



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: CANCELACIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR MEDIANTE PODER  
GENERALÍSIMO

**RESUMEN:** En este informe se muestran dos temas: primero se hace referencia a la afectación y cancelación de los bienes a patrimonio familiar estableciendo su régimen jurídico seguido actualmente por nuestra legislación. Segundo, se hace alusión al poder generalísimo señalando los presupuestos para poder tenerlo como válido según nuestro ordenamiento. De ambas premisas, finalmente se podrá deducir la posibilidad de un apoderado generalísimo de poder realizar dicha desafectación y establecer así un criterio propio.

### SUMARIO:

1. AFECTACION DE LOS BIENES A PATRIMONIO FAMILIAR
2. SOBRE LA CONTINUACION DE LA AFECTACION DEL INMUEBLE COMO HABITACION FAMILIAR
3. UTILIDAD Y NECESIDAD
4. INEMBARGABILIDAD DE BIEN SUJETO A PATRIMONIO FAMILIAR
5. CESACIÓN DE LA AFECTACIÓN
6. DEBER DE INDICAR LIMITACIONES AL MOMENTO MISMO DE OTORGAR UN PODER GENERALÍSIMO
7. ACTOS REALIZABLES CON AUTORIZACIÓN EXPRESA



## DESARROLLO:

### 1. 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 serían utilizables para el resto de las personas, con una mayor protección para el círculo familiar que la que hoy existe en este régimen jurídico." [...]. La totalidad de esas recomendaciones fueron 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. VII.- LA AFECTACION EN EL CASO QUE NOS OCUPA: En autos consta que las partes contrajeron nupcias el 11 de octubre de 1980 y como producto de ese vínculo, nacieron las menores R. y G.M., ambas U.T. -el 25 de noviembre de 1980 y el 9 de noviembre de 1981, respectivamente-. Durante la vigencia del matrimonio, el demandado U.P. adquirió la finca del Partido de San José número 153.275-000 -mediante escritura otorgada a las dieciséis horas del veintidós de abril de mil novecientos ochenta y ocho-. Al momento de otorgar la escritura, el demandado decidió afectar dicho inmueble a patrimonio familiar, sin indicar en forma expresa que la accionante ni sus hijas eran beneficiarias de esa afectación. No obstante, por las razones expuestas consideramos que, en aras de proteger los derechos de las menores R. y G.M.U.T., se debe interpretar que la afectación se concedió a favor de todo el núcleo familiar, por lo que, la liquidación como ganancial de dicho inmueble, únicamente se podrá hacer una vez que esas menores adquieran la mayoría de edad, dado que hasta ese momento ese inmueble quedaría desafectado, conforme al numeral 47, inciso a), ibídem. VIII.- En conclusión, se acoge el recurso interpuesto, por lo que, se revoca el fallo impugnado y, en su lugar, se confirma el de primera instancia."<sup>1</sup>

## **2. SOBRE LA CONTINUACION DE LA AFECTACION DEL INMUEBLE COMO HABITACION FAMILIAR**



"De conformidad con el artículo 47 inciso c del Código de Familia, se dispone la continuación de dicha afectación, por cuanto se debe interpretar que la afectación se concedió a favor de todo el núcleo familiar, por lo que, la liquidación como ganancial del inmueble, únicamente se podrá hacer una vez que Marianela adquiriera la mayoría de edad, dado que hasta ese momento ese inmueble quedará desafectado. A pesar de que se demostró dentro del proceso que actualmente la actora y su menor hija Marianela no viven en la casa, es procedente mantener la afectación por lo dispuesto por el artículo 30 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en el sentido de que las personas menores de edad tienen 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, las anteriores consideraciones están apoyadas en el voto 169-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dictado a las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho."<sup>2</sup>

### 3. UTILIDAD Y NECESIDAD

"Los señores Chaverrí y Hernández solicitaron autorización para donar o traspasar una propiedad que esta sujeta a la habitación familiar a favor de los hijos. Los artículos 42 y 47 del Código de Familia regulan la posibilidad de desafectar o de autorizar actos respecto de bienes que están afectados a habitación familiar, pero en ese caso se ha de establecer la utilidad y la necesidad. Como bien lo acotó la autoridad de primera instancia la utilidad implica un provecho, un beneficio, una ventaja o una conveniencia y la necesidad implican una obligación a ejecutar algo por las circunstancias, es decir un hacer falta, un requerir, un haber menester, un resultar imprescindible. Desde luego esa donación que aquí se ha planteado no cumple con esos parámetros. Es evidente que el informe pericial no iba establecer la necesidad de donar el inmueble que es habitación familiar, pues aquí lo que debió reforzarse en el planteamiento era el aseguramiento legal de la habitación de la persona menor de edad de otra forma, y eventualmente suplir la afectación en otro bien que se fuera a adquirir. Así las cosas, y no existiendo los presupuestos de utilidad y necesidad, y no concurriendo vicios que impliquen la nulidad dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, lo que corresponde es rechazar la nulidad alegada y confirmar la sentencia recurrida."<sup>3</sup>





#### 4. INEMBARGABILIDAD DE BIEN SUJETO A PATRIMONIO FAMILIAR

" II.- El artículo 42 del Código de Familia dispone: "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." (El subrayado no es del original).- En relación con la frase subrayada estima el Tribunal, gira la discusión en cuanto a la posibilidad de poder decretar embargo sobre el bien del codemandado Alfredo Enrique Granados Céspedes, que cuenta con la protección del régimen de patrimonio familiar, quien junto a su esposa, la codemandada Adela María Zúñiga Masís, resultaran vencidos en este proceso, condenándoseles a pagar daños y perjuicios y costas, mediante sentencia firme de las diez horas del veintinueve de abril del año dos mil. (folios 220 a 231). Ahora en etapa de ejecución del fallo, en que existe resolución firme que fija el monto de las costas procesales y personales a pagar (ver folios 312, 337 y 338), se solicitó el embargo en bienes de los demandados, entre los que están el inmueble que se encuentra destinado a habitación familiar, desde el veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y siete, embargo que fue decretado mediante resolución de las diez horas, veinte minutos del seis de febrero del año dos mil tres (folio 328) y de ahí que se presenta el incidente de inembargabilidad, que fue declarado con lugar en la resolución que ahora se encuentra apelada. III.- La mayoría de este Tribunal considera que al prever la norma de comentario, recién transcrita, una salvedad para que el inmueble destinado a habitación familiar pueda ser perseguido por acreedores, cuando se trata de deudas adquiridas por ambos cónyuges, se refiere a deudas consentidas por los dos en forma voluntaria y por lo tanto la salvedad no puede derivar de una obligación impuesta por una resolución judicial .- Como lo señala la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 169 de las quince horas, treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho: " ...Esta norma 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)... " .- El régimen de patrimonio familiar, busca darle seguridad a la familia en el tanto el inmueble destinado a habitación familiar no va a estar expuesto a embargo o enajenación, con las salvedades que el mismo artículo 42 del Código de Familia contempla.- Este régimen resulta del artículo 51 de la Constitución



Política, en el que se considera a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad y que por lo tanto tiene derecho a la protección especial del Estado, como también lo tiene dispuesto el Código de Familia en el artículo 1 y de ahí deriva la posibilidad de imponer en el inmueble propiedad de los convivientes el gravamen de habitación familiar, conforme se contempla en los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia.- Por lo tanto el régimen de patrimonio familiar está previsto para asegurar la vivienda a la familia, como bien necesario para su digno desarrollo y existencia y que el inmueble destinado a ese fin, no esté sujeto a poder ser perseguido por acreedores del propietario, con la salvedad de que sea en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción en el Registro correspondiente.- La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y en cuanto a la afectación de un bien a patrimonio familiar, en la sentencia N° 169-98 arriba citada, señala: " ...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.558). 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. " (El subrayado no es del original).- De ahí que por esta obligación del Estado de proteger a la familia, toda interpretación que se haga en esta materia debe serlo con base en los artículos 1 y 2 del Código de Familia, tomando en consideración, que: " La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores, y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código. " .- Concluye así la mayoría de este Tribunal que en el caso concreto la protección del inmueble destinado a habitación familiar, que contempla el artículo 42 del Código de Familia, sí cubre el que está destinado a ese fin, propiedad del codemandado Alfredo Enrique Granados Céspedes y en consecuencia, por todas las razones expuestas procederá impartirle confirmación a la resolución apelada, que declara con lugar el incidente de inembargabilidad formulado ." <sup>4</sup>



## 5. CESACIÓN DE LA AFECTACIÓN

"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. " <sup>5</sup>

"IV. 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 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 es un administrador de los bienes del menor, 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. En el voto número 169, dictado a las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia realiza una amplia explicación de las reformas introducidas al régimen de afectación a patrimonio familiar, en la cual se ilustra muy bien la situación. En lo que aquí interesa, dijo la Sala: "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. [...] (Lo subrayado ha sido suplido) V. Cuando se realiza el examen preliminar de la solicitud y se considera que la tramitación judicial sí resulta pertinente, 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. Debe tenerse presente que el artículo 401 del Código Procesal Civil dispone que la prueba pericial es procedente "cuando haya que apreciar hechos o circunstancias que exijan conocimientos especiales extraños al Derecho." De esta forma, cuando se nombra un perito para que valore el inmueble, 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. 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 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 corresponde a la suma por la que se pretende hipotecar. VI. En el caso presente, los promoventes no indicaron en ningún momento que ellos fueran cónyuges, ni aportaron documento alguno que así lo acreditara. Por esta razón podría pensarse que la tramitación judicial sí era necesaria. Lo que sucede es que en la sentencia recurrida el señor juez de primera instancia no examinó si se presentaban las circunstancias propias para ordenar el cese de la afectación, sino que se limitó a analizar si la venta resultaba útil o necesaria, y para ello tampoco tomó en cuenta los motivos invocados por los gestionantes, en el sentido de que la vivienda que soporta la afectación resultaba insuficiente para satisfacer las necesidades de la familia, pues ésta aumentaría en poco tiempo. Del informe pericial se desprende que la casa de habitación



construida en la propiedad ciertamente es muy pequeña, pues mide ochenta metros cuadrados. (Cfr: folio 26) Con la certificación aportada en segunda instancia se demuestra el nacimiento de la segunda hija de los promoventes, por lo que resulta evidente que ahora la familia se compone de cuatro integrantes. Con el informe registral se demuestra que la promovente femenina ahora es propietaria de un inmueble que mide trescientos veintisiete metros con cincuenta y seis decímetros cuadrados, y con el permiso de construcción se prueba que allí se levanta una casa de habitación de dos plantas, de doscientos cuarenta y siete metros cuadrados. Las condiciones de la nueva vivienda son mejores para alojar a la familia. Adicionalmente, se ha informado que la familia desalojó el inmueble que soporta la afectación y que ahora, mientras termina la construcción de su nueva residencia, se han trasladado a vivir a otra casa de habitación, lo cual no sólo no resulta controvertido, sino que también desde el inicio de las diligencias constaba que el titular del usufructo estaba de acuerdo con el hecho de que la familia de los promoventes la habitara. Al ponderar todas estas circunstancias, el Tribunal arriba a la conclusión de que el bien que soporta la afectación al régimen de patrimonio familiar ha dejado de servir de habitación familiar y con base en ello revoca la sentencia venida en alzada y acoge la pretensión principal formulada por los promoventes, por lo que se ordena la cancelación de la afectación al régimen de patrimonio familiar que soporta la finca del partido de Heredia, matrícula de folio real número ciento cuarenta y seis mil novecientos noventa y ocho - cero cero cero. Las citas son 435-11981-01-0002-001. Deben tomar nota los promoventes que la cancelación aquí dispuesta no implica el cese de las limitaciones de las leyes 7052 y 7208, del Sistema Financiero Nacional de Vivienda, por lo que deberán gestionar lo correspondiente ante la sede administrativa."<sup>6</sup>

## **6. DEBER DE INDICAR LIMITACIONES AL MOMENTO MISMO DE OTORGAR UN PODER GENERALÍSIMO**

**"VI.-** El numeral 1253 del Código Civil dispone como en virtud del mandato o poder generalísimo para todos los negocios de una persona, el mandatario puede vender, hipotecar y de cualquier otro modo enajenar o gravar toda clase de bienes, aceptar o repudiar herencias, gestionar judicialmente, celebrar toda clase de contratos y ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante, excepto aquellos que conforme a la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley exige expresamente poder especialísimo. De igual forma el 1254 establece que si el poder generalísimo lo fuere solo para alguno o algunos negocios, el mandatario lo tendrá solo



respecto del negocio o negocios a que su poder se refiere, y de los bienes que ellos comprendan, pero si las facultades no tuvieren límites el apoderado generalísimo lo sería para todos los negocios de una persona. Por último el artículo 1257 dispone, **el mandatario a quien no se hubieren señalado o limitado sus facultades, tendrá las que la ley otorga**, al apoderado generalísimo, general o especial, según la denominación que se le diera en el poder. De las normas anteriores se puede concluir como si se desea incorporar una limitación a un poder debe indicarse en el momento mismo de su otorgamiento, por esa razón el actuar de Vargas Lizano en ese momento se ajusta a derecho, pues contaba con las facultades necesarias para otorgar la garantía que se pretende anular, y como dicha garantía no se encuentra dentro de las limitaciones establecidas por ley no puede afectar a terceros de buena fe, de conformidad con el 847 del Código Civil. Por ello no tiene sentido entrar al análisis de las otras violaciones acusadas."<sup>7</sup>

## 7. ACTOS REALIZABLES CON AUTORIZACIÓN EXPRESA

" **II.-** La Licenciada Lissette Jiménez Vargas en su carácter de "apoderada judicial del actor", presenta recurso de apelación contra el auto que anula actuaciones. Dicha situación presenta nuevamente la paradoja en cuanto a la representación puesto que si bien el "apoderado general ísimo " le otorgó un poder lo cierto es que de la certificación del mandato visible a folio 1 no se desprende que el mandatario señor Mario Enrique Jiménez Fernández tenga la facultad de sustituir total o parcialmente su encargo. Así, el artículo 1264 del Código Civil indica: "...El mandatario podrá sustituir el encargo, si en el poder se le faculta expresamente para ello, y solo responderá de los actos del sustituto en caso de que el mandante no le hubiere designado la persona en quien hizo la sustitución del poder, y que el sustituto fuere notoriamente incapaz o insolvente. Cuando se trata de poder especialísimo, la sustitución sólo podrá hacerse en la persona o personas que el mandante señale en el mismo poder." **III.-** Nuestra doctrina ha sido conteste en desprender de este numeral que se requiere la facultad expresa para que el apoderado otorgue un poder en nombre de su mandatario. Por ejemplo, el Doctor Diego Baudrit ha explicado que: "...Debe concluirse, en consecuencia, que el apoderado generalísimo puede otorgar -en el sentido de convenir o formar- por su poderdante toda clase de contratos de derecho privado (excepto los que por ley, como el de donación, sólo puede celebrar un apoderado especialísimo; tampoco puede el apoderado





generalísimo otorgar poderes por su poderdante, ya que debe estar autorizado para sustituir su encargo, como lo dispone el artículo 1264 del Código Civil... " (Baudrit C., Diego: Contenido del poder generalísimo, en Revista Iustitita, 71, pp 4 y 5). Don Alberto Brenes Córdoba sentó su sello en este punto de vista, así: "...A pesar de ser el mandato un acto de confianza, con frecuencia no está vinculado de tal modo a la persona del mandatario, que no sea posible que éste lo sustituya en otro individuo, parcial o totalmente. Más para ello es necesario que de manera expresa el constituyente le haya conferido esa facultad, por ser quien está en aptitud de disponer lo que mejor le convenga en el particular..." (Tratado de la Obligaciones y Contratos, Imprenta Trejos Hermanos, 1923, pág. 864, párrafo 351).- Don Mario Ramírez, también lo desarrolla como se copia a continuación: "...Obligaciones del mandatario:... 5) Puede sustituir el poder pero sólo si está expresamente facultado para ello. La necesidad de esa autorización previa se encuentra en el factor confianza de modo que no es lógico que traiga a otra persona a gestionar si no hay acuerdo al respecto..." (Ramírez Segura, Mario: Contrato de mandato, Revista Judicial número 8, página 89).- Igualmente, encuentra sin sentido una interpretación diferente, el Doctor Alfonso Gutiérrez Cerdas en su trabajo: "Sustitución de poderes. Observaciones en torno a una reciente sentencia judicial", Revista Iustitita, Sección de Derecho Económico. IV.- Así, las cosas lo que corresponde es declarar mal admitida la apelación."<sup>8</sup>

## FUENTES CITADAS:

---

<sup>1</sup> SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°: 00169-98 de las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.

<sup>2</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE. Resolución N°. 255-03 de las once horas cuarenta minutos del diecinueve de febrero del año dos mil tres.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución N° 390-06 de las diez horas cuarenta minutos del veintinueve de marzo del año dos mil seis.

<sup>4</sup> TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA. Resolución N° 403 de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de diciembre del dos mil tres.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución N° No. 654-04 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro.



---

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución N° 1841-05 de las ocho horas del treinta de noviembre del dos mil cinco.

<sup>7</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 000405-F-02 de las quince horas treinta minutos del veintidós de mayo del año dos mil dos.

<sup>8</sup> Tribunal de Familia. Resolución N° 1284-03 de las ocho horas quince minutos del veintitrés de setiembre del año dos mil tres.