

Limitaciones a la vivienda adquirida en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda

Fabio A. Arias*

1. Límites y limitaciones a la propiedad privada.

El derecho de propiedad se debe considerar como un derecho de naturaleza patrimonial privado, pero que a la vez debe satisfacer el interés de la colectividad, su función social. No obstante, no significa esa función que el poder privado se otorgue para que mediante el adecuado uso de la cosa resulte un beneficio para la comunidad y, caso contrario, el derecho de propiedad se pierda. Así las cosas, debemos comenzar afirmando que el no uso no es causa de pérdida del derecho real de propiedad, como si sucede en los derechos reales de goce (usufructo, uso, habitación y servidumbre). Nosotros creemos que la función social de la propiedad se debe entender, entonces, desde dos puntos de vista: el primero, cuando se trata de bienes públicos, caso en el cual siempre debe cumplir con un fin público; en segundo sentido, cuando se refiere a bienes patrimoniales privados, supuesto en el cual el derecho de propiedad debe primero satisfacer las necesidades del titular y luego las de la sociedad. Quiere decir que la propiedad privada debe ser conforme con las conveniencias de la comunidad por medio del establecimiento de límites y deberes a cargo del propietario -se concilia el interés individual con el social-.

En tal sentido expresó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

"En aras de proteger los intereses sociales se han limitado los atributos de la propiedad, pues este derecho no es absoluto en los términos como tradicionalmente se le entendió, encontrándose facultado el legislador a imponerle limitaciones de interés social, mediante votación calificada de los miembros de la Asamblea Legislativa" (No. 189 de las 14,20 horas del 30 de octubre de 1991, *Ivstítia*, San José, Año 6, agosto, 1992, No. 68, p. 28).

Se debe hablar, entonces, de los **límites al derecho de propiedad**, pues puede resultar mermada, siendo el punto o contenido normal hasta donde llega el señorío del dueño. El derecho de propiedad es un señorío o poder pleno y exclusivo sobre una cosa, pero dentro de los **límites** que la ley concede sobre la misma. Los límites son aquellos comportamientos que por ley el propietario no puede hacer dentro del contenido normal del derecho. Algunos autores, incluso, consideran que el contenido de este derecho debe marcarse no enumerando las facultades que encierra (como sucede con el artículo 264 del Código Civil -en adelante CC-, v.gr. posesión, usufructo, transformación y enajenación, exclusión y defensa, restitución e indemnización), sino más bien negativamente indicando aquello a que no alcanza, de modo que podría simplemente decirse que el derecho de propiedad permite realizar todo aquello que no esté prohibido -fijando sus límites-.

Por supuesto que los límites del derecho de propiedad dependerán de la naturaleza del bien objeto del mismo, sea su aptitud productiva o no, su ubicación en zona urbana o rural, tratarse de una vivienda de interés social, en el caso que nos interesa. Además, los límites del derecho de propiedad deben resultar de texto expreso de la ley, la que en aplicación del artículo 45 Constitucional, debe ser aprobada por votación calificada, caso contrario sería inconstitucional. Por supuesto que, una vez publicada la ley, salvo estipulación en contrario, la misma sería vigente y no es relevante ni la ignorancia de ella ni la aplicación indebida o error

* Licenciado en Derecho con honores (Universidad de Costa Rica). Maestro en el Collegium Academicum de la Universidad Autónoma de Centro América. Abogado en ejercicio, asociado al Bufete Piza, Ortega y Asociados. Ha publicado diversos artículos en Derecho Civil y Comercial.

de derecho. No existiría vicio alguno en el negocio jurídico -salvo si se presentan los elementos y requisitos del dolo- por el cual el adquirente pretendía dar un destino especial a un bien, más luego de adquirido se entera que por disposición de ley no es permitida esa finalidad, v.g. quien adquiere un inmueble para construir un centro educativo o un local para oficinas, y al solicitar los permisos municipales le son rechazados en aplicación del plan regulador de la zona que dispone que es residencial. Conforme con lo anterior y al resultar de la ley, los límites al derecho de propiedad sobre bienes registrables no pueden constatarse en el respectivo Registro. Al ser los límites el régimen normal del derecho de propiedad no requieren acto especial de creación para cada bien ni prueba de la misma, basta indicar la norma jurídica que afectó a los bienes que reúnan esas características.

Finalmente, debemos aclarar que los límites al derecho de propiedad pueden ser de interés público o también de interés privado, últimos que en nuestro caso son las llamadas relaciones de vecindad, que aparecen reguladas en el Código Civil, si bien le llama erróneamente "limitaciones", y se refieren a los límites a la libertad de construir, plantar árboles o arbustos y montar instalaciones en el terreno propio; cortar o pedir se corten las ramas y raíces ajenas que invadan su espacio o suelo; límites a la libertad de abrir en el propio muro, huecos para ventanas, luces y vistas; y el deber de pega.

Diferente a lo anterior son las **limitaciones a la propiedad privada**, que serían las restricciones al dominio aceptadas o impuestas al propietario, en aplicación del numeral 266 del Código Civil, que literalmente reza:

"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".

Se puede hablar, entonces, de propiedad libre y propiedad gravada, último caso en el entendido que no es un poder total sobre la cosa pues las facultades del propietario están reducidas al tener otra persona un derecho sobre la misma cosa (p.e. el propietario que no puede construir por existir una servidumbre de paso). La propiedad puede padecer **limitaciones** cuando sobre la cosa recaen también derechos de otras personas -como es el caso de los derechos reales en cosa ajena-.

Distinto a los límites, las limitaciones afectan el contenido externo del derecho y pueden reducir en casos particulares el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. Tales limitaciones tratándose de inmuebles deberán constar en el Registro, como expresamente lo ordena el numeral 268 CC y, además, siempre deberán ser temporales -no más de noventa y nueve años-, conforme con el artículo 269 ibídem. También a diferencia de los límites, las limitaciones a la propiedad requieren de un acto especial de creación, sea un negocio jurídico intervivos o mortis causa, oneroso o gratuito, en el caso de ser voluntarias o bien una sentencia ejecutoria previa indemnización, en caso de ser forzosas. Las limitaciones, entonces, deberán demostrarse a través de su título constitutivo.

Como se ha señalado, las limitaciones a la propiedad privada reducen el poder que ordinariamente tiene el dueño y se constituyen por sentencia judicial o por voluntad de las partes, como lo son los derechos reales en cosa ajena (salvo aquellos establecidos directamente por la ley), servidumbres administrativas que es la sujeción parcial de la cosa a alguna utilización o uso en beneficio de la comunidad y las prohibiciones de enajenar.

2.- Limitaciones a la vivienda adquirida con subsidio o financiamiento estatal

En cuanto a la vivienda adquirida con subsidio o financiamiento del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda -en adelante el Sistema-, según la ley que le regula, No. 7052 del 13 de noviembre de 1986 y su reforma por Ley No. 7208 del 21 de noviembre de 1990, esa propiedad debe quedar inscrita a nombre del beneficiario o a favor de ambos cónyuges, según el caso, pero la misma queda sujeta a restricciones a la libre disposición de sus dueños, las cuales asumen, entonces, la naturaleza jurídica de verdaderas limitaciones a la propiedad tal como fue explicado y en las cuales podemos señalar la prohibición de disponer y el patrimonio familiar, además de otras que se desarrollarán a continuación.

a) Prohibiciones de disponer.

Las prohibiciones de disponer se tratan de una restricción a la libre enajenación, gravamen o celebración de negocios obligacionales que recaen en una cosa, normalmente impuesta por el transmitente, el acreedor o bien en virtud de la ley.

En tal sentido podemos distinguir la prohibición de disponer en sentido estricto, como limitación a la propiedad que nace de la voluntad de las partes, y por la cual una parte transmite a otra un derecho real sobre una cosa, pero estableciéndose que el adquirente no tiene facultad de realizar negocios constitutivos de derecho real o personal en favor de terceros, tales como venta, hipoteca o incluso darlo en arrendamiento. Estas prohibiciones de disponer son limitaciones del dominio, pero no crean derecho real a favor de otro. Esto es, el propietario conserva su derecho, pero sin existir un correlativo derecho a favor de otro.

En cuanto a los negocios prohibidos, en abstracto, pueden ser cualesquiera, incluso puede ser una prohibición de disponer en sentido amplio, que incluya cualquier acto de disposición, de modo que por lo menos en este caso el titular del dominio no tendría ese atributo, si bien puede usar y disfrutar del bien sin restricción, incluso transformarlo. Por supuesto que, si admitimos lo anterior, con mayor razón se puede admitir una cláusula que prohíba determinados negocios, como la enajenación a título oneroso o gratuito, gravamen, etc.

En cuanto a su posibilidad en nuestro ordenamiento, según el principio de autonomía privada pueden ser establecidas por las partes, siempre y cuando se respete el artículo 292 del Código Civil, que al efecto se trata de una norma de orden público, no derogable por los interesados y que literalmente reza:

"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. Es permitido establecer limitaciones a la libre disposición de los bienes, únicamente cuando éstos se transfieren por título gratuito. Pero no serán válidas por un plazo mayor de diez años, salvo tratándose de beneficiarios menores de edad, en que este término puede ampliarse hasta que el beneficiario cumpla veinticinco años de edad. Serán nulas por contrarias al interés, y a la libre disposición de los bienes como atributo del dominio, las limitaciones establecidas por mayor tiempo del indicado en el presente artículo y, en consecuencia, el Registro Público hará caso omiso de ellas en cuanto excedan de los términos señalados, considerándose el bien libre de toda restricción".

Las restricciones al dominio o prohibiciones de disponer, consecuentemente, solamente pueden ser impuestas por el transmitente al adquirente por testamento o donación, esto es, actos a título gratuito, tanto en bienes muebles como inmuebles, en razón de que la norma no establece distinción alguna.

Es claro insistir en que no es posible imponerlas al propietario actual sino sólo al sucesivo, ni tampoco en actos a título oneroso, tales como ventas o hipotecas. Al respecto es importante mencionar el caso de las hipotecas a favor del Sistema Bancario Nacional, en las cuales es común encontrar una cláusula "sin que tome nota el Registro", según la cual el deudor acepta que si se traspasare, comprometiere, arrendare o dispusiere de cualquier otra forma el bien que se da en garantía sin el consentimiento expreso del Banco acreedor, éste con su sólo dicho podrá tener por vencida y exigible ejecutivamente la cancelación total de la deuda. Semejante cláusula no puede entenderse como una restricción lícita al dominio pues no es de los casos contemplados por ese numeral y, a tenor del mismo, debe tenerse por no puesta como cláusula leonina o abusiva, que atenta contra el derecho de propiedad. Lo anterior sin importar la circunstancia de que se consigne sin que el Registro tome nota, pues lo cierto es que siempre forma parte del contrato, y como tal es ley entre las partes. Empero, esa cláusula podría entenderse en realidad como un vencimiento anticipado de la obligación, la que si bien tiene ese beneficio por el plazo de quince años -en caso de vivienda p.e.-, en caso de su incumplimiento el banco acreedor podría ejecutar la obligación por el saldo del crédito adeudado.

Creemos nosotros que, sin embargo, tal interpretación siempre mantiene el carácter de ilícita, en el tanto es leonina o abusiva, pues la venta o gravamen del inmueble no ocasiona perjuicio alguno al Banco, en la medida que éste siempre mantiene su derecho de persecución y, obviamente, la preferencia. Además, no sería de los casos que enumera el artículo 777 del Código Civil para el vencimiento anticipado.

Finalmente queremos señalar que en doctrina se admite la prohibición de disponer simple, según la cual el negocio se puede efectuar, pero requiere autorización de otra persona, lo que no aparece en nuestro sistema.

A diferencia de las anteriores tenemos las prohibiciones de disponer o limitaciones que aparecen en normas especiales para el sector público dedicado a la adjudicación de inmuebles o financiamiento de la construcción o adquisición de vivienda, en las cuales encontramos como característica común que se permiten además en actos a título oneroso, básicamente en la venta con financiamiento o constitución de créditos hipotecarios, así como implicar también en un supuesto de inembargabilidad del inmueble.

En tal sentido tenemos el numeral 42 de la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, No. 1788 del 24 de agosto de 1954, reformado por Ley No. 7097 del 18 de agosto de 1988, el cual literalmente dice:

"Las viviendas adjudicadas o vendidas por el Instituto no podrán ser arrendadas, gravadas en favor de terceros, embargadas, vendidas ni traspasadas por ningún título, mientras el INVU mantenga restricciones al dominio, las cuales podrán estar vigentes por un plazo máximo de diez años desde la fecha de la respectiva adjudicación o venta. El Registro Público no inscribirá dentro del indicado término ventas ni traspasos de ninguna clase, salvo que medie aprobación de la Junta Directiva del Instituto..."

Debe señalarse también el caso de la Ley de Creación del Instituto Mixto de Ayuda Social, No. 4760 del 4 de mayo de 1971 y sus reformas, en especial Ley No. 7154 del 24 de julio de 1990, que adiciona los artículos 37, 38 y 39, según los cuales diez años después de habitar en una de las viviendas construidas por el IMAS, esta institución le adjudicará a cada beneficiario el título de propiedad, siempre y cuando

haya cumplido con todas las disposiciones establecidas en el Reglamento de esa ley, en cuanto al buen uso y mantenimiento del inmueble adjudicado, y señala el último de los artículos citados, que "en los casos a que se refieren los artículos precedentes, queda prohibida la venta de los inmuebles por parte de los beneficiarios, por un período de diez años". Igualmente, en las escrituras que otorga esa entidad queda constancia de que los terrenos traspasados quedan sujetos a las limitaciones de la ley, que establecen que los terrenos no se pueden vender, donar, arrendar o gravar hasta tanto no hayan transcurrido diez años y no hayan sido pagados, todo a partir de la fecha de adquisición, salvo con autorización del Consejo Directivo del IMAS y, agregamos, que normalmente requiere la aprobación previa del Centro de Acción Social. Para tales efectos en la escritura de traspaso o constitución de gravamen deberá comparecer el representante legal de esa Institución para autorizar el levantamiento de limitaciones para efectos de venta o hipoteca, según acuerdo del Consejo, debiendo indicarse expresamente el artículo, acta y fecha del mismo. Por supuesto que para la firma de esa escritura se deberá contar con el visto bueno del Departamento Legal de la entidad.

Por último, nos interesa referirnos al supuesto del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, pues según la ley que le regula antes citada, se dispone en el artículo 169:

"Los inmuebles financiados o que hayan recibido el beneficio del subsidio del Fondo por parte del Banco o de las entidades autorizadas, no podrán ser gravados ni enajenados sin autorización escrita del acreedor, hasta por un período de quince años. El Registro Público, no inscribirá y anulará de oficio la presentación al Diario de cualquier documento que no cuente con esa autorización. Igual limitación soportarán aquellos inmuebles que hayan sido adquiridos mediante alguna otra forma de subsidio.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la exigibilidad inmediata de la deuda pendiente o de las limitaciones establecidas en la vía ejecutiva hipotecaria. De igual forma, se procederá en los casos en que el Banco o la entidad autorizada acreedora, comprueben que el deudor o beneficiario del subsidio hayan destinado los fondos del préstamo o de la subvención en otros fines o que alteraron las especificaciones de la construcción en demérito de la calidad del proyecto, de la vivienda o de la garantía, o bien, que recibieron el crédito o el subsidio mediante el suministro de información falsa, sin perjuicio de otras responsabilidades.

Las viviendas financiadas por el Sistema serán inembargables por terceros acreedores".

Como ha resuelto el Registro Público, en diligencias administrativas que forman el expediente No. 110-93, resolución de las 10,15 horas del 2 de diciembre de 1993, el Registrador debe cancelar cualquier asiento de presentación en contravención con el citado artículo 169, en aquellos casos en que no se cuente con la autorización expresa del Banhvi, también a tenor del artículo 7 de la Ley No. 6145 de 18 de noviembre de 1977 y sus reformas. En el caso de que el Registrador no proceda a cancelar la presentación de oficio, la solicitud del interesado es procedente en cualquier tiempo. Continúa manifestando el Registro Público que, si se trata de mandamientos de embargo, lo procedente es anotar el mismo y enviar la respectiva nota a la autoridad judicial remitente, comunicándole que el inmueble que se ordenaba anotar es inembargable, a efecto de que esa autoridad expida el mandamiento de cancelación de ese embargo. Se considera tal el procedimiento a seguir, pues al no anotar en el inmueble sería desacato de una orden judicial, lo cual tampoco es correcto.

Por tanto, la venta, hipoteca, segregación y otros actos u operaciones sobre una finca que tiene limitaciones del Sistema -"limitaciones Banhvi"-, requieren de la comparecencia en la escritura respectiva del representante del Banco Hipotecario de la Vivienda (Banhvi) y de la entidad autorizada a cuyo favor aparece el crédito hipotecario, ambos manifestando su consentimiento en el mismo, si bien debemos aclarar que las *limitaciones* a favor del Banhvi continúan vigentes por el plazo originalmente establecido -esto es, quince años o menos a partir de la escritura de formalización por la cual se concede el subsidio o bono familiar de vivienda-, lo cual se debe mencionar en el cuerpo de la escritura, de modo que se dirá que autorizan la operación en el entendido que las limitaciones continúan vigentes.

Al efecto señala el artículo 2, inciso 1.12, subinciso b), de las Normas Operativas para el Financiamiento de Largo Plazo del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda -en adelante "normas operativas"-, aprobado por la Junta Directiva del Banhvi, en su sesión extraordinaria No. 49 del 24 de junio de 1991, publicado en La Gaceta No. 140 del 24 de julio de 1991, que "cuando se autorizare expresamente que un beneficiario pueda vender su propiedad, o bien que éste cancelare los gravámenes existentes a favor del sistema, debe tenerse presente que las limitaciones del BANHVI se mantienen sobre el inmueble por el plazo previsto por la ley, aunque el nuevo propietario no reciba financiamiento del Sistema Financiero Nacional para la vivienda".

En ese sentido debemos indicar que las limitaciones son obligatorias e irrenunciables, inclusive para el Banhvi. En tal sentido consideró la Dirección de Asuntos Jurídicos del Banco (DAJ):

"Las llamadas "limitaciones BANHVI" proceden de la aplicación del artículo 169 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Con base en dicha norma se busca inmovilizar los inmuebles para sacar del libre comercio

de los hombres las viviendas financiadas por el FOSUVI -fondo de subsidios para la vivienda-. Se trata de una limitación de orden público, compatible con el artículo 45 de la Constitución Política, ya que lo que fue suministrado a título gratuito con recursos públicos, no podrá transformarse libremente en una operación mercantil con fines de lucro, al menos durante un plazo determinado (15 años de acuerdo con la ley). Por consiguiente, tratándose de la aplicación de una ley de orden público, la aplicación de dicha norma deviene en obligatoria e irrenunciable, motivo por el cual ni el BANHVI ni las entidades autorizadas del Sistema, están autorizadas para levantar dichas limitaciones" (AL-148-91 de 27 de mayo de 1991. *Compendio de Jurisprudencia Administrativa*, Banco Hipotecario de la Vivienda, San José, tomo I, noviembre, 1993, p. 64).

En otro orden de ideas, para obtener la firma del representante legal del Banhvi en la escritura de traspaso o hipoteca, es necesario el "visto bueno" de la Dirección de Asuntos Jurídicos de esa institución, para la cual se requiere lo siguiente: a) Constitución de hipoteca: copia de la carta de la entidad autorizada o del Banhvi en la cual se autoriza la hipoteca, así como las condiciones financieras del préstamo (plan de inversión, plazo, tipo de interés, etc.), copia del borrador de la escritura, estudio registral; b) Venta: copia de la carta del Banhvi en la cual autoriza la venta, recibo de donación del monto del bono familiar de vivienda otorgado, en aquellos casos en los cuales el beneficiario se comprometió a donarlo, copia del borrador de la escritura, estudio registral, certificación registral o notarial de que los adquirentes no poseen bienes inmuebles; c) Dación en pago: copia de la carta del Banhvi en la cual se autoriza la dación en pago, recibo de cancelación del Bono por parte de la entidad autorizada, copia del borrador de la escritura, estudio registral; y d) [Segregación: copia de la carta del Banhvi en la cual se autoriza la segregación, copia de los planos catastrados y visados por la municipalidad respectiva, copia del borrador de la escritura, estudio registral. Es importante aclarar que, en caso de tratarse de venta con hipoteca por parte del precio, deberá presentarse también la carta del Banhvi o la entidad autorizando la hipoteca.

Debemos también aclarar que las limitaciones establecidas por el referido artículo son a favor del Banhvi, en aquellos casos en que exista subsidio o bono familiar de vivienda -en adelante bono-, y a favor de la entidad autorizada por el sistema (mutuales, operativas, etc.) en el supuesto de existir un crédito hipotecario a su favor, aún en el caso de que el beneficiario de la operación no reciba bono, como sería crédito sin subsidio. Debe mencionarse que algunos no considerado que el titular legal de las limitaciones empre es el Banhvi, pues proceden de la Ley del Sistema. Creemos nosotros que, de tratarse de un crédito sin subsidio, empero, únicamente es necesario consentimiento y comparecencia del representante de la entidad autorizada, la cual sería la única titular de limitaciones, pues no media bono alguno.

En conclusión, el acto u operación debe ser autorizado por ambas entidades, salvo en el caso de no existir subsidio a favor del beneficiario del crédito, supuesto en el cual basta con la comparecencia de la entidad autorizada consintiendo en el mismo. Si debemos aclarar que en el caso de hipoteca de un inmueble sujeto a "limitaciones Banhvi" la autorización la puede conceder la entidad autorizada, si bien debe comparecer el representante del Banhvi, previo visto bueno de la DAJ. En los demás supuestos la carta de autorización de la(s) operación(es) debe proceder directamente del Banhvi. Ello de conformidad con el artículo 31 del Reglamento del Fondo de Subsidios para la Vivienda -en adelante RFSV- aprobado por acuerdo No. 1 de la Sesión Extraordinaria de Junta Directiva del Banhvi del 19 de diciembre de 1990, publicado en La Gaceta No. 11 del 16 de enero de 1991, según el cual "las entidades autorizadas podrán otorgar su consentimiento para que una vivienda subsidiada sea gravada o enajenada, de conformidad con las reglas siguientes: ...

- b) En caso de un nuevo gravamen hipotecario, éste solamente podrá autorizarse a favor de una entidad autorizada o una entidad pública, previo avalúo de la vivienda. Asimismo, el préstamo deberá ser indispensable para mantener la habitabilidad de la vivienda.
- c) En caso de enajenación de la vivienda, ya sea en forma de venta o cesión de la nuda propiedad o el usufructo, la entidad autorizada deberá obtener previamente la autorización del BANHVI".

Finalmente debemos mencionar que el numeral 169 en realidad se refiere a inmuebles financiados o que hayan recibido el beneficio del bono por parte del Banhvi o de las entidades autorizadas, de modo que procede en tres situaciones: inmueble financiado únicamente por bono total, crédito con subsidio y crédito sin subsidio, en el último caso el único requisito para que procedan las limitaciones es que el crédito hipotecario sea a favor de una ENTIDAD AUTORIZADA por el sistema de la vivienda, lo cual es comunicado al Registro Público para tales efectos.

b) Régimen del patrimonio familiar y otras restricciones de la Ley del sistema.

Finalmente, y en relación a las limitaciones sobre inmuebles debemos mencionar el caso del régimen de patrimonio familiar, al amparo de los artículos 42 y siguientes del Código de Familia, reformados por Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No. 7142 del 8 de marzo de 1990, conforme a los cuales el propietario de un inmueble lo afecta a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el

inmueble, de modo que en adelante el inmueble, "...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./ Tampoco podrá 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 a que se refiere el artículo siguiente" (artículo 42).

Debemos aclarar que la afectación al patrimonio familiar no se trata de un régimen de copropiedad ni concede titularidad alguna al (los) beneficiario(s) del mismo, siendo del caso que incluso podría ser sobre un inmueble que ni siquiera pueda ser considerado ganancial en caso de ser a favor del cónyuge. Se trata de una limitación al dominio en sentido estricto, de modo que el propietario no puede disponer ni gravar el bien si no es con el consentimiento del beneficiario o autorización judicial, comprobada la utilidad y necesidad del mismo. Debemos agregar, sin embargo, que el numeral 47 siguiente, inciso b), señala que tal afectación cesará "por muerte o mayoría de los beneficiarios", con lo cual reforma el texto anterior que consideraba causa de cesación el "fallecimiento de cualquiera de los cónyuges", conforme con la intención del legislador de permitir el régimen a otros supuestos o beneficiarios, como son ascendientes, convivientes e hijos menores. Consideramos, no obstante, equivocada la reforma en la medida que la muerte del propietario no aparece expresamente como causa de cesación de la afectación, lo cual podría contradecir el régimen de sucesiones, pues con la muerte del dueño debe abrirse necesariamente su sucesión y serán herederos o legatarios quienes conforme a la ley deban recibir los bienes, o bien quienes el testamento válidamente otorgado indique, que eventualmente podrían no ser los beneficiarios del régimen del patrimonio familiar. ¿Cómo entregar el inmueble al heredero o legatario soportando una afectación al patrimonio familiar en favor de otra persona, quien ni siquiera tiene derecho a cohabitar el mismo?

Otro problema que encontramos en las indicadas normas lo es en el patrimonio a favor de hijos menores, caso en el cual parece que la autorización únicamente puede provenir de autoridad judicial, a solicitud del propietario y previa demostración de la utilidad y necesidad del acto. Significa lo anterior que se equipara al supuesto de bienes de menores, en relación al art. 134 del Código de Familia, siendo supuestos completamente distintos. En la afectación al patrimonio familiar en favor de menores los bienes no son propiedad de los mismos como se ha indicado, y por tanto no se enajena o grava un bien del menor. En tal sentido deberá aplicarse por analogía los artículos 796 inciso 7) y 854 y siguientes del Código Procesal Civil, pues dichas normas establecen el procedimiento para la "enajenación, hipoteca o prenda de bienes de menores o de personas declaradas en estado de interdicción", lo que en sentido estricto no se presenta en el caso que interesa. Incluso creemos indebida la equiparación a la afectación al patrimonio familiar en favor de menores, donde no se trata de bienes ajenos, sino propios.

En relación a lo anterior, debemos citar también el artículo 56 de la Ley del sistema, que literalmente señala:

"Las familias que reciban el subsidio deberán inscribir el inmueble a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer; *asimismo, sobre el inmueble deberá constituirse el régimen de patrimonio familiar* tanto en el caso de matrimonio como en unión de hecho" (lo cursivo es nuestro).

En tal sentido el artículo 29 del Reglamento del Fondo de Subsidios para la Vivienda, señala que "el inmueble deberá afectarse al régimen de patrimonio familiar", con lo cual se ha considerado que también debe afectarse en el caso de madres y padres solteros, separados o divorciados, en favor de hijos menores; o inclusive en hijos solteros en favor de sus padres. También debe citarse el artículo 2 inciso 1.12, subinciso c) de las normas operativas antes citadas, según el cual "...no procederá la constitución del patrimonio familiar en los casos en que existiendo matrimonio, hubiere separación judicial o de hecho".

Véase que a diferencia del supuesto general de la afectación al régimen de patrimonio familiar, en el caso de inmuebles adquiridos con bono de vivienda, es forzosa para el propietario o adquirente, salvo aquellos supuestos en los cuales la conformación del núcleo familiar no permiten la afectación, a tenor del Código de Familia, p.e. mujeres solas con "hijos de crianza", sobrinos o nietos, hermanos, etc., en los cuales el notario deberá indicar que no procede con vista del expediente administrativo de la operación formalizada, a efectos de obtener la inscripción del documento.

Debemos agregar que la necesidad de la afectación al régimen de patrimonio familiar se ha hecho extensiva a los inmuebles adquiridos con crédito sin subsidio o bono, pero declarados de interés social, siendo aquellos que no sobrepasan el tope de ₡ 2,115,714.00, según acuerdo de la Junta Directiva del Banhvi, No. 3, artículo 5o., de la Sesión No. 82-93, celebrada el 28 de octubre de 1993. Lo anterior en razón de que esos créditos gozan de la exención de derechos de registro, timbres, impuesto de transferencia y cualquier tributo para la inscripción del documento, que establece la Ley del sistema.

También el artículo 56 antes citado señala que la propiedad deberá inscribirse a nombre de la pareja en el matrimonio y, en caso de unión de hecho, a nombre de la mujer, en estricta relación con el artículo 7o. de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, que literalmente decía:

Toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges, en caso de matrimonio, a nombre de la mujer, en caso de unión de hecho, y a nombre del beneficiario en cualquier otro caso, ya se trate de hombre o de mujer. El Registro Público no inscribirá las escrituras a que se refiere este artículo, si no constara que en la adjudicación se cumple con lo enunciado en el párrafo anterior".

No obstante, mediante voto No. 346-94 de 18 de enero de 1994 de la Sala Constitucional, se declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad No. 1887-90 y se anula del artículo 7 citado, la frase: "a nombre de la mujer", lo que sería igualmente aplicable al artículo 56 de la Ley del sistema. Al respecto la Sala interpretó que, a partir de esa declaratoria de inconstitucionalidad, tal norma debería ser entendida así:

Toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges, en caso de matrimonio, o en caso de unión de hecho y a nombre del beneficiario en cualquier otro caso, ya se trate de hombre o de mujer..."

Señala el Dr. Luis Baudrit Carrillo que el texto legal subsistente no contiene la conjunción "o" mencionada en el considerando y que en realidad no quedo establecido a nombre de quién debería inscribirse la propiedad en el caso de unión de hecho, por la sencilla razón de que la norma alude a "cónyuges" y precisamente, los convivientes no son marido y mujer, son simples compañeros (*Apuntes sobre la unión marital de hecho*, en *Ivstitia*, agosto, 1994, no. 92, pp. 16-17).

Creemos, en igual sentido, que muy diferente fue lo que la Sala Constitucional dispuso y, por otro lado, lo que quería establecer y que se desprende de los considerandos de ese voto.

Como dice el autor, "el resultado fue que se sustrajo la familia de hecho de la protección legal" (*ibid*, p. 17). No obstante, en la praxis registral lo cierto es que el inmueble que se adquiriera por medio del bono de vivienda o recursos del sistema financiero de la vivienda y que sea calificado de interés social, debe ser inscrito a nombre de los convivientes o compañeros, en caso de unión de hecho.

Interesa señalar que la norma en comentario podría presentar casos de difícil aplicación, como sucede cuando se trata de unión de hecho con una menor de edad, pues en tal supuesto la menor no tiene capacidad de actuar como si sucede con el matrimonio válido del menor que, a tenor del artículo 36 del Código de Familia, produce los efectos de la mayoría de edad. Así las cosas, es imposible jurídicamente que el inmueble se inscriba a nombre de ambos, pues la mujer al ser menor de edad es incapaz de actuar y no puede comparecer aceptando. Podría pensarse, entonces, que deben comparecer los representantes legales de la menor, caso en el cual sería necesario las diligencias de utilidad y necesidad para poder hipotecar y constituir limitaciones sobre el bien que adquiere la menor, con lo cual prácticamente la operación no se podría formalizar pues debe solicitarse autorización judicial para hipotecar un bien que aún no es de la menor, supuesto que en realidad no está previsto por el legislador.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura en comentario, considera el autor que no es un patrimonio familiar o afectación familiar de los bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges, como un patrimonio separado, no perseguible por acreedores, ni fácilmente disponible por su titular formal; ni tampoco se trata de una copropiedad común, en la que ambos convivientes o cónyuges tuviesen un derecho prodiviso; sino se trata más bien de otra figura, esto es "una titularidad compartida -actuación conjunta- de ambos convivientes" (*ibid*, p. 16).

No obstante, somos del criterio que en realidad se trata de una copropiedad común, al amparo de los artículos 270 y siguientes del Código Civil, esto es, el derecho de propiedad corresponde a dos o más personas donde cada uno tienen una parte ideal de la cosa, de modo que la cosa pertenece íntegramente a todos los copropietarios, en la proporción establecida. La única diferencia, entonces, con otras formas de copropiedad lo es que su fuente es la ley y, además, por la naturaleza de la cosa -vivienda de interés social- es indivisible por naturaleza, a tenor del artículo 272 inc. 2. CC. La fuente de la copropiedad es la ley, como sucede en otros casos p.e. art. 215 del Código de Comercio, no se trata de otra figura jurídica, tal como una titularidad compartida o de actuación conjunta.

También debemos tener claro que no debemos confundir la coexistencia de varios institutos, pues en la especie tenemos una copropiedad forzosa, por imperativo legal, que además es sometida a la afectación al patrimonio familiar en favor de ambos copropietarios y, por último, la propiedad queda sujeta a limitaciones a favor de BANH VI y la entidad autorizada por el plazo máximo de 15 años a partir de la formalización de la operación, según el plan de inversión -compra de lote, compra de lote y construcción, construcción de una vivienda de interés social, o reparación, ampliación y mejoras-. Quiere decir que los copropietarios de un

inmueble adquirido por el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda -el sistema- deben necesariamente actuar en forma conjunta, pero no por la circunstancia de ser copropietarios sino más bien por estar sometido el inmueble al patrimonio familiar. Tampoco es suficiente la actuación conjunta, pues como fue indicado sí en el patrimonio familiar aparecen menores beneficiarios, es necesario la disposición judicial que autorice el acto previa demostración de la utilidad y necesidad del mismo. Por último, deben comparecer consintiendo en el mismo el representante legal de la entidad autorizada y del BANHVI. Recordemos que en el mejor de los casos y si se logra obtener todas las autorizaciones indicadas, la propiedad vendida siempre mantendrá las limitaciones Banhvi por el plazo originalmente establecidas. Como fue explicado, la propiedad adquirida con recursos del Sistema queda limitada ampliamente para garantizar que el subsidio estatal no se convierta en un negocio lucrativo, salvo que no tuviere el bono de vivienda.

Por último, queremos citar el artículo 2 incisos 1.13 y 1.14 de las normas operativas antes referidas, que señalan algunas restricciones para las propiedades a financiar con recursos del Sistema. A tenor del primero, en el caso de gravámenes en lote propio o en la propiedad a adquirir, debe procederse de acuerdo a una de las siguientes opciones: a) posposición de la hipoteca aun grado inferior en el momento de formalización de la operación, salvo que sea a favor de una institución del estado o entidad autorizada, y el Banhvi autorice una hipoteca de segundo grado, a tenor del artículo 108 inc. c) de la Ley del sistema; b) cancelación de la hipoteca en el momento de la formalización y con parte de los recursos de la operación; y c) ampliación de la hipoteca, cuando la entidad que financia es la acreedora del gravamen que pesa sobre la propiedad.

En cuanto al inciso 1.14 citado, literalmente reza:

"Propiedades inscritas mediante información posesoria y derechos no localizados: En todos los casos se aplican los términos del artículo 156 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. Si hubiere varios copropietarios y no existiere posibilidad inmediata de segregar el inmueble, sólo se otorgará el subsidio o el crédito si todos los copropietarios comparecen a dar su consentimiento y a aceptar las limitaciones BANHVI. Caso contrario deberá localizarse el derecho por los medios correspondientes. Si el usufructo fuere propiedad de otra persona, y esta no formare parte del grupo familiar, deberá trasladarse al beneficiario" (sic).

Podemos concluir, entonces, que las viviendas de interés social o lotes adquiridos por medio del Sistema son de las propiedades inmuebles que presentan mayores limitaciones de interés privado y público. El inmueble adquirido en esos casos es de difícil disposición, enajenación o gravamen por parte de su titular(es), por lo menos por el plazo originalmente establecido como máximo de 15 años, aun en supuestos de transmisión en virtud de procedimientos judiciales como sucede en divorcio, separación judicial e, incluso, sucesión, que no son causas de cesación de las limitaciones y empero exista una disposición judicial que indique el titular del bien o de derechos sobre el mismo, deben siempre ser aprobados por el BANHVI y la entidad autorizada. El adquirente de una vivienda o lote financiado en parte con recursos del sistema, que no haya obtenido las autorizaciones y cumpla con las formalidades antes indicadas, en realidad no adquiere la titularidad ante terceros y el acto es inoponible frente a ellos, como sucede con las entidades del Sistema, a mayor razón si se considera que el Registro Público debe cancelar de oficio la presentación de cualquier documento que no cuente con la autorización del Banhvi.