

RESOLUCIÓN DEFINITIVA

EXPEDIENTE No. 2012-0023-TRA-RI (DR)

Apelación en Diligencias Administrativas Ocursoales

Calificación del documento Tomo 2011 Asiento 129158

ALEXANDER HERRERA BLANCO, Apelante

Registro Inmobiliario, División Catastral (Expediente No. 2011-1336)

VOTO No 842-2012

TRIBUNAL REGISTRAL ADMINISTRATIVO. San José, Costa Rica, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del cuatro de octubre de dos mil doce.

Recurso de Apelación en diligencias administrativas ocursoales, interpuesto por el señor **Alexander Herrera Blanco**, mayor, divorciado, empresario de turismo, cédula de identidad cuatro- ciento cuarenta y cuatro- ciento cuarenta y cuatro, en contra de la resolución dictada por la Dirección del Registro Inmobiliario, a las nueve horas con quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once.

RESULTANDO

I. Que mediante documento bajo las citas Tomo 2011 Asiento 129158 se presenta al Departamento de Diario, Ejecutoria de Sentencia que homologa en forma parcial el convenio de divorcio propuesto por Alexander Herrera Blanco de calidades antes dichas y la señora Virny María de los Ángeles Delgado Elizondo, cédula de identidad número 1-0771-0311, mediante el cual el señor Herrera Blanco dona la nuda propiedad de la finca del Partido de Heredia matrícula 137745, a sus tres hijos menores de edad en partes iguales, Andrés Alexander, Pablo José y Fiorella, todos de apellidos Herrera Delgado; y el usufructo vitalicio lo dona en partes iguales a

sus tres hijos dichos y a la señora Delgado Elizondo, quien acepta en nombre personal y como madre en ejercicio de la patria potestad de los menores. Asimismo los comparecientes Herrera Blanco y Delgado Elizondo acuerdan que la finca referida se afecte al régimen de patrimonio familiar a favor de los antes citados hijos menores de edad de conformidad con lo dispuesto por el artículo cuarenta y tres del Código de Familia.

II. Que el Registrador a quien le correspondió la calificación del documento Tomo 2011 Asiento 129158, le consignó el siguiente defecto: *“Aclárese en cuanto al Patrimonio Familiar a favor de los menores ya que estos pasan a ser nudatarios”*, defecto que fue confirmado por el Jefe de Registradores del Grupo 3 en fecha 28 de julio del 2011 y por la Subdirección del Registro Inmobiliario, mediante la calificación Formal N°10-2005, en la que se confirma el defecto apuntado y ordena al registrador respectivo que consigne una marginal en el Libro del Diario del documento presentado al Departamento de Diario de este Registro, bajo las citas tomo 2011 asiento 129158 informando sobre el número de esta calificación.

III: Que inconforme con dicha calificación, el señor Alexander Herrera Blanco, interpuso el ocurso correspondiente ante la Dirección del Registro Inmobiliario, la cual, mediante resolución de las nueve horas con quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once, resolvió rechazar en todos sus extremos las diligencias ocurrales presentada y confirmar la Calificación Registral número 2011-036-RE del documento Tomo 2011, Asiento 129158.

IV. Que en contra de dicha resolución final, mediante escrito presentado el 11 de Enero de 2012 ante la Dirección del Registro Inmobiliario, y suscrito por el señor **Alexander Herrera Blanco**, se interpone recurso de apelación, en razón de lo cual conoce este Tribunal de Alzada.

V. Que a la substanciación del recurso se le ha dado el trámite que le corresponde y no se observan causales, defectos u omisiones que pudieren haber provocado la indefensión de los interesados, o a la invalidez de lo actuado, dictándose esta resolución fuera del plazo legal toda vez que el Tribunal Registral Administrativo no contó con el Órgano Colegiado del 12 de mayo del 2010 al 12 julio del 2011.

Redacta el Juez Álvarez Ramírez, y;

CONSIDERANDO

PRIMERO. SOBRE LOS HECHOS PROBADOS. Por ajustarse al mérito de los autos, este Tribunal acoge como propios los Hechos tenidos como Probados por el Registro Inmobiliario, División Registral, en la resolución recurrida.

SEGUNDO. SOBRE LOS HECHOS NO PROBADOS. No encuentra este Tribunal hechos, que con tal carácter, que sean de relevancia para el dictado de la presente resolución.

TERCERO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. La Dirección del Registro Inmobiliario, mediante resolución dictada a las nueve horas con quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once, confirmó la calificación Registral número 2011-036-RE del documento presentado al tomo 2011 Asiento 129158, en la cual se mantiene el defecto consignado originalmente por el Registrador de forma tal que se debe aclarar en la Ejecutoria de Sentencia en cuanto al Patrimonio Familiar a favor de los menores al pasar a ser nudatarios de la finca inscrita en el Partido de Heredia matrícula 137745, calificación que previamente fue confirmada por el Jefe de Registradores del Grupo 3 y por la Subdirección de la División de Inmuebles.

Por su parte el apelante manifiesta que el documento que nos ocupa fue calificado como si se tratara de la imposición de habitación familiar a un derecho indiviso, lo cual no es permitido por el artículo 46 del Código de Familia. Además se refiere a que la donación y la afectación familiar es el otorgamiento de un solo acto, incluso si fueran dados en secuencia porque no considerar que primero se destina el inmueble a habitación familiar y luego se dona a los menores. El Juez analizó detenidamente el caso y en sentencia este procedimiento que no tiene más propósito que proteger la finca entera en beneficio de los menores puesto que al ser su madre también dueña del usufructo, éste queda expuesto a un eventual embargo o gravamen que podría dejar a los menores sin casa de habitación, aplicando los artículo 19 de la Convención Americana de Derechos

Humanos y los artículos 15 y 16 de su Protocolo Adicional que están por encima del Código de Familia al ser Tratados Internacionales Artículo 1 del Código Civil). Reitera la parte recurrente que no se trata de la afectación de un derecho indiviso a habitación familiar sino que se trata de la afectación de una finca completa lo que no es contrario al artículo 46 del Código de Familia, estando en presencia de una copropiedad en una casa de habitación por parte de dos menores a quienes el Juez los protegió autorizando destinar el inmueble a habitación familiar que en nada riñe con el hecho de que los menores sean nudatarios. Continúa diciendo que no se trata de un aspecto de interpretación o de un formalismo de los que menciona el artículo 157 del Código Procesal Civil sino más bien de un cuestionamiento de fono a una sentencia judicial y se constituyen el Registrador, Jefe de Registradores, Subdirector y Director Inmobiliario en un Tribunal de Casación y según lo que dispone el artículo 162 del mismo código es solo cuestionable en un proceso de revisión según el artículo 619 ibídem y el Registro Nacional no cuenta ni con la capacidad ni con competencia para revisar sentencias judiciales, y al estar en presencia de una sentencia judicial firme que debe ser acatada sin cuestionamiento por el Registro Público, no pudiendo discutirse en sede registral, estando en presencia una clara de una violación a la división de poderes y una intromisión en la competencia fijada por la Constitución Política al Poder Ejecutivo.

CUARTO. SOBRE EL INSTITUTO DEL PATRIMONIO FAMILIAR. La figura del Patrimonio Familiar puede ser definida como una institución que se caracteriza por ser propia del derecho de familia, autónoma del derecho a gananciales y aplicable sólo a bienes inmuebles, mediante la cual se pretende preservar el asiento de la residencia de la familia, el hogar familiar, poniéndolo a cubierto, no sólo de la ejecución por las deudas del constituyente – deudas, por supuesto, posteriores a la afectación del bien-, sino también de los eventuales actos de disposición que el mismo quisiese realizar respecto del bien afectado.

Del Voto N° 164-2004 de las 11:30 horas del 02 de diciembre del 2004, dictado por este Tribunal vale extraer y recalcar, que las limitaciones a la libre disposición de los bienes que derivan de la afectación de un inmueble a patrimonio familiar encuentran excepciones, pues la 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; o bien por disposición judicial cuando el propietario no es casado, dado que puede ser sólo -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, cuando éstos sean menores de edad o incapaces.

El instituto de la afectación a patrimonio familiar, comenzó a ser regulado en nuestra legislación ordinaria a partir de la entrada en vigencia del Código de Familia –por Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973. Sin embargo, esas normas fueron modificadas sustancialmente por la Ley N° 7142, del 2 de marzo de 1990, conocida como “Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer”, específicamente para que guardaran relación con el artículo 7 de dicha Ley, y también con la pretensión de que existiera una correlación con ciertas normas que regulaban el régimen de viviendas otorgadas por el Estado, puntualmente los artículos 54, 56 y 112 de la Ley de Sistema Nacional Para la Vivienda y Creación del Banco Hipotecario de la Vivienda –Ley N° 7052, del 13 de noviembre de 1986, modificada por Ley N° 7208 del 21 de noviembre de 1990-, que indican que es requisito esencial para otorgar los bonos de vivienda que la finca se afecte a patrimonio familiar, siempre y cuando las personas estuvieran casadas o convivieran en unión de hecho. Las modificaciones de referencia, tal como lo ha expuesto la doctrina nacional, se pueden explicar como sigue: *“1) El artículo 42 del Código de Familia permite al propietario de un inmueble – aunque no esté 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; 2) 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 esté casado 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 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.”. (Olaso Álvarez (Jorge), “Las modificaciones a la afectación a patrimonio familiar debido a las disposiciones introducidas por la Ley de Igualdad Real de la Mujer”, IVSTITIA Notarial y Registral, ICODEN, No 1, Año 1, Setiembre-Octubre 2001, p. 7).

Mediante el **Voto N° 169-98** de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:30 horas del quince de julio de 1998, respecto de la interpretación de la afectación en caso de no indicación de los beneficiarios, se dispuso: “*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 sólo 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 sólo 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, éstos 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 todo 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...” (La negrilla no es del original).

Teniendo en cuenta esta novedosa interpretación, debe considerarse además lo dispuesto en el artículo 47 del Código de Familia: “CESACIÓN DE LA AFECTACIÓN: La afectación cesará: a) *Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.*” Esto sería aplicable cuando el único beneficiario es el cónyuge o conviviente, caso en el cual nos debemos atener a lo dispuesto en el artículo 43 del referido Código, el cual en su párrafo segundo dispone: “*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*”. Se desprende de esta norma, que la cesación de la afectación a patrimonio familiar requiere de un acto rogado ante el Registro Público y el cual debe cumplir con una solemnidad específica, cual es la de ser solicitada mediante escritura pública. El inciso c) del citado numeral 47 dispone, además, como causal de cesación: “*Por separación judicial declarada o por divorcio. En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho*”. Respecto de esta norma se ha comentado: “*Así, es muy importante que en los hechos y en la petitoria se haga ver la existencia de la afectación y se pida su cesación o la continuación. Igual en los trámites por mutuo consentimiento, los cónyuges deben convenir al respecto. No obstante deben considerarse las premisas del voto 169-98 de la Sala Segunda...*” (BENAVIDES SANTOS (Diego), Código De Familia, Editorial Juricentro, San José, 1999, p. 47, 1999). La relación de los artículos en comentario, nos permite inferir que independientemente de la causal extintiva que se produzca de la afectación, ninguna produce automáticamente la extinción de la publicidad registral, sino que se requiere – conforme al principio de rogación que informa el procedimiento en esta sede- de una solicitud a posteriori, expresa y formalmente hecha en escritura pública, que pida la cancelación, o bien un pronunciamiento judicial.

QUINTO. SOBRE EL FONDO. NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUTORIA JUDICIAL. En el presente caso, habiendo analizado la resolución emitida por parte del Registro Inmobiliario y los agravios expresados por el apelante, coincide la mayoría de este Órgano

Colegiado que debe confirmarse lo resuelto por el ***a quo***, toda vez que el documento objeto del presente Ocurso es una Ejecutoria de Divorcio mediante la cual se adjudica la finca del Partido de Heredia matrícula 137745, a tres menores de edad, Andrés Alexander, Pablo José y Fiorella, todos de apellidos Herrera Delgado, en la cual además solicitan en el mismo acto que se afecte a Patrimonio Familiar a favor de los mismos menores, lo que es improcedente tal y como lo indicó el Registro Inmobiliario de conformidad con el artículo 43 del Código de Familia.

Primeramente debemos precisar, que la ejecutoria es una resolución final expedida por una autoridad judicial sujeta a inscripción en el Registro Público. De conformidad con el artículo 450 del Código Civil son inscribibles los títulos que consten en escritura pública, de ejecutoria u otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto. Asimismo el artículo 51 inciso a) del Reglamento del Registro Público reafirma que la ejecutoria es un documento objeto de inscripción. (El subrayado es propio)

Cabe mencionar que el artículo 5 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, dispone que los documentos expedidos por funcionarios judiciales u otros autorizados por la ley deberán cumplir con las disposiciones del Reglamento del Registro, pudiendo subsanar los errores u omisiones en que se hubiera incurrido, y en cualquier tiempo adicionar sus resoluciones para corregir los defectos que señale el Registro, siempre que no se altere lo esencial de la resolución que se adiciona.

Al respecto, el tema del marco de calificación en las sentencias judiciales ha sido un tema abordado en forma reiterada en la jurisprudencia nacional, dentro de esta, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la **Sentencia No 100** de las 16:45 horas del 17 de diciembre de 1980, ha indicado: “(...) *VIII.- Cuando se trata de la calificación de los documentos judiciales, el Registrador se encuentra frente a disposiciones diversas, unas que lo limitan y otras que lo facultan.- No puede negar el debido cumplimiento de las sentencias dictadas por un Juez dentro de los límites de su competencia (arts. 152 y sigs. Constitución Política; 1, 2, 7, 154,157, y 159*

Ley Orgánica del Poder Judicial); no puede dejar de prestar la debida cooperación para la administración de justicia. No puede desconocer el valor de las resoluciones judiciales ni las facultades jurisdiccionales del Juez, que es soberano dentro del límite de ellas, razón por la cual tampoco puede alterar ni revocar el pronunciamiento de un fallo ni la forma como se produce la resolución o el acto judicial. Tampoco puede calificar los pronunciamientos de las sentencias o la validez del procedimiento. Su facultad de calificación se ejerce dentro de los límites que le imprimen las disposiciones legales y Reglamentos pertinentes..." (Agregado el énfasis).-

De lo anterior se deduce que, dada la naturaleza de los fallos judiciales, no puede el Registro dejar de cumplir una orden emanada de autoridad judicial competente y por ello la calificación en las ejecutorias judiciales es más limitada que en otro tipo de documentos auténticos, no obstante, siempre, esa función calificadora debe ser ejercida dentro de los límites legales y reglamentarios que rigen toda la actividad registral.

En este sentido, en relación con la naturaleza de las ejecutorias expedidas por autoridad judicial, es necesario hacer una concordancia entre diferentes normas que rigen su actividad dentro del ámbito registral. Así, la citada jurisprudencia debe ser analizada a luz del antes citado artículo 450 y también del 459 del Código Civil en cuanto establecen el medio idóneo y la materia inscribible en el Registro de la Propiedad, indicando que pueden ingresar aquellos títulos de dominio sobre inmuebles y sus afectaciones y gravámenes, siempre que dichos derechos consten en escritura pública, ejecutoria u otro documento auténtico autorizado por la ley. Asimismo, el párrafo final del artículo 157 del Código Procesal Civil exige a la autoridad jurisdiccional correspondiente que, aquellas sentencias que estén sujetas a inscripción en el Registro Nacional deben cumplir los requisitos establecidos en el reglamento respectivo.

Al concordar éste último artículo con el 5° de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, resulta evidente que, a pesar de que el marco de acción del registrador en cuanto a este tipo de documentos es limitado, no pueden éstos dejar de cumplir con todos los requisitos legales y reglamentarios, siendo además que los funcionarios judiciales encargados pueden

subsanan los errores u omisiones cometidos, dejando constancia en el expediente respectivo.

Hecho el anterior análisis, es importante también agregar que resulta aplicable a las ejecutorias provenientes de la sede jurisdiccional, lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 468 del Código Civil, en cuanto impone el término de caducidad de un año a su anotación provisional, cuando dichos documentos no puedan inscribirse definitivamente por defectos subsanables.

La ejecutoria es un documento a gestión de parte, siendo la parte la que la presenta y la debe tramitar, y si tuviera algún defecto debe acudir ante la autoridad judicial para su enmienda o modificación, caso contrario a la del mandamiento judicial que lleva una orden directa del juez, la cual no lleva mayor cuestionamiento, o discusión por parte del calificador, simplemente debe acatarlo, y si fuere el caso tal y como lo menciona la Sala Constitucional a informar al Juez si detecta en el mandamiento aspectos contradictorios o erróneos para que sea el órgano jurisdiccional el que dicte las órdenes correspondientes, pero sin dejar de inscribir el documento.

Se subtrae de lo anterior que la ejecutoria es un documento que requiere de una calificación diferente a la del mandamiento judicial, que poseen ciertas particularidades que limitan las atribuciones de los funcionarios encargados de realizar su examen.

En los documentos judiciales debe el registrador apreciar la competencia del juzgado o tribunal, así como las formalidades del documento y los obstáculos que se pueden presentar en cuanto a la incompatibilidad entre la resolución judicial y lo que es posible inscribir, por lo que a pesar de que el registrador tenga limitada su función de calificación, no todo lo que viene del juez debe inscribirse, porque si el juzgador decide la inscripción de un acto que según la ley no es inscribible, el registrador está autorizado por la naturaleza del documento a rechazar la solicitud de inscripción.

Es importante tener presente que la función calificadora del Registro, prevista y regulada en los artículos 27, 34, 35 y 43 del Reglamento de dicho Registro (Decreto Ejecutivo N° 26771-J, del 18

de febrero de 1998 y sus reformas), según los cuales, de previo a la inscripción de un documento, el Registro debe realizar un examen con el fin de verificar que los documentos que se presenten constituyan títulos válidos y perfectos, por cuanto, en aras de la seguridad jurídica que debe brindar, los asientos deben ser exactos y concordantes con la realidad jurídica que de ellos se desprende. En la etapa formal, el Registrador hace un examen de las formalidades extrínsecas del documento y verifica si cumple la forma impuesta por la Ley. En la segunda etapa –la de fondo– el Registrador hace un análisis del documento, valora las formalidades intrínsecas del documento a la luz de la normativa aplicable y a la información que publicita el Registro, de lo que se desprende que el Registrador podrá objetar la inscripción del documento, por razones de forma o por la existencia de una evidente contradicción entre la información que conste en el Registro y la que se pretende inscribir, debiendo examinar si el título de acuerdo al principio de legalidad es procedente.

Como corolario de lo expuesto, el marco de calificación al que debe ajustarse el Registrador conforme lo establecen los artículos 34 y 43 del Reglamento del Registro Público de data cita, se circunscribe a la información que resulte del título y de la que conste en el Registro, concepto que también se contempla en el artículo 27 de la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, antes citada y de ahí que, la actuación del funcionario registral, no puede ir más allá de esos presupuestos, por cuanto la calificación consiste en el examen, censura o comprobación que de la legalidad de los títulos presentados, debe hacer el Registrador, antes de proceder a la inscripción, concediéndole la facultad de denegar los que no se ajustan a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el Registrador podrá objetar el documento por razones de forma o por la existencia de una evidente contradicción entre la información que conste en el Registro y la que se pretende inscribir, asimismo, ha de examinarse que el título en sí, sea en principio, legalmente procedente. Sobre este punto, es copiosa la jurisprudencia judicial que hace referencia a la función que llevan a cabo los registradores en su actividad calificadora; por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto No. 98-92, emitido a las quince horas, quince minutos del

veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos, dispuso, en lo que interesa, lo siguiente:

*“(…) **II.-** De conformidad con las normas que informan la materia, para su inscripción en el Registro Público, los actos o contratos deben observar ciertas exigencias contempladas en el ordenamiento jurídico, de modo tal que la ausencia de alguna de ellas irremediablemente implica la no inscripción del documento que contiene el acto o contrato.- Los registradores, en ese sentido, se encuentran en la ineludible obligación de velar porque se haya dado estricto cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos, siendo que en caso contrario, por imperativo de ley, deben denegar la inscripción del documento correspondiente (…)”*

Bajo esta tesitura, queda claro para este Órgano de Alzada que el documento objeto de estudio, contuvo como defecto *“Aclárese en cuanto al Patrimonio Familiar a favor de los menores ya que estos pasan a ser nudatarios”*, debiéndose ajustar a lo indicado en el artículo 43 del Código de Familia, por cuanto tal y como lo señaló el Registro, los menores de edad pasan a ser nudatarios en partes iguales de la finca, siendo improcedente que se pretenda afectar la propiedad a habitación familiar a favor de sí mismos, por cuanto tal afectación no está prevista en nuestro ordenamiento, situación que debe ser valorada por el Registrador, por encontrarse en contra de lo establecido por la norma antes dicha.

Por otra parte, la legitimación constituye un presupuesto necesario para que se entable válidamente la relación jurídica que se trate, facultad que no poseen los señores Herrera Blanco y Delgado Elizondo, debido a que tal y como se desprende de la ejecutoria de divorcio, primeramente se realizó la donación de la finca a sus hijos por lo que al momento de pretender afectarla al régimen de patrimonio familiar, ya no se ostenta legitimación para afectar la finca al régimen de patrimonio familiar a favor de sus hijos. Obsérvese que la afectación según el artículo 43 del Código de Familia la hará el propietario a favor de su conyugue o conviviente de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble y en este caso el señor Herrera Blanco y la señora Delgado Elizondo ya no eran los propietarios de la finca que se afecta a Patrimonio Familiar, sino que la misma se trasladó por cesión a los hijos menores y el usufructo se le traslado

tanto a estos menores como la señora Delgado Elizondo situación que no está prevista en los términos consignados en el artículo de cita, razón por la cual bien hizo el Registro de pedir la aclaración respectiva por cuanto los menores pasaran a ser nudatarios.

Debe hacer notar este Órgano de Alzada a la parte apelante que de conformidad con el artículo 157 y 158 del Código Procesal Civil si bien es cierto la ejecutoria es emanada por una autoridad judicial, esta debe ajustarse en su contenido a lo que establece la ley, en este caso el Código de Familia, por lo que el Registro está en la facultad de consignarle alguna observación y el juez la puede ajustar, y además el trámite de este tipo de ejecutorias siempre debe verse a instancia de partes por lo que no debe analizarse como un mandamiento estrictamente, debe tenerse claro que nace de la voluntad de las partes, en este caso los conyugues Alexander Herrera Blanco y Virny María de los Ángeles Delgado Elizondo, que se están divorciando y que es avalado por un juez, siendo posible que éste no tenga toda la pericia para determinar cada uno de los aspectos de la habitación familiar.

Es importante acotar, que de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, este Tribunal dentro de la competencia específica como autoridad administrativa en el proceso de calificación, se encuentra limitado al marco de legalidad de las resoluciones emitidas por el Registro Nacional, de forma tal que los impedimentos legales que se deriven del proceso de calificación deben ser subsanados mediante la vía judicial correspondiente, como en el presente caso que se pretende inscribir la supra mencionada ejecutoria.

Con fundamento en las consideraciones y citas que anteceden, este Tribunal en su mayoría declara sin lugar el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Alexander Herrera Blanco, en contra de la resolución dictada por la Dirección del Registro Inmobiliario a las nueve horas con quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once, confirmando el defecto consignado por el Registrador del Registro Inmobiliario, y que fueron confirmados por la Subdirección del Registro Inmobiliario, División Catastral.

SEXTO. EN CUANTO AL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. Por no existir ulterior recurso contra esta resolución, de conformidad con los artículos 25 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Ley No. 8039 y 29 del Reglamento Operativo del Tribunal Registral Administrativo, Decreto Ejecutivo N° 35456-J publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 31 de agosto de 2009, se da por agotada la vía administrativa.

POR TANTO

Con fundamento en las consideraciones y citas normativas expuestas, la mayoría este Tribunal **declara sin lugar el recurso de apelación** interpuesto por el señor Alexander Herrera Blanco, en contra de la resolución dictada por la Dirección del Registro Inmobiliario a las a las nueve horas con quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once, confirmando el defecto consignado por el Registro Inmobiliario. Los Jueces Guadalupe Ortiz Mora y Pedro Suárez Baltodano salvan el voto. Se da por agotada la vía administrativa. Previa constancia y copia de esta resolución que se dejarán en los registros que al efecto lleva este Tribunal, devuélvase el expediente a la oficina de origen, para lo de su cargo.- **NOTIFÍQUESE.-**

Luis Gustavo Álvarez Ramírez

Pedro Daniel Suárez Baltodano

Ilse Mary Díaz Díaz

Kattia Mora Cordero

Guadalupe Ortiz Mora

VOTO SALVADO DE LOS JUECES GUADALUPE ORTIZ MORA Y PEDRO DANIEL SUÁREZ BALTODANO

Los jueces Guadalupe Ortiz Mora y Pedro Daniel Suárez Baltodano, se apartan del voto de mayoría en el presente asunto por las razones siguientes: Según el artículo primero de la Ley Sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, el propósito del Registro Nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a terceros y en lo referente al trámite de documentos **su objetivo es inscribirlos.**

El documento ocurado se refiere a un acto judicial de ejecutoria expedido por el Juzgado de Familia de la Provincia de Heredia, concretamente la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento número seiscientos cuarenta y siete- dos mil diez de las siete horas y treinta y seis minutos del siete de mayo de dos mil diez, presentado al Registro Inmobiliario a las trece horas un minuto y treinta y seis segundos, del trece de mayo de dos mil once, originando las citas **Tomo 2011 Asiento 00129158.**

El acto que interesa en este documento es la inscripción de la afectación a patrimonio familiar sobre la finca de la provincia de Heredia, matrícula número CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO- CERO CERO CERO. En el relacionado acto comparece el señor Alexander Herrera Blanco, en su calidad de propietario de la relacionada finca y dona la nuda propiedad en partes iguales a sus hijos menores de edad Andrés Alexander, Pablo José y Fiorella, los tres de apellidos Herrera Delgado y el usufructo vitalicio lo dona por partes iguales a los tres menores dichos y a la madre de éstos señora Virny María Delgado Elizondo, quien acepta en nombre personal y como madre en ejercicio de la patria potestad de los menores.

Acuerdan asimismo ambos comparecientes que la finca referida se afecte al régimen de patrimonio familiar a favor de los hijos menores dichos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo cuarenta y tres del Código de Familia.

Una vez calificado el relacionado documento se procede a consignarle el siguiente defecto: *“Aclárese en cuanto al patrimonio Familiar a favor de los menores ya que estos pasan a ser nudatarios”*, defecto que fue confirmado por el Director del Registro Inmobiliario, mediante resolución de las nueve horas quince minutos del catorce de noviembre de dos mil once.

Previo a resolver el caso en concreto, es necesario tener claro los términos: Habitación Familiar, nudo propietario, propietario y usufructuario.

Habitación Familiar.

Existen variadas definiciones acerca de lo que es la afectación a habitación familiar, pero en general todas señalan como caracteres principales los siguientes: “ a) Se trata de un inmueble rural o urbano afectado por su finalidad, ya que está destinado a habitación o predio familiar. b) Es inembargable e inenajenable en principio, pues si bien puede serlo en algunos casos, ello es conforme a ciertos requisitos. c) Tiene un especial sistema sucesorio, distinto del tratamiento normal de los bienes en estos casos. Estas características se mencionan en las siguientes definiciones:

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

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

(...) el bien de familia es una institución jurídica del Derecho de familia patrimonial y por lo tanto del Derecho Civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado por los beneficiarios indirectamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio.” (Trejos Gerardo. Derecho de Familia. Tomo I. Quinta Edición. Editorial Juricentro. Costa Rica. Página 254).

Nudo Propietario.

Según el artículo 264 del Código Civil, “*el dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos: De posesión. De usufructo. De transformación y enajenación. De defensa y exclusión y De restitución e indemnización.*”

Asimismo el artículo 265 siguiente indica en lo que interesa: *“Cuando no corresponden al dueño todos los derechos que comprende el dominio pleno, la propiedad es imperfecta o limitada.”*

El nudo propietario, si bien es dueño del inmueble, su propiedad conforme al artículo 265 citado es imperfecta o limitada, por cuanto no goza de la totalidad de los atributos del dominio absoluto, que le permita disponer del bien libremente, ya que está limitado del disfrute del usufructo, siendo éste uno de los derechos que forman parte integral de los atributos del dominio.

Propietario

Según el artículo 264 de previa cita, el propietario es aquel que goza de la totalidad de los atributos del dominio, y en ese sentido su propiedad es perfecta, absoluta e ilimitada.

Usufructuario

Del artículo 341 del citado Código Civil se desprende, que el usufructuario es aquella persona que goza de un derecho de uso sobre una cosa y que puede disponer de ella por todos los medios que permite el derecho, pero con limitación precisa al tiempo que dure el usufructo.

Ahora bien, definidos los términos que nos interesan, deben ser aplicados al caso concreto, que se refiere según el defecto consignado por el calificador del documento relacionado, a la posibilidad de que nudos propietarios como son los menores de edad, que también son usufructuarios, pero que no gozan de la totalidad de este atributo del dominio, puesto que también la madre de éstos, es usufructuaria en una cuarta parte del inmueble, pueden afectar un inmueble a patrimonio familiar.

Bajo este cuadro fáctico que de modo alguno está regulado específicamente en el artículo 43 del Código de Familia, ya que este numeral se refiere a un propietario, entendido tal como lo expresa el artículo 264 del Código Civil de repetida cita, como dueño de la totalidad de los atributos del dominio y que lo facultan a disponer del bien libremente y en forma absoluta, lo cual no se constituye en el caso de análisis, puesto que estamos frente a nudos propietarios y a usufructuarios.

Es por esta razón que debemos acudir a la interpretación de la norma, tal como lo faculta el artículo 10 del Código Civil, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ésta y dentro del marco normativo que nos impone el Principio de Legalidad.

En primer término, nuestro Código de Familia en su artículo primero, proclama en forma íntegra los principios protectores de la familia, como obligación del Estado Costarricense, estableciendo en su artículo segundo:

“Artículo 2. Principios Fundamentales. 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.”

En este mismo sentido, en relación con el régimen de Habitación Familiar, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en Voto No. 169-1998 dictado a las 15:30 horas del 15 de julio de 1998, manifiesta:

“...II.- ACERCA DE LA AFECTACION DE LOS BIENES A PATRIMONIO FAMILIAR: La doctrina define este tipo de afectación como “...una institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en puridad, opera autónomamente y se rige por normas propias. Esta afectación se da sobre un inmueble urbano o rural para la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se le sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo su embargo o enajenación. (MAZZINGHI, Alfredo. “TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA”. Tomo 2, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 588). De esta definición, se desprende que esa afectación busca preservar el hogar familiar, poniéndolo a cubierto, no 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...”

Por su parte, este Tribunal Registral Administrativo, en el Voto No. 164-2004, de las once horas con treinta minutos del dos de diciembre de dos mil cuatro ha indicado:

“... A efecto de resolver los aspectos debatidos, este Tribunal estima necesario tener en consideración lo siguiente: 1-) El Constituyente de 1949 dispuso en el numeral 51 de nuestra Carta Magna, que la familia es el elemento natural y el fundamento de la sociedad, por lo que el Estado tiene que darle una protección especial, como también debe proveérsela a las madres, a los infantes, a los ancianos, y a los enfermos desvalidos. Esa intención del Constituyente ha sido avalada ampliamente por la Sala Constitucional en reiteradas y constantes resoluciones. Dicho órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional, ha establecido que la familia es la "célula-fundamento" de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado (Véase las resoluciones de la Sala Constitucional N° 1975-94 y N° 346-94), y ha manifestado que la protección a la familia es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política y en los Pactos Internacionales (Véanse en tal sentido las resoluciones N° 346-94, N° 1975-94 y N° 3757-94). De igual manera, el artículo 17, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970), determina que "...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Asimismo, de la lectura del artículo 15, inciso 1°, del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o "Protocolo de San Salvador" - Ley N° 7907 del 3 de setiembre de 1999), se puede concluir que efectivamente, para la consideración del legislador contemporáneo, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado. 2-) Ahora bien, en afinidad con lo recién expuesto, el legislador costarricense ha asumido la responsabilidad política y social de dotar a la familia de mecanismos legales que garanticen una tutela efectiva de esos derechos consagrados constitucionalmente. Así, por ejemplo, el régimen de la afectación a patrimonio (o habitación) familiar, que se encuentra regulado en los artículos del 42 al 47 del Código de Familia. El artículo 42 que crea ese instituto jurídico, estipula en su primer párrafo lo siguiente: "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 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". De la sola lectura de esa disposición normativa, se desprende la existencia de un régimen que permite al propietario de un inmueble (...) afectar el mismo a patrimonio familiar, bajo el entendido de que **toda enajenación o gravamen que se haga en ese supuesto, debe ser aprobada por los beneficiarios, o en su defecto autorizada por un juez, previa demostración de la utilidad y necesidad de la gestión para el interés de los beneficiarios.** Mediante dicha afectación, el legislador previó una protección especial a los inmuebles destinados a vivienda o a pequeña explotación de subsistencia, la cual debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad de Bienes Inmuebles, protección esa que 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,** teniéndose como un segundo efecto (que no es relevante en el caso de marras), que 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. (...)

En relación con las limitaciones a la libre disposición de los bienes por parte de su titular, los artículos 266 y 292 del Código Civil establecen:

“Artículo 266: Límites. La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley.”

“Artículo 292: Limitaciones. Los derechos de transformación y enajenación son inherentes a la propiedad y ningún propietario puede ser obligado a transformar o no transformar, a enajenar o no enajenar, sino en los casos y en la forma que la ley lo disponga...”

Dado lo anterior, únicamente pueden imponerse límites a la libre disposición de los bienes por imperio de ley o por voluntad del propio titular.

En el caso bajo análisis y conforme al acto que se constituye en el documento de ejecutoria y que habría que verlo como un todo, en primer término el propietario original dona la nuda propiedad del inmueble a sus tres hijos y a su vez dona el usufructo también a sus tres hijos y a su ex esposa. Seguidamente ese padre junto con la madre y ambos en ejercicio de la patria potestad de los menores, que aunque no se indique expresamente en el acto que se constituye, de acuerdo al artículo 140 del Código de Familia compete a los padres representar legalmente a sus hijos, esto es un derecho irrenunciable y así lo dispone el artículo 141 siguiente. Pues bien esos padres en el ejercicio de la patria potestad, y ante un escenario en que los hijos y la madre todos en conjunto y que patrimonialmente hablando, constituyen la totalidad del dominio con todos sus atributos, someten a habitación familiar ese inmueble a favor de los hijos menores, con lo que se entendería que es la voluntad de la madre, que aunque únicamente usufructuaria, está actuando conjuntamente con los hijos, entendiéndose que los hijos constituyen el patrimonio familiar a favor igualmente de su madre que es ascendiente de ellos.

No necesariamente se debe de indicar en forma específica los beneficiarios, para constituir un acto de esa naturaleza, ya que, dado que constitucionalmente y mediante convenios internacionales se ha regulado la importancia de la familia, debemos entender que en aras de proteger los derechos de los menores, la afectación se constituyó a favor del núcleo familiar, sean hijos menores de edad y su ascendiente que es la madre de ellos.

Al efecto la Sala Segunda de Casación, mediante resolución N° 00169-98 de las 15:30 horas del 15 de julio indicó: *“(...) 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, consideramos que, en aras de proteger los derechos de las menores, ... y..., 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.”*

Obsérvese la amplitud con la que ha sido tratado este tema, dado que la familia tiene una esfera de protección especial y privilegiada en nuestra legislación y de acuerdo a los principios protectores de la familia como obligación del Estado Costarricense, según lo disponen los dos primeros artículos del Código de Familia, citados líneas atrás. Venir la Administración registral a indicar obstáculos para la inscripción de un acto que ha sido homologado incluso por un Juez de la República, constituyendo éste un acto judicial, tal como lo establece la Resolución N° 100 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:45 minutos del 17 de diciembre de 1980, que aún no ha sido superada y sobre ésta descansan resoluciones posteriores, al decir en lo que interesa: *“VIII. Cuando se trate de la calificación de los documentos judiciales, el Registrador se encuentra frente a disposiciones diversas, unas que lo limitan y otras que lo facultan. (...) No puede desconocer el valor de las resoluciones judiciales ni las facultades jurisdiccionales del Juez, que es soberano dentro del límite de ellas, razón por la cual tampoco puede alterar ni revocar el pronunciamiento de un fallo ni la forma como se produce la resolución o el acto judicial.”*

Pues bien, ese acto judicial de homologación, si bien se sale del común de los actos, porque no se indica expresamente como lo establece el numeral 43 del Código de Familia, es ahí donde la Administración Registral en uso de todo el marco legal permitido por el Principio de Legalidad y que concierne a ese tema, debe integrar la normativa y entender que si los menores son nudos propietarios y que la afectación se da para ellos mismos, existe otra persona ascendiente de esos menores (artículo 43 del Código de Familia) que también constituye ese régimen, todo lo cual conforme a la jurisprudencia judicial citada, el régimen a patrimonio familiar se constituye a favor del núcleo familiar, sea menores de edad y la madre de éstos.

De modo alguno se podría interpretar que en el acto que se constituye, no estén presentes la totalidad de las personas que conforman el dominio. Sobre este tema la Calificación Registral N° 08-018-BI, del Licenciado Walter Méndez Vargas, Ex Subdirector del Registro Inmobiliario, expuso:

“En otro orden de ideas, en el artículo 46 del Código de Familia se establece cuáles son los bienes inmuebles susceptibles de ser sometidos a este régimen, indicando en su párrafo final:

“Artículo 46. (...) En caso de derechos indivisos, deberá previamente procederse a la localización de derechos, de acuerdo con la ley.”

No obstante, dicha norma debe ser interpretada a la luz de los principios protectores de la familia que ha establecido el Estado Costarricense, en el artículo 51 de nuestra Constitución Política y en los artículos 1º y 2º del Código de Familia. Es por ello, que debe entenderse que la restricción para someter derechos indivisos al régimen de habitación familiar, obedece a que estos son parte alícuota de una unidad -que es el bien inmueble en su totalidad-, y en concordancia con el artículo 270 del Código Civil no puede un condueño disponer en forma unilateral del todo, pues son los condueños quienes; en conjunto, pueden disponer de todos los derechos inherentes a la propiedad.

Lo anterior resulta lógico, dada la imposibilidad de afectar una porción indeterminada de la finca (parte alícuota), si no se realiza antes la división de la misma; siendo además que, eventualmente, podría pretenderse afectar derechos indivisos en favor de personas que; aunque ostenten con la facultad legal para ser beneficiarios, conforman diferentes núcleos familiares.

En el caso que nos ocupa puede inferirse claramente de la redacción de la escritura pública número 7, otorgada ante el notario (...), que las nuevas condueñas de la nuda propiedad y los usufructuarios (quienes son al mismo tiempo beneficiarios de la afectación), conforman un mismo núcleo familiar, y siendo que todos han manifestado su interés y anuencia de que en el inmueble se mantenga la protección que proporciona la afectación a habitación familiar a que fuera sometido por su anterior propietaria, no puede este Registro negar esa posibilidad.

Por último, en el artículo 47 del Código de Familia se establecen las causales de extinción o cesación de la afectación a este régimen especial, dentro de las cuales no se contempla su extinción por la transmisión en derechos indivisos de la finca afectada. En este orden de ideas, en el párrafo final de este artículo se establece que: cesará la afectación cuando de hecho el bien

dejare de servir para habitación familiar, lo que interpretado y aplicado en sentido contrario al caso concreto de la escritura sometida a calificación, permite afirmar que, siempre que el bien se mantenga para uso y habitación de la familia, puede ser protegido por este régimen.”

Bajo esta tesis, no se afecta ni la Publicidad ni la Seguridad Registral. El Registro inscribirá un documento en donde la voluntad de todas las partes es proteger el bien familiar y por ende la familia. La afectación familiar se da sobre un bien cuya titularidad de los atributos del dominio está inmersa en todos y cada uno de los comparecientes, siendo que el patrimonio familiar se constituye a favor de los menores y de su ascendiente, dueña de un derecho de usufructo y por ende del núcleo familiar. Esa afectación cesaría conforme lo indica el artículo 47 del Código de Rito y bajo los parámetros que la misma disposición establece.

Por estas razones consideramos los Jueces disidentes del voto de mayoría, que no lleva razón el Registro en indicar el defecto señalado y en ese sentido se revoca la resolución apelada, para que en su lugar se inscriba la Afectación a Patrimonio Familiar a favor del núcleo familiar conformado por los menores de edad Andrés Alexander, Pablo José y Fiorella, los tres de apellidos Herrera Delgado y la madre de éstos señora Virny María Delgado Elizondo y constituido por ellos mismos.

Guadalupe Ortiz Mora

Pedro Daniel Suárez Baltodano