la que habita la recurrente, ha dejado de ser el hogar de la pareja que en algún momento conformaron las partes. Nótese que la misma doña S. admite que el actor y ella no conviven como pareja.

De tal suerte, este Tribunal comparte el criterio de la jueza a-quo al acoger la demanda interpuesta, ya que es evidente que el bien inmueble en cuestión ya no cumple con el rol de ser hogar de la pareja que conformaron en su momento don R. y doña S.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expresado, se aclara a la recurrente que si tiene pretensiones en contra del actor en razón de lo que ella dice ha cancelado por

concepto de créditos hipotecarios, así como por el daño moral que afirma haber sufrido, tendrá que interponer el proceso correspondiente a tal efecto. No siendo competente la especie para discutir tales extremos, ya que la misma se trata de un proceso de cesación de habitación familiar en el cual la apelante es la parte accionada, por lo que claramente no tiene legitimación alguna para solicitar los rubros indicados en el *sub lite*.

En consecuencia se rechaza el recurso de apelación y se confirma la sentencia recurrida."

2. Caso en el que No Procede la Desafectación del Patrimonio Familiar por Separación de los Cónyuges

[Tribunal de Familia]^{iv}
Voto de mayoría

"V. Como hemos dicho, dichos alegatos de expresión de agravios del apelante no son de recibo. En primer término, no ha existido, como bien lo ha señalado el señor Juez de primera instancia, una configuración de los presupuestos de la liquidación anticipada de bienes gananciales que son a la letra del artículo 41 del Código de Familia "que los intereses de éste -del cónyuge- corren el riesgo de ser comprometidos por mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos..."

Respecto a este punto legal no existen planteamientos y mucho menos prueba, razón por la cual la pretensión de liquidación anticipada de bienes gananciales debe declararse sin lugar como lo decidió el señor Juez de primera instancia.

VI.- En cuanto a la cesación de la afectación del bien al régimen de habitación familiar, es evidente que la misma no procede, independientemente, de sí la misma actualmente es solo habitación de la demandada o también lo sea de sus hijos. Primeramente debe considerarse que esta afectación se ha establecido por ley especial, a saber, la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Por otra parte, la causal del inciso d) del artículo 47 del Código de Familia, para la cesación de la afectación presupone circunstancias relativas a cuando "de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación". Es importante señalar que la habitación familiar tiene varias coberturas: a) protección de la vivienda frente a embargos por deudas; b) protección de la vivienda frente a actos de disposición y c) la concreta relativa al destino para habitación familiar. Acá debemos puntualizar que la demandada es beneficiaria de dicho régimen y por ende, si ella vive ahí el destino registral se está cumpliendo, independientemente de que viva ahí o no el actor. Sería un contrasentido, que dicha protección dejara de operar, ante la desunión familiar, pues no puede decirse que la familia deje de existir porque se haya dado una

separación. Estamos hablando de una institución que tiene la protección incluso constitucional y de tratados internacionales, y sería un contrasentido darle una aplicación a ese instituto como el que pretende el apelante. Bien ha hecho entonces el señor Juez de primera instancia en declarar sin lugar también esta pretensión puesto que el derecho antes que avalar la pretensión del actor, la desautoriza. Por ende, lo que corresponde es confirmar la sentencia recurrida. "

3. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar por Diligencias de Utilidad y Necesidad

[Tribunal de Familia]^v

Voto de mayoría

"III. Cuando, como sucede en este asunto, se pretende enajenar, gravar o, en su caso, desafectar un bien sometido al régimen de habitación familiar, los numerales 42 y 47 del *Código de Familia* le imponen a su titular la carga de recabar la autorización de la autoridad judicial competente y regulan el trámite a seguir. Al tenor del primero, *"El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino (...) por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto."* De conformidad con el segundo *"La afectación cesará: / a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho. / b) Por muerte o mayoría de 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 dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario."* En el voto n.º 1841-05, de las 8 horas del 30 de noviembre de 2005, esta Cámara tuvo oportunidad de señalar que *"Cuando se presenta una solicitud ante la sede judicial para que se decrete la desafectación de un inmueble es muy importante tener en cuenta tres aspectos: a) Debe conocerse la diferencia que existe entre la solicitud que formula el propietario de un inmueble sometido al régimen de patrimonio familiar para que se le permita enajenar o gravar el bien, y la cesación de la afectación que se produce por el hecho de que el bien deje de servir, de hecho, para habitación familiar o pequeña explotación. En el primer caso resulta absolutamente indispensable la demostración de la utilidad y la necesidad de la transacción, mientras que en el segundo supuesto, lo que resulta determinante para decretar la cesación de la afectación es la demostración de que el bien ya no es ocupado para la habitación familiar. b) Debe (sic) distinguirse los casos en que la propietaria del bien inmueble es una persona menor de edad, y aquellos otros en que los menores resultan beneficiados con la decisión del propietario -generalmente alguno*

de sus progenitores- de someter el inmueble al régimen de patrimonio familiar. Esto por cuanto no es lo mismo que la solicitud sea presentada bajo el supuesto de que el promovente (sic) es un administrador de los bienes del menor (sic), que aquellos casos en que es presentada por el propietario del inmueble que en algún momento determinado decidió imponer limitaciones a la libre disposición de su bien. c) Hay que discernir en qué casos es necesario que la autorización emane de un órgano jurisdiccional. El artículo 42 del Código de Familia establece que cuando en el Registro Público consta que el inmueble está destinado a habitación familiar, no puede ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviere ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto. Se desprende de dicha norma que cuando el propietario está ligado en matrimonio, la autorización judicial para enajenar o gravar el inmueble no siempre es necesaria.”-

IV. En el sub-lite, la señora A, abogada de profesión, solicitó autorización para segregar, desafectar y gravar un lote de la finca inscrita a su nombre, matrícula de folio real [...], ubicada en [...], sobre la que pesa una afectación a habitación familiar a favor de su hija F (ver libelo inicial de folios 10-12). En el fondo, lo peticionado es, entonces, levantar ese régimen especial de protección patrimonial (ver, al respecto, el voto de la Sala Segunda n.º 169-98, de las 15:30 horas del 15 de julio de 1998, reiterado en el n.º 2007-775, de las 9:35 horas del 12 de octubre de 2007) sobre un área de doscientos cincuenta y tres metros cuadrados. Y, según lo indicó en el memorial antes referido, rotulado como *Diligencias de utilidad y necesidad*, con ello “(...) pretendo darle a mi hija una mejor calidad de vida sin perjudicar la totalidad de su patrimonio.” Así las cosas, para poder otorgar el aval en cuestión es indispensable tener por acreditado, con la prueba pertinente, la utilidad o la necesidad para la niña de la desafectación parcial del bien o, lo que resulta ser lo mismo, del crédito hipotecario (ver, en similar sentido, el voto n.º 1471-07, de las 8:40 horas del 24 de octubre de 2007. Conviene revisar, además, los n.ºs 954-07, de las 10 horas del 19 de julio de 2007; 717-09, de las 10:10 horas del 6 de mayo y 1578-09, de las 8:50 horas del 21 de octubre, ambos de 2009). Como lo acotó este Tribunal en el voto n.º 684-04, de las 11:30 horas del 28 de abril de 2004, “(...) existen dos términos que se deben manejar en este tipo de diligencias como son la “utilidad” y la “necesidad”. La utilidad representa un provecho, un beneficio, una ventaja o una conveniencia. La necesidad, una obligación a (sic) ejecutar algo por las circunstancias, pues las mismas (sic) implican un hacer falta, un requerir, un haber menester, un resultar imprescindible. Estos conceptos caracterizan a estas diligencias de “Enajenación de bienes de menores e incapacitados y otros asuntos en los que se hallen interesados”, al punto que el nombre se ha sintetizado al de “diligencias de utilidad y necesidad.” (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 390-06, de las 19:40 horas del 29 de marzo de 2006; 369-07, de las 11 horas del 7 de marzo de 2007; 954-07, ya citado; 568-08, de las 13:25 horas del 26 de marzo; 1200-08, de las

8:45 horas del 24 de junio; 1246-08, de las 8:30 horas del 30 de junio, estos de 2008; 717-09, ya citado; 1405-10 de las 10:30 horas del 12 de octubre de 2010 y 424-11 de las 10:50 horas del 28 de marzo de 2011).-

V. En esta clase de asuntos, la intervención judicial está orientada, entonces, a comprobar alguno de esos presupuestos y, dependiendo de ello, a decidir si se concede o no la autorización pedida. Sin duda, se está en presencia de un medio para garantizar el derecho fundamental de la persona menor de dieciocho años a disfrutar de una protección especial por parte del Estado y de la comunidad. Por eso mismo, los preceptos que los regulan deben ser interpretados, integrados y aplicados desde el prisma de esa obligación social y estatal en los términos que se derivan del *derecho de los derechos humanos*. Eso quiere decir, ni más ni menos, que la doctrina de la protección integral, cuya formulación definitiva se alcanza con la *Convención sobre los derechos del niño*, ha de respaldar cualquier lectura de ellos y deben ser la fuente de legitimación de cualquier decisión judicial, tanto las de índole procedimental como las relacionadas con el fondo de la gestión. El norte de la labor judicial ha de ser, pues, el deber del Estado de garantizarles sus derechos fundamentales, entre ellos el de petición, la tutela judicial efectiva y la igualdad material. Su mejor interés, entendiendo por tal el disfrute integral e interdependiente de sus derechos subjetivos, es lo que se ha de proteger prioritariamente. Y es medular considerar también la plena vigencia del *Código de la niñez y la adolescencia* y, en particular, sus artículos 3, 8, 114 y 115, así como el mismo *Código de Familia*, que es enfático al demandar en su ordinal 2º que “(...) el interés de los hijos, el de los menores (*sic*) y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales (...)” para su interpretación y aplicación. Y, se insiste, bajo ningún concepto puede perderse de vista su carácter de institución jurídica y social de protección en el momento de recurrir a ella (ver, en similares términos, el voto n.º 1664-10 de las 9:10 horas del 1º de diciembre de 2010).-

VI. Desde el punto de vista procedimental, el *Código Procesal Civil* contempla la “*Enajenación de bienes de menores e incapacitados y otros asuntos en los que ellos se hallen interesados*” como parte de su libro IV, destinado a regular la “*actividad judicial no contenciosa*” y conocida en otras latitudes, no sin suscitar múltiples críticas, como “*jurisdicción voluntaria*” (ver, en igual sentido, los votos n.ºs 226-10, de las 10:40 horas del 9 de febrero de 2010 y 1405-10, antes citado). No se está en presencia, entonces, de actividad jurisdiccional, toda vez que no se persigue la satisfacción de una pretensión en el sentido técnico jurídico del término. Como apunta el procesalista español Jaime GUASP [*Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, tomo II, parte especial, 1977, p. 947]: “*En la determinación de esta naturaleza, es fundamental la reiteración de que la jurisdicción voluntaria no es auténtica Jurisdicción, por no comprender verdaderas actuaciones procesales. Para insistir en esta nota basta con poner de relieve que en la jurisdicción voluntaria no hay ninguna satisfacción de pretensión procesal, porque no pueden plantearse acerca de ella pretensiones*”

*procesales verdaderas. Y aunque se rechazara el concepto de proceso, fundado en la idea de la pretensión procesal, tendrá que llegarse al mismo resultado, pues en la jurisdicción voluntaria no puede verse un conflicto inter partes ni tampoco una protección, actuación o tutela coactiva, de ningún derecho, subjetivo u objetivo.” De ahí que el procedimiento se inicie con una solicitud, que no supone el ejercicio del derecho de acción ni puede ser calificado como un acto de parte que procure la declaratoria de un derecho o de la certeza de una situación jurídica (artículo 121 *ibídem*). Se trata de una típica manifestación del derecho constitucional de petición (artículo 27 de la *Constitución Política*) que, por cuestiones de política legislativa, ha de canalizarse a través de la autoridad judicial competente y da lugar a un mero procedimiento o trámite carente, en principio, de contención. “En el escrito de formulación de ese trámite el titular de la patria potestad debe informar de la transacción que desea hacer (hipoteca, permuta, compraventa, etc.), enunciar la conveniencia de la negociación para los menores (*sic*), y solicitar la respectiva autorización. El juez [o la jueza] verifica la información, oye a la representación (...) del Patronato Nacional de la Infancia, de cualquier otro interesado, y resuelve autorizando o desautorizando el negocio según su entender respecto del beneficio para los menores (*sic*).” (Voto n.º 1600-04, reiterado en los n.ºs 2002-04; 1339-06 y 1405-10, todos ya citados). Y para acreditar los supuestos de hecho que permiten otorgar ese aval es posible recurrir a la prueba pericial o a cualquiera de las otras que se estimen conveniente. En efecto, aun cuando “(...) es lo común que se designe un perito para que valore el inmueble, principalmente en aquellos casos en que lo que se solicita es la autorización para vender la propiedad (...) a ese aspecto concreto es que debe limitarse la participación del experto. El examen de la utilidad o de la necesidad de la enajenación o del gravamen le compete exclusivamente al titular del órgano jurisdiccional, pues precisamente aquí lo que debe aplicarse son conocimientos propios del Derecho y no ajenos a éste (*sic*). Valga la oportunidad para indicar que en no todos los casos en que se presenta este tipo de procesos, el nombramiento del perito debe realizarse para que valore el inmueble. Así, por ejemplo, si lo que se solicita es una autorización para imponer un gravamen hipotecario sobre la finca indicándose que el dinero que se obtendrá del préstamo será invertido en realizar mejoras, el perito lo que debe valorar es precisamente el costo de esas mejoras, pues el análisis que debe hacer el juzgador (*sic*) se referirá a la relación que existe entre el monto por el que se impondrá el gravamen y la suma que debe invertirse para realizarlas. Si se solicita autorización para hipotecar una finca, indicándose que el dinero se requiere para realizar una intervención quirúrgica, por ejemplo, no es necesario nombrar un perito para que valore el inmueble, pues lo que se necesita demostrar es el costo de la operación, para ver si éste (*sic*) corresponde a la suma por la que se pretende hipotecar.” (Voto n.º 1841-05, de las 8 horas del 30 de noviembre de 2005). Adicionalmente, es de rigor apuntar que la decisión de otorgar o denegar la autorización debe fundamentarse en forma debida, para lo cual se ha de evaluar la*

conveniencia del acto dispositivo para la niña o el niño beneficiario, pues, como ya se indicó, la intervención judicial en este ámbito es un instrumento para garantizar la protección efectiva de sus derechos e intereses. Como se apuntó en el voto n.º 49-04, de las 10 horas del 22 de enero de 2004, reiterado en el n.º 1405-10, ya referido, *“A la hora de aplicar el criterio denominado de utilidad y necesidad, el Juez [o la Jueza] debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso: su modo de vida, el proyecto futuro en cuanto a la reinversión planteada y cualesquiera otros elementos, los que apreciados en conjunto, darán cuenta de la necesidad o ventaja de la transacción que se pretende sea autorizada. De ahí que no se considere prudente la autorización de inversiones que podrían indicar algún riesgo o eventualidad, por ser perjudicial para los intereses de la persona menor.”-*

VII. En el *sub-lite*, está acreditado que F, quien cuenta con 11 años de edad (ver certificación de folio 1), es la beneficiaria de la afectación a habitación familiar que pesa sobre el inmueble propiedad de su madre, doña A, matrícula de folio real [...], ubicado en el distrito cuarto [...], que es terreno con una casa de habitación y con una medida total de setecientos noventa y cuatro metros cuadrados (certificaciones de folios 4 y 5). También fue demostrado que la promotora tiene varias deudas pendientes (documental de folios 20, 21, 22, 23, 24) y que percibe mensualmente novecientos noventa y siete mil trescientos nueve colones (₡ 997.309,00) por concepto de salario bruto y doscientos ochenta mil colones (₡ 280.000,00) por el alquiler de la vivienda (folios 14 y 17-19). En ese contexto y de acuerdo con el plano catastrado n.º [...], visado por la Municipalidad de Liberia, se pretende el levantamiento de esa protección sobre doscientos cincuenta y tres metros cuadrados (certificaciones de folios 7 y 16), que serían objeto de segregación y de hipoteca en primer grado a favor del Banco Popular y de Desarrollo Comunal por un crédito de veintiséis millones de colones (₡ 26.000.000,00), pagadero en ciento ochenta cuotas mensuales de trescientos setenta y tres mil setecientos setenta y dos colones con sesenta y cinco céntimos (₡ 373.772,65). Esta Cámara no pone en duda que la así denominada unificación de deudas pueda representar una disminución de las preocupaciones económicas de la gestionante con el consiguiente mejoramiento de su calidad de vida. Sin embargo, no observa la utilidad patrimonial que puede representar para su hija reducir la carga del bien. Y, por más que la actual situación financiera haga aconsejable cancelar los pasivos, tampoco se logra visualizar la necesidad de hacerlo. Es evidente, entonces, que no resulta conveniente ni imprescindible reducir el área del bien destinada a habitación familiar. Así las cosas, las razones invocadas son insuficientes para otorgar la autorización reclamada (cfr. los votos n.ºs 14-04, de las 10:10 horas del 16 de enero de 2004 y 1339-06, de las 11:40 horas del 30 de agosto de 2006). Y si, como lo explicitó el órgano *a quo*, se toma en cuenta que los ingresos percibidos por la señora A (folios 14 y 17-19) le permiten hacerle frente a sus actuales deudas (folios 20, 21, 22, 23, 24 y 25), que su decisión de unificarlas implica ampliar

considerablemente los plazos iniciales de todas ellas con el consiguiente pago de intereses adicionales y que el préstamo solicitado supera con creces el monto de lo debido hasta ahora, no es factible identificar que lo pretendido constituya una oportunidad real de mejorar la calidad de vida de F o la existencia de alguna necesidad suya en descubierto que justifique otorgar la autorización de comentario. En definitiva, no se acreditó, como correspondía, la necesidad o la utilidad de hacerlo (ver sobre el particular los votos n.ºs 2002-04, de las 9:40 horas del 16 de noviembre de 2004; 1178-06, de las 9:10 horas del 9 de agosto de 2006 y 1405-10 de las 10:30 horas del 12 de octubre de 2010) y recuérdese que *“(...) esa afectación busca preservar el hogar familiar, poniéndolo a cubierto, no sólo 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.”* (Voto de la Sala Segunda n.º 169-98, de las 15:30 horas del 15 de julio de 1998, reiterado en el n.º 2007-775, de las 9:35 horas del 12 de octubre de 2007) y que *“En este tipo de asuntos donde se solicita la autorización judicial para disponer de bienes de una persona menor de edad el Juzgador [o la juzgadora] tiene la obligación de asumir una actitud diligente, responsable y procurar por todos los medios posibles que se garanticen plenamente los derechos del menor (sic). La propuesta presentada (...) es vaga e imprecisa (...). En estas condiciones no queda otra alternativa que confirmar la sentencia apelada.”* (Voto de este Tribunal n.º 150-10, de las 8:20 horas del 27 de enero de 2010).-

VIII. Como corolario de lo expuesto y sin que resulte imperativo ahondar en otras consideraciones, el recurso de que se conoce debe ser desestimado y, por ello, se ha de mantener incólume el fallo impugnado.”

4. Consideraciones sobre la Forma de Interpretar las Causales de Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar

[Tribunal de Familia]^{vi}
Voto de mayoría

“CUARTO: De previo a emitir pronunciamiento sobre el fondo de este asunto concreto resulta esencial tener presente algunas consideraciones sobre el tema del que nos ocupa:

"ACERCA DE LA AFECTACIÓN 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 sólo 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 Elena Fallas Vega y Marina Ramírez Altamirano - 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 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." (Lo destacado es nuestro).

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

La claridad de conceptos y su vigencia justifican la extensa transcripción de la anterior cita para una mejor comprensión de la decisión de este Tribunal.

QUINTO: El señor G. es propietario de la finca del partido de Guanacaste matrícula de folio real número [...]. El señor G. y la señora E. mantuvieron una relación de convivencia. En el año mil novecientos noventa y seis, él constituyó sobre su finca un gravamen de habitación familiar a favor de ella. La convivencia de pareja entre ellos terminó, él salió de la casa, y ella se mantiene viviendo ahí hasta el día de hoy. El sitúa temporalmente la conclusión de la relación en el mes de junio del año dos mil siete, ella sostiene que pese a la salida del hogar del señor G., continuó visitándola por las noches "*hasta hace aproximadamente un año y cinco meses*" (ver respuesta al hecho quinto, a folio setenta y siete). Es un hecho no controvertido que los señores G. y E. no viven juntos desde hace mucho tiempo, y que ella se ha mantenido viviendo en la casa que existe en la propiedad del actor, por lo que la vivienda que compartieron como pareja dejó de ser el hogar familiar, y en estas condiciones se cumple uno de los presupuestos objetivos en los cuales el gravamen registral puede cancelarse (doctrina del artículo 47 del Código de Familia), y eso es precisamente lo que ha solicitado el actor. Es comprensible que la señora E. se oponga a este proceso porque durante muchos años esa vivienda ha sido su hogar, pero jurídicamente el señor G., como

propietario del inmueble tiene derecho a solicitar la cancelación de la habitación familiar. No es relevante para conceder esa cancelación si el actor fue quien salió del hogar, o si ella ha sido quien ha permanecido en el mismo, es innegable que el bien dejó de ser el hogar común. Los posibles derechos de la señora E. como conviviente tienen que ser reclamados en otro expediente, así lo ha comprendido y precisamente por eso informa que promovió un proceso de reconocimiento de unión de hecho, pero en este momento no tiene ningún derecho declarado, simplemente una mera expectativa de derecho. En ese otro proceso se podrán discutir sus derechos patrimoniales y alimentarios, pero aún en la eventualidad de que obtuviera una sentencia estimatoria, o sea a favor de sus pretensiones, ello no justificaría que se mantuviera el gravamen. De lo expuesto es evidente que la cancelación fue correctamente decretada. Ahora bien, sobre el desalojo, debe verse en el caso concreto como una consecuencia de la cancelación del gravamen y como parte de una respuesta integral del Ordenamiento Jurídico, máxime que el titular del bien reclama ser restituido, de todas formas es esencial tener presente, que en el eventual caso que se declarara en el otro proceso que ella cita que tiene algún derecho sobre ese inmueble, por ejemplo a título de gananciales por la convivencia de pareja, se trataría de un derecho personal, de crédito, y no un derecho real, por lo que su permanencia en la vivienda, terminada la relación, no se justifica, y carece de un título legítimo para mantenerse en el bien, y también merece confirmación el desalojo. Finalmente, objeta la condena en costas, alegando que litigó de buena fe. Su oposición ha sido categórica, y la pretensión fue declarada con lugar en todos sus extremos, por lo que al tenor del artículo 221 del Código Procesal Civil, de aplicación en esta materia, al haber sido vencida, la condena en costas esta ajustada a derecho. En consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en todos sus extremos.”

5. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar con Beneficiaria Menor de Edad

[Tribunal de Familia]^{vii}

Voto de mayoría

“I. En el presente sumario proceso la actora pretende que se ordene la desafectación del régimen de patrimonio familiar de el inmueble inscrito ante el Registro Público de la Propiedad, sistema de folio real del Partido de Alajuela, número trescientos seis mil ciento ochenta y seis– cero cero cero, propiedad suya y que está afectada a ese derecho a favor de su hija menor de edad, demandada del proceso, Eugenie Cambroner Blanco; ello por cuanto considera que el bien no sirve de habitación familiar ya que se trata de un lote vacío sin edificación ni cultivo alguno.-

II. El Juzgado de Familia de San Ramón, en resolución de las catorce horas siete minutos del cinco de junio del presente año, decidió rechazar de plano este proceso

sumario, al considerar que afecta derechos de personas menores de edad y en atención al principio de interés superior del niño; debiendo acudirse a la vía respectiva, señalando el artículo 878 del Código Procesal Civil, que refiere a las diligencias no contenciosas de “utilidad y necesidad”.-

III. Recurre de esta decisión la actora, agravando que se está denegando justicia; que se cierra las puertas al proceso sin que se analizara el fondo de la cuestión y que no es cierto que solo porque se involucre un menor de edad sea factor que facilite el rechazo de plano de una demanda; sin que se comparta el criterio, por parte del recurrente, de que se tramite por medio de una “utilidad y necesidad”, ya que no se trata de los supuestos de ese proceso, sino que mas bien se está ante los supuestos del artículo 47 del Código de Familia, precisamente el del artículo noveno; por lo que insta a la reconsideración y se ordene dar curso al proceso.-

IV. Este Tribunal comparte los argumentos que esgrime la parte agraviada con la resolución recurrida; debe observarse que la pretensión de la actora, incluso demandado a su propia hija menor de edad, es que se ordene la desafectación, pero no porque se pretende algún acto que beneficie a la menor de edad, fundamento para que se abra el abanico de la “utilidad y necesidad” sino porque la afectación que se tiene sobre ese bien en realidad no tiene fundamento fáctico relacionado con los presupuestos materiales de existencia de la afectación según los artículos 42 y siguientes del Código de Familia; sea que con independencia de si lo que se pretende con el bien ahora o en el futuro, el bien, según las pruebas que se aporten y el desarrollo del proceso, no estaría cumpliendo con los requerimientos para estar afectado a este sistema, razón por la cual es necesario dar apertura al proceso para considerar si esos presupuestos materiales tienen vida o no, lo que es posible únicamente con los elementos de prueba y el contradictorio.-

V. Así las cosas, procede revocar la resolución recurrida y, si otra causal no la impide, ordenar dar curso a la demanda como un proceso sumario de desafectación de Patrimonio Familia y a criterio del despacho, debiendo la menor de edad acusada tener un representante, ya sea el legal que sería su padre en caso de tener los derechos de la Autoridad Parental, o por mandato judicial por medio de un curador procesal, debiendo el juzgado valorar la posibilidad de existencia o no de intereses contrapuestos en caso de la primera oportunidad.”

6. Desafectación del Régimen de Patrimonio Familiar: Aplicación de Excepciones

[Tribunal de Familia]^{viii}

Voto de mayoría

I. La resolución recurrida dispone la cesación de una afectación a patrimonio familiar y condena en costas a la accionada. Contra dicho fallo apela la señora Ocampo Quesada. Alega defecto en los presupuestos de la acción, se refiere a la negativa del Juzgador de convocar a una audiencia de conciliación y a que de todos modos se le debió eximir de costas.

II. El Tribunal avala el elenco de hechos tenidos por demostrados que contiene la resolución que se revisa por corresponder a los elementos del expediente sometidos a una adecuada ponderación.

III. El régimen de habitación familiar está regulado en los artículos 42 a 47 del Código de Familia. Se trata de una protección especial a inmuebles destinados a vivienda o a pequeña explotación de subsistencia. Cuando se trata de un bien urbano la cabida máxima es de mil metros cuadrados, y si se tratare de fundo rural, el tope de cabida es de diez mil metros cuadrados (artículo 46 del Código de Familia). La afectación debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público. La eficacia de la protección es desde la inscripción (artículo 43 del Código de Familia). La afectación se puede realizar a favor del cónyuge o conviviente, de los hijos y también de los ascendientes que habiten el inmueble. Ahora bien, la protección consiste, primeramente, en que el inmueble no puede ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, o bien por disposición judicial previa demostración de la utilidad y la necesidad del acto. Como un segundo efecto, el inmueble sometido a dicha afectación no puede 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 (artículo 42 del Código de Familia).

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..."

V. **Los presupuestos de fondo**, son aquellos requerimientos que han de concurrir para acoger una pretensión en sentencia. Uno de ellos es la **legitimación ad causam activa y pasiva**, que implica aquella correspondencia entre el sujeto que demanda o que es demandado con aquellas titularidades que el derecho de fondo o procesal otorga para determinadas pretensiones procesales (artículo 104 del Código Procesal Civil). Está también el **interés actual**, que presupone la aspiración de orden patrimonial o moral concreta y oportuna que tiene el actor con su pretensión. Y tenemos también, el presupuesto del **derecho**, que es la razón jurídica basada en hechos verdaderos que ampara la pretensión del actor. Estos presupuestos son revisables de oficio por el Juzgador pues es necesario que no tengan defecto para que se estime una pretensión en la decisión final.

VI. El Tribunal luego del análisis del caso llega a la conclusión de que la resolución que es objeto de esta instancia ha de confirmarse puesto que no existen las falencias en dichos presupuestos que alega la parte recurrente. 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 Nuria Ocampo Quesada, 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. Por otra parte, la beneficiaria de dicho gravamen es la demandada, conforme consta en la certificación del Registro Público conforme a las citas cuatrocientos dieciocho-cero nueve mil setecientos tres- cero uno- cero cero cero cuatro-cero cero uno. Tampoco existe defecto en el interés actual puesto quien falleció fue el titular registral, no así la beneficiaria, a quien precisamente se demandó. Es decir, la cesación por muerte del régimen de habitación familiar es por la del beneficiario, no por la del titular registral."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. **Código de Familia**. Vigente desde: 05/08/1974. Versión de la norma 23 de 23 del 26/10/2012. Publicada en: Gaceta N° 24 del 05/02/1974. Alcance 20. Y en Colección de leyes y decretos año: 1973. Semestre 2. Tomo 4. Página 1816.

ⁱⁱ PANTOJA MURILLO, Carlos Germán. (s.f.). **La Afectación del Patrimonio Familiar o Bien de Familia**. Recuperado el 16 de agosto de 2013 desde la web: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/05%20La%20afectaci%C3%B3n%20del%20patrimonio%20familiar.htm

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 969 de las nueve horas con cuarenta minutos del veinte de julio de dos mil diez. Expediente: 09-400509-0924-FA.

^{iv} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1611 de las dieciséis horas del diez de octubre de dos mil seis. Expediente: 06-000410-0292-FA.

^v TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 693 de las once horas con cincuenta y cuatro minutos del treinta de mayo de dos mil once. Expediente: 10-000801-0938-FA.

^{vi} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 500 de las ocho horas con treinta minutos del cinco de noviembre de dos mil diez. Expediente: 10-000245-0938-FA.

^{vii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1471 de las ocho horas con cuarenta minutos del veinticuatro de octubre de dos mil siete. Expediente: 07-000247-0688-FA.

^{viii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 654 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro. Expediente: 03-400845-0292-FA.