

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR EL
GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE BIENES GANANCIALES A LA
LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO COMPARADO**

Estudiantes:

SILVIA DELGADO MONTES

BRENDA VARGAS QUESADA

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

2008

Agradecimientos

Deseamos brindar el más sincero agradecimiento a los Profesores Licda. Vilma Alpizar, Lic. Gustavo Montero y Pedro Chaves por su colaboración e interés en la elaboración del presente trabajo de investigación.

Es un estímulo saber que aun existen personas y profesores que poseen el carisma de enseñar con amor y dedicación, con el afán de hacer crecer a sus alumnos.

*Silvia Delgado Montes
Brenda Vargas Quesada*

Dedicatoria

A Dios quien es el poder tras de mi que me permitió concluir esta importante meta de mi vida y realizar el presente trabajo.

A mis padres por sus oraciones y fe en mí. Y mis Hermanos (todos) por estar siempre presentes cuando los necesite.

Igualmente lo dedico a mi esposo, Julio por todo el apoyo que me brindo ai Hijo Jose David el regalo más hermoso y la enseñanza más grande que la vida me pudo dar.

Silvia Delgado Montes

DEDICATORIA

Quiero dedicarle este trabajo a Dios, la Virgen de los Angeles y muy especialmente a mi madre Margarita Vargas, que es gracias a ella, a su apoyo y sacrificios los que me han permitido lograr todo lo he conseguido, no solo me ha dado la vida sino todo su amor el cual me a convertido en la persona que soy.

Gracias mami por todo lo que me has dado en la vida.

INDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| TÍTULO I: ANÁLISIS GENERAL SOBRE BIENES GANANCIALES | 6 |
| CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 6 |
| 1.1. Comisión de 1952..... | 6 |
| 1.2 La Comisión de 1968..... | 6 |
| 1.3. El Código de Familia..... | 19 |
| 1.4. Reforma de 1976..... | 15 |
| 1.5. Reforma de 1997..... | 19 |
| CAPÍTULO II: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES | 29 |
| 2.1 CONCEPTO..... | 29 |
| 2.2. NATURALEZA JURIDICA..... | 37 |
| 2.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES GANANCIALES | 41 |
| A. Adquiridos dentro del Matrimonio..... | 41 |
| B. Esfuerzo común..... | 42 |
| C. Adquiridos onerosa..... | 43 |
| 2.3.1. Bienes introducidos al matrimonio:..... | 45 |
| 2.3.1.1 Bienes adquiridos a título gratuito..... | 50 |
| 2.3.2. Bienes comprados con valores propios de uno de los cónyuges...47 | |
| 2.3.3. Bienes adquiridos por causa o título de adquisición precedió al matrimonio..... | 49 |
| 2.3.4. Los muebles o inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuge..... | 56 |
| 2.3.5. Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges..... | 563 |
| TÍTULO II: DIFERENTES REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO..... | 55 |
| CAPÍTULO I: PRINCIPALES REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO..... | 56 |
| 1.1 COSTA RICA..... | 60 |
| 1.1 Régimen de Comunidad..... | 60 |
| 1.2 Régimen de Separación..... | 62 |

| | |
|---|-----------|
| 1.3 Régimen de Participación Diferida o Mixto..... | 63 |
| 1.2. ESPAÑA..... | 68 |
| 2.1 Régimen de Absorción..... | 68 |
| 2.2 Régimen de Comunidad..... | 68 |
| 2.3 Régimen de Separación..... | 69 |
| 1.3. ARGENTINA | 83 |
| 3.1 Régimen de Absorción Económica de la Mujer por el Marido..... | 83 |
| 3.2 Régimen de Unidad y Unión de Bienes..... | 83 |
| 3.3 Régimen de Comunidad..... | 84 |
| 3.4 Régimen de Separación..... | 84 |
| 3.5 Régimen de Participación..... | 84 |

TÍTULO III ANÁLISIS JURISPRUDENCIA DEL CONCEPTO DE BIENES GANANCIALES 92

CAPÍTULO I: LO QUE SE ENTIENDE POR BIEN GANANCIAL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.....92

TÍTULO IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE DAN AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN EN RELACIÓN CON ALGUNOS BIENES Y SUGERENCIAS PARA LA PROTECCIÓN DE ESTOS136

CAPÍTULO I: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE PROBLEMAS QUE SE DAN AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN SOBRE LOS BIENES CONSIDERADOS GANANCIALES138

| | |
|-----------------------------|-----|
| 1.1 Concesiones..... | 138 |
| 1.2 Cuentas Bancarias | 148 |
| 1.3 Título Valores..... | 150 |
| 1.4 Mejoras | 154 |

CAPÍTULO II. FORMAS DE PROTEGER LOS BIENES GANANCIALES164

| | |
|---|-----|
| 2.1 Capitulaciones Matrimoniales..... | 164 |
| 2.2 Afectación al Patrimonio Familiar | 167 |
| 2.3 Liquidación Anticipada..... | 172 |
| 2.4 Anotación de demandas | 179 |
| 2.5 Levantamiento del velo societario..... | 182 |
| 2.6 Simulación..... | 198 |

CONCLUSIÓN.....19706

BIBLIOGRAFÍA.....209

FICHA BIBLIOGRAFICA

Delgado Montes, Silvia y Vargas Quesada, Brenda (2008), La Evolución del Concepto de Bienes Gananciales a la Luz de la Jurisprudencia y el Derecho Comparado. Trabajo Final de Graduación para Optar por el Título de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica.

Directora: Vilma Alpizar Matamoros

Palabras Claves: Bienes Gananciales, Cónyuges, Regimenes patrimoniales, matrimonio, Bienes adquiridos a título oneroso, esfuerzo común, liquidación, Capitulaciones Matrimoniales, Afectación a Patrimonio Familiar, Liquidación Anticipada, Anotación de Demandas, Levantamiento del Velo Social, Simulación.

Resumen

En nuestro país el concepto de Bienes Gananciales es dado por la ley, sin embargo el autor Gerardo Trejos define los bienes gananciales como: “todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio”

Por su parte los regimenes patrimoniales están encargado de regular la manera en que se manejan las relaciones económicas dentro de la relación matrimonial, estos lo que buscan es determinar a quien le corresponderá el derecho de propiedad de los bienes que se adquieran dentro del matrimonio.

Cada Legislación regula los regimenes a su conveniencia en Costa Rica tenemos LAS Capitulaciones Matrimoniales y el sistema de Participación Diferida. Por su parte dentro de la legislación y doctrina española los regimenes aplicados son Capitulaciones Matrimoniales, El régimen de comunidad de gananciales, el régimen de separación de bienes, el régimen de participación, Argentina organizó un régimen de comunidad.

En Nuestro ordenamiento podemos concluir que el mayor problema que sufre nuestro régimen es la libre disposición que posee cada cónyuge sobre los bienes que se encuentran a su nombre, ya que esto permite que los cónyuges distraigan del patrimonio ganancial bienes que aunque estén a su nombre tienen vocación de ganancial. Ante este problema es necesario encontrar una solución que permita a los cónyuges prevenir este tipo de controversias; para lo cual seria muy provechoso que vía ley se le ordene a los cónyuges que decidan sobre cual régimen desean que se aplique a una eventual disolución del vinculo conyugal o si fuera el caso de que los cónyuges escojan un régimen el cual no les beneficie o se sientan cómodos, que tengan la posibilidad de optar por uno nuevo y se dará liquidando los bienes existentes en ese momento e iniciando un nuevo régimen.

Para evitar los problemas relacionados a la disposición del bienes durante el matrimonio proponemos que cada uno de los cónyuges pueda tener a su nombre bienes gananciales pero que si desea disponer de los mismos deberá de contar con la autorización o consentimiento expreso del otro cónyuge, con esto se evitara que se de la distracción de bienes que cuentan vocación de ganancialidad.

INTRODUCCION

La regulación de los bienes gananciales y su acepción ha sido definida en las diferentes legislaciones; la evolución de este concepto y los regímenes existentes para determinar cómo se manejarán los bienes dentro del matrimonio ha sido de gran interés, ya que dentro de estos se ven mezclados elementos de carácter económico, social, relaciones de poder entre el hombre y la mujer, entre otros.

Dar un concepto de bienes gananciales no es difícil, ya que generalmente es la misma normativa la que lo define; en el caso de Costa Rica se encuentra contemplado en el artículo 41 del Código de Familia: el autor costarricense Gerardo Trejos lo define como: *“Todo aquello adquirido a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, esfuerzo y cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que ha significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos del que se aportó al constituirse el matrimonio”*¹.

Se dice que la naturaleza jurídica de los bienes gananciales es un derecho personal y no real, como en muchas ocasiones se tiende a confundir, esto por que al momento de darse la liquidación de los bienes gananciales los cónyuges lo que tiene es un derecho sobre el valor de los bienes y no sobre el bien como tal.

¹ Trejos, Gerardo. Derecho de familia Costarricense, San José, Editorial Tomo I, cuarta edición, 1990, pág. 180.

Antes de la reforma de 1997 al artículo 41 del Código de Familia, que establecía la pérdida del derecho a gananciales por parte del cónyuge culpable, declarado en la disolución del vínculo matrimonial, se observaba el Derecho de Gananciales como un derecho personal; esto por cuanto el cónyuge perdía un 50% por el solo hecho de ser declarado culpable. Esto era un castigo o una sanción para aquel cónyuge que se “había portado mal” en el matrimonio; se tomaba en cuenta circunstancias que tenían que ver con el conflicto que llevaba al matrimonio a la crisis y se olvidaba el esfuerzo común realizado durante el matrimonio.

El fin de este trabajo de investigación es conocer la situación actual en torno al tratamiento que se le da en nuestro ordenamiento jurídico, a los bienes gananciales con relación al desarrollo jurisprudencial posterior a la modificación del artículo 41 del Código de Familia.

También se tratará la problemática atinente a la determinación de los tipos de bienes que cumplen con las características establecidas en el artículo 41 del Código de Familia; además, se verá la falta de aplicación de los medios de protección en lo que corresponde a los bienes gananciales, dado que existe un desconocimiento por parte de la sociedad en torno a este tema.

La evolución de los bienes gananciales se examinará principalmente a la luz de la jurisprudencia, para lo que se analizará casos concretos que se han dado en nuestro sistema de justicia.

También se realizará un análisis en el nivel de derecho comparado en relación con Argentina y España, para así poder exponer los diferentes tratamientos y concepciones que se dan a los bienes gananciales, según el ordenamiento en el que se ubiquen, con el fin de observar las diferentes situaciones que ocurren en los otros países en relación con este tema. Con base en este análisis se determinará qué mejoras o modificaciones se pueden hacer en nuestro sistema.

Lo que se pretende probar como hipótesis en este trabajo es demostrar que pese a la reforma del artículo 41 del Código de Familia en que se eliminó la culpabilidad como motivo de pérdida al derecho a bienes gananciales y pese a que ésta provocó una igualdad entre los cónyuges al momento de la repartición aún existe una insuficiencia normativa que permita una protección más efectiva de los bienes con vocación ganancial y su justo reparto.

Para este fin se plantean los siguientes objetivos:

Objetivo General

Analizar el concepto y evolución de los bienes gananciales, con base en la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; esto a partir de la reforma que se produjo al artículo 41 del Código de Familia y el problema que existe con relación a la protección de estos bienes.

Objetivos Específicos

Analizar los antecedentes históricos y la naturaleza de los bienes gananciales.

Indagar en la jurisprudencia el tratamiento que se le da al tema de bien ganancial antes y después de la reforma al artículo 41 del Código de Familia.

Analizar el concepto de bien ganancial tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Identificar y analizar los diferentes Regímenes Patrimoniales en el matrimonio.

Realizar un análisis comparativo entre los diferentes Regímenes Patrimoniales existentes en Costa Rica así como en España y Argentina.

Para esta labor de análisis, el presente trabajo se ha dividido en cuatro títulos: el primero de ellos llamado “Análisis General sobre Bienes Gananciales”, en el cual se analizarán los antecedentes históricos del concepto de bienes gananciales, el concepto y naturaleza de los bienes gananciales, como sus características.

En el título segundo, denominado “Diferentes Regímenes Patrimoniales en el Matrimonio” se realizará un análisis general de los principales regímenes patrimoniales que se pueden dar en el matrimonio; también se estudiará la clasificación que se hace a los regímenes según autores de diferentes países, para finalizar con los regímenes que son aplicables en las diferentes legislaciones.

En el título tercero se realizará un análisis jurisprudencial del concepto de bien ganancial antes y después de la reforma del artículo 41 del Código de Familia.

Para finalizar esta investigación, se desarrolla un título cuarto que pretende realizar un análisis jurisprudencial sobre los principales temas que se dan al momento de la liquidación de bienes, en relación con algunos bienes y sugerencias para la protección de los bienes con vocación ganancial.

La presente investigación tiene un enfoque descriptivo de las diferentes variables que se dan respecto al concepto de bienes gananciales y de los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio. En este sentido, se realizará una investigación bibliográfica y conceptual, análisis de la normativa vigente, y la jurisprudencia dominante.

Por esta razón, la investigación será de índole bibliográfica, dando especial interés al estudio y análisis de la normativa y jurisprudencia que regula la materia en Costa Rica y otras legislaciones.

De allí que la presente investigación se puede considerar que tendrá un enfoque descriptivo de las variables fundamentales para la determinación de los tipos de bienes gananciales y regímenes patrimoniales en el patrimonio matrimonial. En este sentido, se realizará una investigación bibliográfica-conceptual, tanto nacional como extranjera, para realizar una comparación de los sistemas jurídicos y la evolución, con países como España y Argentina; también se analizará la legislación vigente; así mismo, se

hará un estudio jurisprudencial y de los cambios generados a raíz de las modificaciones normativas.

Con base en lo anterior, la revisión bibliográfica es fuente fundamental en la recolección de la información. Y estará basada principalmente en la recopilación de jurisprudencia nacional que verse sobre el tema en estudio. De igual forma se realizará una revisión y un examen de doctrina tanto nacional como internacional, de normativa relevante y que guarde relación con el tema en estudio en el nivel nacional y en otros países que contemplen el tema de bienes gananciales en su ordenamiento.

Para dicha revisión, se pretende consultar todo aquel material bibliográfico al que se tenga acceso, en las distintas bibliotecas jurídicas.

TÍTULO I: ANÁLISIS GENERAL SOBRE BIENES GANANCIALES

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es importante iniciar haciendo un análisis a la institución sobre la que se va a tratar; en este caso, del Código de Familia de 1974, con relación a su proceso de creación. Se iniciará con la comisión de 1952 hasta la reforma del artículo 41 del Código de Familia de 1997.

1.1. Comisión de 1952

La constitución de la comisión legislativa especial se efectuó en el año 1952, y mediante esta se realizó una serie de modificaciones que en lo fundamental no permitieron la igualdad jurídica entre hombres y mujeres.

Por ejemplo, el artículo 138 ius ibídem, cuyo texto original reconocía al padre del menor el derecho de patria potestad, dándole a la mujer solo participación con sujeción a la autoridad de aquel, reconoce "*al padre y a la madre el derecho de ejercer con iguales derechos la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio*"², entre otras reformas.

Sin embargo, en esta oportunidad no se realizaron reformas en lo referente al régimen patrimonial conyugal.

1.2 La Comisión de 1968

La Asamblea Legislativa, por Acuerdo N° 2, del 13 de noviembre de 1968, nombró una comisión compuesta de diputados en ejercicio y de "expertos" en una materia que afectaba profundamente los derechos de las mujeres y tenía incidencia en la visión de su identidad personal y familiar.³

Cabe destacar que solamente cuatro de los diez expertos nombrados eran mujeres. Según sus proponentes, era suficiente para conseguir el objetivo de desarrollar el principio de igualdad entre sexos, que tenía casi veinte años de estar consagrado en la Constitución Política; pero que a pesar de estar así consagrado, en

² Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, 5° edición, Editorial Juricentro, 1999, San José; Costa Rica, pág 111.

³ Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1982. pág 19.

la práctica era evidente la desigualdad, como lo manifiesta el Diputado Eladio Vargas Fernández, miembro de la citada comisión:

“La burla y la injusticia consisten en disponer que cada cónyuge tiene el derecho a la mitad en los bienes habidos con el esfuerzo común durante el matrimonio, pero cuando el cónyuge a cuyo nombre figuran tales bienes (generalmente el varón) desea burlar ese derecho, lo hace con un simple traspaso de dichos bienes a favor de otra persona que se los devuelve apenas quede disuelto el matrimonio, si se trata de un divorcio; y que aun en caso de disolución por causa de muerte, también le es permitido dejar al otro en completa indigencia, con solo traspasarlos a personas escogidas a su libre arbitrio, sin tomar en cuenta al otro cónyuge que con su esfuerzo hizo posible la formación de aquel patrimonio. Son numerosos los casos en que el cónyuge que incurre en una causal de divorcio y que sabe que se prepara una demanda en contra suya se apresura a realizar un traspaso, naturalmente simulado, a favor de un pariente o una persona de su confianza, y cuando la demanda de divorcio llega al Tribunal y este ordena anotarla en el Registro Público sobre el bien o bienes en los cuales el cónyuge inocente tiene su pretendido derecho a la mitad, ya este no existe por haber sido enajenados con anterioridad por medio de un traspaso, que se sabe ficticio, pero que no puede atacarse con buen éxito por constar en un instrumento público.”⁴

Con el anterior pensamiento, la comisión trató de ponerle fin a esta injusticia, estableciendo el principio de que aquellos bienes que deben considerarse comunes al disolverse el matrimonio, no pueden enajenarse, ni gravarse durante el matrimonio, sin el consentimiento del otro. El proyecto agregó al artículo 39, lo siguiente:

⁴ VARGAS FERNÁNDEZ, ELADIO. “Comentario al Código de Familia”. Revista de Ciencias Jurídicas, número 23. Editorial Colegio de Abogados. 1975, pág 109.

“Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, solo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado.”⁵

Pero este párrafo no fue aceptado para agregarlo al Código de Familia, así que fue eliminado, sin que se manifestara la preocupación por buscar otra solución a tan desigual trato. En relación con esta supresión, unida a la reforma que acepta la realización de las capitulaciones matrimoniales dentro del matrimonio, opinó don Eladio Vargas:

“...parece que la igualdad de derechos de los cónyuges, establecida por el artículo 52 de la Constitución Política, que es un verdadero avance en esa materia, ha sido derogado de hecho, al menos en su aspecto patrimonial.”⁶

Así es que la preparación del proyecto de Código de familia tardó desde noviembre de 1968 a abril de 1970. Más adelante, la circunstancia de que el proyecto de Código de Familia fuera entregado a una Asamblea Legislativa distinta de la que había dispuesto y realizado su preparación es un factor que explica la tardanza sufrida para poder convertirse en ley.

⁵ VARGAS FERNÁNDEZ, ELADIO. “Comentario al Código de Familia”. Revista de Ciencias Jurídicas, número 23. Editorial Colegio de Abogados. 1975, pág 110.

⁶ VARGAS FERNÁNDEZ, ELADIO. “Comentario al Código de Familia”. Revista de Ciencias Jurídicas, número 23. Editorial Colegio de Abogados. 1975, pág 110.

De noviembre de 1970 a mayo de 1971, la Comisión legislativa respectiva llevó a cabo el estudio del Proyecto de Código de Familia. Del 25 de mayo de 1971 hasta el 11 de enero de 1972 pasó a una subcomisión que celebró 85 sesiones pero ni siquiera se rindió un informe.

No fue sino hasta mayo de 1972 que el conocimiento del proyecto adquirió un carácter ordenado y sistemático. Pero para ese tiempo ya habían dos elementos nuevos en el proceso: En mayo de 1972 el Lic. Jorge Solano Chacón llegó hasta la presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos, quien desarrolló un interés auténtico en conducir el futuro Código a través de cada una de las etapas legislativas. Y además se había constituido un grupo de presión interesado en la aprobación del proyecto, que estuvo formado por varias organizaciones feministas.

El movimiento fue iniciado por dos profesoras de la Escuela de Derecho. Las Licenciadas Sonia Picado y la Doctora Elizabeth Odio. Sus presiones se dirigían a la parte debilitada por el ordenamiento:

“Al deteriorarse la relación conyugal y al sobrevenir la separación de los cónyuges o la disolución del vínculo, surgen en toda su magnitud los problemas de la mujer que, junto con los hijos, carece de protección jurídica al ver negado y burlado sus derechos en una proporción alarmante mayoritaria de casos”⁷

⁷ Odio Benito, Elizabeth. “Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una Reforma”. Revista Justicia de Costa Rica, Año IX N°33, junio 1985, pág 66.

Ellas interesaron al Comité de Cooperación de Costa Rica, de la Comisión Interamericana de Mujeres, y a la Federación de Mujeres Profesionales. Estas entidades celebraron una serie de reuniones para dar a conocer el Proyecto; obtuvieron que la Comisión de Asuntos Jurídicos pidiera al Plenario que el trámite continuara después de vencerse el plazo de los dos años, y visitaron la Comisión en varios grupos, para abogar por la rendición del dictamen. Como resultado de esa tarea, al iniciarse las sesiones ordinarias en mayo de 1972, el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos se refirió a la existencia de cierta presión pública, ejercida por medio de publicaciones, para que se aprobara o saliera cuanto antes el Código de Familia.⁸

El 17 de octubre de 1973, el Código de Familia fue aprobado en primer debate, y el 1 de noviembre de ese mismo año se le dio el tercer debate, dado que en ese entonces se necesitaban tres debates para formarse la ley; esto fue antes de que la norma constitucional se modificara a dos debates. El 21 de diciembre de 1973, el Código de Familia recibió la firma del Presidente de la República, mediante el artículo 1º de la Ley N° 5476; el cual se publicó mediante La Gaceta N° 24 de 5 de febrero de 1974, para que entrara en vigor el día 5 de agosto de 1974, seis meses después de su publicación, como este disponía.

1.3. El Código de Familia

Lo que fue el Libro I del Código Civil de 1888 se modificó; no se puede afirmar que fue una total reforma de este, sino que se aprovechó la experiencia del pasado y las lecciones de la jurisprudencia, para dar así al derecho de familia una nueva visión y una nueva misión.

⁸ Acta de Asamblea Legislativa, N° 7, Comisión de Asuntos Jurídicos, la Sesión N° 24, del 22 de mayo de 1972.

En lo referente a la institución de patrimonio conyugal, el proyecto del Código de Familia proponía en el Capítulo V “Efectos del Matrimonio”, lo siguiente:

“Artículo 34: Los esposos están obligados a respetarse, guardarse fidelidad, y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos justifiquen residencias distintas.

Artículo 35: El matrimonio es el principal obligado a sufragar los gastos de alimentación que demande la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional cuando cuente con recursos propios.

Artículo 36: Los futuros esposos pueden, antes de celebrar su matrimonio, arreglar todo lo que se refiere a sus bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en la Sección de Personas del Registro Público.

Artículo 37: El menor hábil para casarse puede celebrar capitulaciones matrimoniales, pero debe ser asistido por la persona cuyo consentimiento sea necesario para contraer matrimonio y requerirá la autorización motivada del Patronato Nacional de la Infancia.

Artículo 38: Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio con la autorización motivada del Patronato Nacional de la Infancia, que actuará en resguardo de los intereses familiares.

Artículo 39: Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiriera luego a título gratuito.

Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, solo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado.

Lo dispuesto en este artículo no incluye las obligaciones civiles provenientes de delito o cuasidelitos.

Artículo 40: Los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos. Se exceptuarán de esa condición únicamente:

Si fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo.

Cuando la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y

Si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de alguno de los cónyuges.”⁹

Pero no todas las anteriores propuestas fueron aprobadas en el Código de Familia; como lo fue la disposición en donde los bienes comunes a la disolución del matrimonio no podían ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados, solo podrían ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado.

La nueva legislación trajo innovaciones de importancia, la Licenciada Elizabeth Odio apunta las siguientes:

“Incluye disposiciones que se refieren, casi exclusivamente, al régimen económico del matrimonio y omite regulaciones acerca del régimen patrimonial de la familia; aunque así se denomine el capítulo VI del Título del Código; se entiende por igualdad jurídica de los cónyuges la libertad total de administración y disposición por parte de cada cónyuge, de bienes propios y de bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, por cualquier título.

Regula los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio (incluida la nulidad del vínculo y la separación judicial de los cónyuges),

⁹ Expediente de la Asamblea Legislativa, N4304. Departamento de Archivo. Tomo 6 folios 30-31 Decreto 5476, del 7 de diciembre de 1973, La Gaceta N° 24 del 2 de febrero de 1974.

atribuyendo a cada cónyuge un derecho a participar en “la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.

Admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica de los cónyuges para regular el régimen económico del matrimonio a través del contrato de capitulaciones matrimoniales”¹⁰

Luego de la promulgación del Código de Familia se dio una serie de modificaciones en virtud de que las expectativas generadas no satisfacían la igualdad jurídica de los cónyuges.

1.4. Reforma de 1976

La Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos creyó conveniente volver al sistema de sancionar al cónyuge culpable (que pasó al párrafo 2º del artículo 39 del Código de Familia) como antes se establecía en el Código Civil de 1888, sistema que regía hasta antes de la promulgación del Código de Familia de 1973. De ahí que los legisladores se propusieron reformar el artículo 41 del último cuerpo normativo. La reforma fue propuesta por los diputados: Soley Soler, Fernández Royhe, Campos Brizuela, Piza Escalante y Corrales Bolaños, para que el artículo 41 del recién promulgado Código de Familia se leyera de la siguiente manera:

“Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor de los bienes gananciales netos, constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial. Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe de modo indubitable que los intereses de este

¹⁰ Odio Benito, Elizabeth. “Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una Reforma”. Revista Justicia de Costa Rica, Año IX N°33, junio 1985, pág 68.

corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte o por actos que amenacen burlarlos. No son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe derecho de participación...”¹¹

Se refiere así la reforma a dos aspectos: Primero el derecho de participar en la mitad del valor de los bienes gananciales netos constatados en el patrimonio del otro, para lo cual el diputado Corrales Bolaños argumentó:

“El actual artículo 41 del Código de familia señala cómo quedaban los gananciales y decía que dichos bienes quedaban por iguales partes, cosa que en mi concepto atentaba contra el 52 constitucional, porque señal de que se debe conservar el matrimonio, la familia. Entonces si no existía una sanción contra el cónyuge culpable del divorcio, entonces era muy fácil divorciarse, casi no existía ninguna sanción, ningún medio coercitivo para obligar a los cónyuges. (...) Por eso es que aquí, de acuerdo con la reforma que nosotros estamos presentado a consideración del Plenario de la Asamblea Legislativa, pretendemos corregir esa anomalía que tiene el Código, señalando que el cónyuge culpable perderá los bienes gananciales es decir, el cónyuge culpable de un divorcio en ese sentido perderá los bienes gananciales a la hora de disolverse el vínculo ganancial, sea la mitad de aquellos bienes que adquirió durante el matrimonio si él sale culpable dentro del divorcio, no le corresponde la mitad de esos bienes.”¹²

El legislador Piza Escalante, por su parte, manifestó que:

“...mientras no haya la comunidad de bienes, la posibilidad de dejar sin nada al otro cónyuge son muy grandes. Aún con las normas que quieren introducir, en las que yo he sido partícipe, y que creo que algo van a ayudar al cónyuge, (...) es más sanción para el hombre que para la mujer, por una razón porque precisamente el machismo que prevalece

¹¹ Acta de la Asamblea Legislativa N° 7.

¹² Acta de la Asamblea Legislativa N 6. Comisión de Asuntos Jurídicos, Departamento Archivo Investigación y trámite enero-junio de 1976, folio 96.

en nuestros tribunales y en nuestra sociedad, el machismo tiene un cierto tinte caballeresco que todos llevamos en alguna medida, hace que más bien sean más raros los casos de divorcio en que la condenada es la mujer; es muy difícil, primero que el hombre, aunque la mujer sea culpable de una falta que amerite el divorcio, precisamente porque esa concepción machista lo hace pensar en cosas como el honor, etc. De manera que son muy raros los casos de hombres que aun teniendo causal para pedir el divorcio, lo piden.”¹³

Como en Costa Rica existe un sistema de separación absoluta de bienes, lo que ocurre es que cuando las cosas se ponen difíciles en el matrimonio y se ve que la salida va a ser el divorcio, el cónyuge que tiene más bienes inscritos a su nombre, generalmente el marido, los traspasa. Ello comporta dos graves consecuencias: Primera: el hecho de que el cónyuge que tiene los bienes disponga de ellos anticipadamente, y a la hora de llegar el divorcio no haya nada que repartir por concepto de gananciales (no hay bienes “constatables”). Segunda: la que se refiere a la ética de los profesionales en Derecho, quienes tienen la obligación moral de tratar la conciliación de la pareja, resultando que esa llamada al marido se convierte en un aviso para que este se apresure a buscar un notario que le permita efectuar el traspaso de sus bienes.

“El procedimiento de liquidación anticipada, si bien permite al cónyuge congelar el derecho de disposiciones de bienes que tiene el otro, cuando se plantea ya una situación que se ve que va a desembocar en divorcio, no permite superar la problemática que se da para que el juez lo aplique, en virtud de que la norma de familia autoriza este procedimiento anticipado cuando los bienes matrimoniales comunes corran el riesgo de ser

¹³ Acta de la Asamblea Legislativa, N 6. folio 167.

*comprometidos por la mala gestión de uno de los consortes o por actos que amenacen burlarlos; a ello se añade una agravante: la norma exige que el juez compruebe “indubitablemente” tales causales: mala gestión, riesgo de daño, amenaza de burla, siendo que, para cuando existe el elemento que comprueba la causa, ya el daño se ha verificado”.*¹⁴

En esa misma época existía la preocupación por los traspasos que uno de los cónyuges realizaba a sociedades anónimas (testaferros, normalmente). Por lo que el diputado Emiliano Odio Madrigal realizó una consulta:

*“Si deciden hacer una sociedad anónima, donde ponen todos sus bienes, el marido guardada las acciones al portador y luego pide el divorcio ¿Qué pasaría con esos bienes? El diputado Corrales le responde que preverán hasta donde se pueda, más no. El diputado Echeverría Brealey, en ese mismo sentido manifiesta: “Estamos haciendo una ley para castigar a quienes no han previsto las cosas con tiempo, y a quienes todavía tienen las cosas a nombre propio, lo cual me resulta como Diputado, absolutamente grotesco, que nosotros demos una ley para castigar a quienes dentro del consenso general o dentro de la vida normal no han entrado en el juego de poner sus bienes en manos de sociedades anónimas con acciones al portador o no.”*¹⁵

Con esta reforma se volvió al sistema que imperó a partir de la vigencia del Código Civil de 1888 en cuanto a sancionar en alguna forma al cónyuge que ha dado lugar a la disolución del matrimonio, y se estableció la liquidación anticipada de gananciales, para reparar de algún modo el daño que se le causaba al cónyuge no propietario pero poseedor del derecho a esos bienes. No obstante, la liquidación anticipada no funcionó para evitar el daño previsto, y veinte años después la injusticia

¹⁴ Acta de Asamblea Legislativa N6 folio 102

¹⁵ Acta de Asamblea Legislativa N6 folio 165.

sigue sin que la ley le dé una solución, la cual está en tomar medidas que limiten la libertad irrestricta de disposición de los cónyuges.

1.5. Reforma de 1997

La Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, siendo presidida por Don Gerardo Trejos Salas, propuso reformar y adicionar el artículo 41, párrafo primero del Código de Familia:

*“Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial”.*¹⁶

La reforma buscaba eliminar la última frase del párrafo primero que dice: *“perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial”* y en su lugar agrega lo siguiente:

*“Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación y la parte interesada puede gestionar la anotación de la demanda en los Registros Públicos y los inventarios que se consideren pertinentes.”*¹⁷

¹⁶ Comisión de Asuntos Jurídicos, Asamblea Legislativa. Expediente N12781, folio 17.

¹⁷ *Ibidem*

La reforma consistía en dos aspectos:

El primero buscaba suprimir la sanción de pérdida de gananciales al cónyuge declarado culpable, y el segundo era imponer un gravamen sobre los bienes que en la liquidación se reputen como gananciales; sobre este último punto la Corte Suprema de Justicia, en respuesta a la consulta realizada por la Comisión, sugirió que estas demandas no tuvieran que ser solicitadas por el interesado, sino que se gravaran de oficio, sugerencia que fue acogida por la Comisión.

La propuesta de la Corte era la siguiente:

“Artículo 41. Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se consideran gravados de pleno derecho a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación y los tribunales dispondrán, de oficio o a solicitud de parte, la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, y los inventarios que consideren pertinentes”¹⁸

Hubo diputados que se opusieron a dicha reforma como lo fue el diputado Benavides Benavides, el cual alegó:

“Me parece sumamente peligrosa porque implica un premio al cónyuge culpable en cualquier juicio en que se haya declarado la culpabilidad de uno de los cónyuges. Los ejemplos sobran y el temor que tengo es que esta reforma sirva de expediente para premiar, en épocas como la actual, en que impera la agresión familiar, precisamente a los agresores,

¹⁸ Asamblea Legislativa. Expediente N12781, folio 26.

dejando en la impunidad, por lo menos desde el punto de vista patrimonial las violaciones que hacen a la legislación familiar. (...) Los casos que en derecho se llaman sevicias y sevicias graves. Un cónyuge agresor, un hombre agresor que manda a su esposa al hospital toda quebrada o herida, en el juicio de divorcio en que se le declarara culpable, tiene derecho a participar de los gananciales de esa mujer que está en el hospital toda quebrada. Esto señoras y señores diputados, para mí es un expediente de premio al culpable y como les digo, en los momentos actuales de descomposición social y de agresión familiar, precedente gravísimo en donde –en mi opinión- esta Asamblea Legislativa podría ser señalada por muchos medios de presión en el país, y por muchos sectores, de estar legislando para, incluso, propiciar la agresión o dejarla por lo menos en la impunidad, desde el punto de vista patrimonial. (...) se dan casos gravísimos en los que se ameritan sanciones y en donde las legislaciones de los países más desarrollados irrogan perjuicios de carácter económico a la pareja o a la contraparte que ha incurrido en hechos graves, de acuerdo con la legislación de familia.”¹⁹

Lo que alegaba el impulsor de dicha reforma, el diputado Trejos Salas era:

“Me parece injusto (...) tratar de una manera diferente a los que viven en concubinato o en unión de hecho y a los que están casados. Resulta que de acuerdo con la legislación de familia de Costa Rica, las parejas que viven en unión de hecho y hacen un capital en común y se separan, tienen derecho a repartirse, por mitad, los bienes adquiridos durante la unión de hecho. En cambio en el matrimonio se castiga con la pérdida de los gananciales al cónyuge declarado culpable en el juicio de separación judicial o de divorcio (...) Hay también otra razón que me parece que justifica la reforma y es que ya el Código de Familia prevé una sanción económica, para el cónyuge culpable y esa sanción es la pérdida del derecho a la pensión alimenticia. Una esposa o un esposo que ha sido declarado en juicio de divorcio cónyuge culpable, pierde el

¹⁹ Acta de la Asamblea N°6, folio 88.

derecho a obtener de su ex cónyuge una pensión alimenticia. Entonces, encima de esa pérdida del patrimonio adquirido quizás durante treinta o cuarenta años, porque hay muchas parejas que llegan a divorciarse cuando los hijos ya están grandes y son universitarios y casados.”²⁰

A lo que le diputado Benavides alegó:

“Y creo un error, también, que se venga a decir que si en la legislación de la unión de hecho se dio esa separación de bienes, por qué no se va a dar en el matrimonio. ¡Por Dios Santísimo! Porque en la unión de hecho no hay divorcio, ni hay obligaciones de ningún tipo, ni hay valores de ninguna clase que se vulneran. En la unión de hecho sencillamente hay dos personas que están viviendo juntas y si se separan, ahí si hay que atender a las vinculaciones patrimoniales, pero no hay otras valoraciones que ir a discutir a un tribunal.”²¹

La reforma lo que buscaba era que el trato patrimonial fuera igual en todos los campos, tanto en las familias formadas por matrimonio como en las de hecho, ya que estas últimas al momento de la separación y de la repartición de bienes gananciales eran mayormente beneficiadas que en el caso del matrimonio.

CAPÍTULO II: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES GANANCIALES

2.1 CONCEPTO

Antes de indicar el concepto de bien ganancial iniciaremos por diferenciar entre “bien ganancial y derecho a gananciales”. La definición del primero se encuentra por exclusión en el artículo 41 del Código de Familia, el cual dice: “Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

²⁰ Acta de la Asamblea N°7, folio 110.

²¹ Acta de la Asamblea N°7, folio121.

- Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante el, por título gratuito o por causa aleatoria.
- Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.
- Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio.
- Los muebles o inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.
- Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

En doctrina no existe una definición exacta de lo que se puede llamar bienes gananciales; esto debido a que no se define el término, sino más bien, lo que se da es que se describen ciertas características, que si el bien encaja en estas se puede considerar ganancial. En la mayoría de las legislaciones se señalan cuáles bienes tienen ese carácter y cuáles no; se hacen listas que van variando de ordenamiento en ordenamiento.

A continuación citaremos lo que entienden diferentes autores con respecto al concepto de bienes gananciales.

Don Gerardo Trejos define los bienes gananciales como:

“todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio

de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio.”²²

Don Alberto Brenes Córdoba indica que son bienes gananciales:

“...todos los bienes ganados durante la unión, aunque los capitales aportados fueren desiguales, o aunque el uno llevare el capital y el otro no. Considerase gananciales los bienes que uno de los esposos adquiera con su trabajo, industria, oficio o profesión; las rentas o frutos percibidos y pendientes de los bienes que cada uno aportó al matrimonio.”²³

Eduardo Zannoni también da un concepto de lo que se puede entender por bien ganancial:

“... aquellos bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquieren durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado...La exclusión de gananciabilidad afecta, en principio, a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de contraer matrimonio y los que durante él adquiriesen a título gratuito...”²⁴

Por otro lado, tenemos el “derecho a gananciales”. Este concepto ha tenido cambios importantes en la legislación, ya que en su redacción inicial el artículo 41 del Código de Familia dejaba entrever que el derecho a gananciales era un derecho de copropiedad, lo que llevaba consigo el hecho de que el cónyuge era dueño de la mitad del bien como tal.

²² Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1982. Pág. 225.

²³ Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Op. Cit Pág. 203.

²⁴ Zannoni, Eduardo. “Derecho de Familia”. Tomo 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993. pág. 458.

Con la reforma introducida a dicho artículo por ley 5895 del 23 de marzo de 1976, se pasa de una copropiedad a un derecho de participación, por lo que cada cónyuge lo que tendrá será un derecho a la mitad del valor neto de los bienes que se encuentren en propiedad del otro, pudiendo recibir no necesariamente el bien como tal sino el valor de este.

En este sentido y para tratar de dar una definición de derecho a ganancial, diremos que es el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes considerados como gananciales que se encuentren en el patrimonio del cónyuge, es importante decir que este derecho nace con la sentencia que declare ya sea el divorcio, separación judicial, nulidad del matrimonio o la liquidación anticipada de bienes o si fuera el caso con la muerte por parte de alguno de los cónyuges.

En el nivel jurisprudencial, en reiteradas ocasiones ha expresado que bienes gananciales son aquellos adquiridos durante el matrimonio con el esfuerzo común de los cónyuges, a título oneroso; a continuación citaremos algunas de las resoluciones que dictó la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse con relación al tema de bienes gananciales. Estas fueron dictadas antes de la reforma que sufrió el artículo 41 del Código de Familia en el año 1997, en las cuales se contemplaba la pérdida del derecho ganancial del cónyuge que era declarado culpable; las resoluciones son las siguientes:

".....bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se

*aportó al constituirse el matrimonio. Entonces los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos....*²⁵

“... Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación...

*Así las cosas, únicamente los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal pueden tener ese carácter de gananciales. Sin embargo, existen situaciones en las cuales, el ingreso al patrimonio de la sociedad conyugal no es totalmente claro, porque no existe un documento en el que conste la transmisión, a título oneroso, de un determinado bien o derecho. Por ello, en estos casos, el juzgador, en aras de efectuar la debida liquidación de la sociedad conyugal, tiene que recurrir a todos los medios probatorios pertinentes, para establecer el carácter propio o de ganancial, respecto de dichos bienes y para ello, necesariamente, tiene que analizar la participación de los terceros que contratan con el cónyuge, a fin de evitar la distracción de bienes, adquiridos dentro del matrimonio, con la intención de que no sean considerados gananciales...”*²⁶

*Al nacer la sociedad conyugal, cada cónyuge adquiere un derecho de participación en **el valor neto** de los bienes del otro, en una proporción del cincuenta por ciento de ese valor. El origen de la naturaleza de los derechos gananciales, proviene de una presunción legal de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de*

²⁵ Tribunal de familia resolución número 181 de las nueve horas veinte minutos del quince de febrero del dos mil cinco.

²⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 298-98 San José, a las diez horas diez minutos del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Diferentes son entonces los conceptos de derechos gananciales y de bienes gananciales. Los primeros nacen a partir del surgimiento de la sociedad conyugal tal como ha quedado expuesto, más los segundos tienen esa expectativa desde el ingreso al patrimonio de su dueño, cumpliendo claro está los presupuestos preestablecidos para ello, y sin perjuicio del derecho de libre disposición por parte de su propietario mientras se mantenga la armonía en la convivencia y esté presente la buena fe en la negociación. Aquel esfuerzo conjunto, es asumido por el ordenamiento no como una contribución necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias, y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc. La participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida (dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial) tiene una naturaleza igualitaria. Es verdad lo afirmado por la recurrente en cuanto se presume que las adquisiciones de bienes y el incremento en las respectivas ganancias por parte de cualquiera de los consortes, por tener su origen en el esfuerzo conjunto de ambos debe reputarse entonces su condición de ganancialidad en beneficio de ambos.²⁷

Sobre el tema existen otras resoluciones que pueden ser consultadas, las cuales son: Sentencia N° 51 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas diez minutos del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete, sentencia N° 344 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas diez minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve y sentencia N° 897 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas veinte minutos del veinte de octubre del año dos mil, entre otras.

²⁷ Voto No. 203-07 Tribunal de Familia de San José , al ser las diez horas diez minutos del seis de febrero del dos mil siete.

Después de la reforma que sufrió el artículo 41 del Código de Familia en el año 1997, tanto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Familia, el cual fue creado en el año 1998, se pronunciaron acerca de que se entiende sobre bienes gananciales pero con la reforma implícita; esto quiere decir que ya no se da la pérdida al derecho ganancial por parte del cónyuge que era declarado culpable. Después de esta reforma para el tema de gananciales lo único que se debe determinar y demostrar es cuáles bienes son gananciales y establecer su valor, ya que para la pensión alimentaría el tema de la culpabilidad aún sigue vigente. A continuación citaremos algunas resoluciones que se han dictado después de la reforma.

“ III.- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 7689, DEL 21 DE AGOSTO DE 1997:

Dicha ley modificó, entre otras normas, la redacción del artículo 41 del Código de Familia, con respecto, a la pérdida del eventual derecho de participación, sobre los bienes adquiridos por uno de los cónyuges dentro del matrimonio, cuando el otro cónyuge era declarado culpable de la causal que motivó el divorcio, entre ellos. En este sentido, la nueva disposición vino a establecer que: “Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. “... Igualmente, dicha Ley modificó los numerales 8, 41 y 98 y adicionó un artículo 48 bis del

Código de Familia, introduciéndoles reformas ya no de carácter sustantivo, como la reseñada, sino de carácter procesal, sobre todo al modificar los principios que informan el Recurso de Casación, en la materia del derecho de familia; así como respecto de la incorporación y valoración de medios de prueba, en los procesos de investigación de paternidad. Esta serie de reformas llevaron al legislador a dictar un Transitorio Único, en el cual se dispuso que: “ En el momento de entrar en vigencia la presente reforma, los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se hubiere dictado sentencia de primera instancia, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones” . Con base en esa norma transitoria, los juzgadores de instancia consideraron que, si bien es cierto, el actor contrademandado había incurrido en la causal de adulterio, la cual fue conocida y alegada por la accionada, al formular su reconvencción (folios 6 al 8), antes de la entrada en vigencia de dicho transitorio, no perdió su derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales, que se constaten en el patrimonio de la demandada; criterio jurídico éste que no es compartido por la Sala, por las razones que se expondrán.

IV.- SOBRE EL DERECHO TRANSITORIO:

La Ciencia del Derecho requiere precisar el contenido de las disposiciones que gobiernan su materia, o sea, las normas de conducta obligatorias, con fuerza coercitiva. Debido a esa razón, toda sustitución de una ley anterior por otra posterior, plantea el problema de decidir cuál de las dos legislaciones deben aplicarse para la solución de los actos realizados y las situaciones creadas o nacidas bajo la vigencia de las disposiciones antiguas al entrar en vigor una ley nueva. Según la doctrina, este es el problema que buscar resolver las llamadas normas de transición o normas de Derecho transitorio que “son normas de carácter formal, en cuanto que no regulan ellas mismas, de una manera directa, la realidad jurídica, sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos intertemporales. Son, por consiguiente, normas de remisión a otras normas. Esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicables. “(DIEZ-PICASO, Luis y GULLON, Antonio. Ibid. cit. pág. 132).

Este conflicto de los efectos de las leyes, en el tiempo, se presenta cuando el legislador no prevé, especialmente, la regulación de las situaciones que se pueden presentar por la aplicación de una normativa u otra, o bien, cuando la disposición transitoria sólo regula ciertos supuestos, que no son aplicables a la ley sustantiva. El numeral 34 de la Constitución Política consagra el principio de la irretroactividad, prohibiéndola en cuanto lesione derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. En cuanto a la aplicación, de este principio la Sala Constitucional ha dispuesto que al igual que los demás relativos a derechos o libertades fundamentales, no es tan solo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de dicha norma anterior, sino también cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última PRODUCE UN PERJUICIO IRRAZONABLE O DESPROPORCIONADO AL TITULAR DEL DERECHO O SITUACIÓN QUE ELLA MISMA CONSAGRA (Votos Nos. 1147-90 y 1879-94. Lo destacado es nuestro). Con base en este criterio, se extrae que, no sólo los derechos adquiridos se encuentran tutelados por ese principio de irretroactividad, sino también las situaciones jurídicas consolidadas antes de la entrada en vigencia de una ley nueva; así como todas aquellas situaciones jurídicas en vías de constitución o de extinción, en ese determinado momento. En el primer supuesto la regularidad de una situación jurídica debe ser apreciada conforme la ley bajo la cual se ha constituido en forma completa. La ley nueva no puede rendir ineficaz un hecho o un acto que había constituido válidamente una situación jurídica bajo el imperio de una ley antigua. Las condiciones de adquisición en un sentido positivo o negativo de una situación jurídica son regidas por la ley en vigor en el momento en que es creada. Como consecuencia de eso, si una ley nueva exige condiciones suplementarias para la validez de los contratos, por ejemplo, ella se aplica sólo a los actos posteriores a su entrada en vigor, sin tener incidencia sobre la validez de los contratos concluidos anteriormente. En el segundo supuesto, la regla es que la ley nueva rige las condiciones de constitución de la situación jurídica que

todavía no se habían presentado durante la vigencia de la ley derogada, PERO LOS ELEMENTOS DE ESA SITUACIÓN QUE YA SE HAN DADO, CONSERVAN SU VALOR CONFORME A LA LEY ANTIGUA (BAUDRIT CARRILLO, Diego. APUNTES DE DERECHO TRANSITORIO. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica. Mayo-Agosto. 1979).²⁸

“... Ahora bien, la Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997, vigente a partir del 8 de setiembre de ese año, modificó, entre otras normas, la redacción del artículo 41 del Código de Familia, que sancionaba con la pérdida del derecho a gananciales al cónyuge declarado culpable de la causal que motivó el divorcio. En este sentido, la nueva disposición vino a establecer que: Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. En el Voto de esta Sala N° 389 de las 14:50 horas del 27 de abril del 2000, se indicó que si el adulterio tuvo lugar antes de la vigencia de la reforma, debe aplicarse el texto legal entonces vigente, debiendo aplicarse la sanción. En el caso concreto, resulta difícil establecer con seguridad a partir de cuándo se dio el adulterio. Si bien la segunda pregunta de la confesional era para que la demandada admitiese que había convivido con otro hombre durante el año de 1997, ya se explicó que un hecho como el adulterio no es susceptible de ser objeto de confesión. El hijo de la accionada nació el 27 de febrero de 1998 (folio 5).²⁹

²⁸ Sentencia 389 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

²⁹ Sentencia 754 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veinte minutos del catorce de diciembre del dos mil uno.

“...De conformidad con la reforma introducida al artículo 41 del Código de Familia, por la Ley N° 7.689, del 21 de agosto de 1997, que resulta de aplicación en el presente caso, ambos cónyuges adquieren el derecho a participar en los bienes gananciales, que se constaten en el patrimonio del otro, con absoluta independencia del calificativo de inocente o culpable, dentro de un proceso de disolución del vínculo matrimonial. Ahora bien, se entiende jurídicamente acertada la posición de la accionante en el sentido de que se tuviera como ganancial el bien inmueble adquirido dentro del matrimonio, con el fin de que luego se pudiera declarar ganancial, por una consecuencia natural, el derecho de usufructo que ostenta el demandado sobre dicho...”³⁰

“...Tampoco ha incurrido el Tribunal, en errónea interpretación del citado artículo 41, al declarar que el demandado, como cónyuge culpable de la disolución del vínculo matrimonial, pierde el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constantes en el patrimonio de la actora. De los autos se comprueba que para la fecha en que sucedieron los maltratos del demandado para con la actora y los hijos, el artículo 41 del Código de Familia vigente disponía, la pérdida de ese derecho, al cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial. Es cierto que mediante ley No. 7689, del 21 de agosto de 1997, se reformó la redacción del citado artículo 41, eliminándose los efectos negativos patrimoniales que existían para el cónyuge culpable del divorcio, o la separación judicial. Igualmente, dicha Ley modificó los numerales 8, 98 y adicionó un artículo, el 48 bis del Código de Familia, introduciéndoles reformas ya no de carácter sustantivo, como la reseñada, sino de carácter procesal, sobre todo al modificar los principios que informan el recurso de casación, en la materia de derecho de familia; así como respecto de la incorporación y valoración de medios de prueba, en los procesos de investigación de paternidad. Esta serie de reformas, motivaron el dictado de una norma transitoria en la cual se dispuso que en el momento de entrar en vigencia la presente reforma, los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se

³⁰ Sentencia 625 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas diez minutos del diecinueve de octubre del dos mil uno.

hubiere dictado sentencia de primera instancia, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones. Sobre la interpretación de ese transitorio, ya esta Sala, en el Voto número 389 de las 14:50 horas, del 27 de abril del 2000, expresamente indicó, que el Transitorio Único de la Ley 7689, hace referencia expresa a una adecuación en el trámite de los procesos, en los que, para ese momento, no se hubiera dictado sentencia de primera instancia. De la misma forma expresó, que en esa Ley, al establecerse varias reformas, no sólo procesales, sino también algunas que atañen a disposiciones normativas de fondo, “es obvio, que dichas regulaciones sustanciales no son de aplicación cuando norman situaciones jurídicas que ocurrieron desde antes de la entrada en vigencia de la nueva disposición legal”.³¹

“...Reza el artículo 41 del Código de Familia. Régimen de gananciales. Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria de las resultas de la respectiva liquidación. Los Tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. (Así reformado mediante ley No. 7689 de 21 de agosto de 1977). Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; 3) Aquellos cuya causa o título

³¹ Sentencia N° 558 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del doce de setiembre del dos mil uno.

*de adquisición precedió al matrimonio; 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges...*³²

*“...con motivo único de apelación la parte accionante aduce que el juzgado otorgó derecho a gananciales al accionado culpable. La explicación de ello surge en el hecho de que el numeral 41 del Código de Familia fue reformado mediante ley número 7689 del 21 de agosto de 1997, eliminándose la sanción de pérdida de gananciales como consecuencia de la culpabilidad. Esta reforma se aplica a los procesos que aún no tenían sentencia en virtud del tránsito único que a la letra refiere – en el momento de entrar en vigencia la presente reforma los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se hubiere dictado sentencia de primera instancia se tramitarán de conformidad de las nuevas disposiciones- Como la sentencia dictada a posteriori o sea el cuatro de mayo de 1998, la reforma se aplica y por consiguiente no se impuso la pérdida de gananciales que pretende la recurrente, se declare en perjuicio del otro cónyuge.”*³³

El derecho a los bienes gananciales nace al disolverse el vínculo matrimonial. Es un derecho abstracto a la mitad del valor neto de estos y no como por error se piensa que es un derecho de copropiedad.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de los llamados bienes gananciales ha presentado un sinnúmero de polémicas; se habla si es de derecho real o derecho personal o de crédito.

³² Voto 2087-04 **TRIBUNAL DE FAMILIA**, San José, a las nueve horas con cinco minutos del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro.

³³ Tribunal Superior de Familia de San José, resolución número 637 de las 10:30 hrs. del 12 de agosto de 1998.

Es importante destacar que durante mucho tiempo se discutió si los bienes gananciales eran un derecho a los bienes en sí, o un derecho al valor de estos, es decir un derecho real o un derecho de crédito. Sobre este punto citaremos las siguientes resoluciones:

“ Considérense gananciales los bienes que uno de los esposos adquiere con su trabajo, industria, oficio o profesión; las rentas o frutos percibidos y pendientes de los bienes que cada uno aportó al matrimonio”. El término gananciales es en sí mismo impreciso ya que suele utilizarse no solo como adjetivo, para calificar los bienes en cuestión, sino también como sustantivo abstracto en cuanto se llama así el derecho de participación que tiene cada cónyuge en el valor de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, ya sean propiedad de ambos (de donde el derecho resulta de cuna copropiedad real), o de uno solo de ellos. (...) Debemos distinguir entonces entre el derecho a gananciales y los bienes gananciales propiamente dichos, que son aquéllos que deberán ser objeto de reparto entre los cónyuges a fin de hacer efectivo aquel derecho. El derecho a gananciales surge entonces al disolverse el vínculo matrimonial con el divorcio, no teniendo ninguno de los cónyuges derecho a gananciales en los bienes propios sino en los bienes que se constaten en el patrimonio del otro, perdiendo el derecho a la mitad el cónyuge culpable al valor del bien no al bien el sí, o sea no deja de ser propietario del bien.”³⁴

“...Nuestro sistema contempla un régimen de separación patrimonial, durante la vida del matrimonio, y de participación diferida, en los bienes gananciales, de conformidad con el cual, cada cónyuge puede disponer libremente, durante el vínculo, de los que poseía al contraer matrimonio y de los que adquiera posteriormente; salvo que hayan sido pactadas capitulaciones matrimoniales. Lo anterior es así a tenor de lo dispuesto por el numeral 40, del Código de Familia, el cual reza: “Capitulaciones matrimoniales. Inexistencia. Cada cónyuge puede disponer de sus

³⁴ Tribunal superior segundo civil, resolución 660 del 13 de diciembre de 1991.

bienes. Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.” El artículo 41 siguiente establece que, en los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio, de separación judicial y, al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, nace el derecho del cónyuge de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales, constatados en el patrimonio del otro. El párrafo segundo de esa norma, también posibilita la liquidación anticipada de dichos bienes, así: “Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos...”³⁵

Se debe tener claro que se prestó a polémica tanto en doctrina como jurisprudencia, llegándose a determinar que

*“no se trata de un derecho de copropiedad sino que es un derecho de participación en un valor del bien que se considere ganancial. Este valor neto se determinará una vez establecido el valor de bien, menos los gravámenes que pesen sobre él y que deban cancelarse. Realmente puede decirse que este derecho viene a ser un crédito a favor del otro cónyuge, y como tal debe ser cancelado.”*³⁶

En nuestro Código de familia no queda definido qué tipo de crédito es, ni qué privilegios de cancelación lo amparan, agregándose con ello una debilidad más de nuestro régimen. Dado que:

³⁵ Sentencia N° 950 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil.

³⁶ Camacho, Eva. Consideraciones Práctica y Jurisprudenciales del artículo 40 y 41 del Código de Familia, San José. Taller Mundo Gráfico S.A., 1991, pág 40.

“la inscripción de la sentencia que declara bienes gananciales, no es eficaz, por cuanto no existe copropiedad, ya que ese derecho es en realidad un derecho al cincuenta por ciento del valor neto de ese bien, y no un derecho sobre el objeto en sí mismo.”³⁷

Antes de la reforma del año 1997 sobre el artículo 41 del Código de Familia que establecía la pérdida del Derecho a gananciales del cónyuge declarado culpable de la disolución del vínculo matrimonial, se observa al derecho de gananciales como un derecho personal, o al menos se confundía con él, esto ya que el cónyuge perdía la mitad del derecho que tenía sobre los bienes constituidos como gananciales, simplemente por ser declarado cónyuge culpable en un proceso de disolución del vínculo matrimonial; esto era un castigo o una sanción para aquel cónyuge que “se había portado mal” en el matrimonio; era algo personal.

Aunque el derecho que se tuviera sobre el bien fuera un derecho real, este se confundía con ese tipo de sanciones basadas en elementos personales.

Con la reforma dada al código, dicha sanción desaparece, ahora los cónyuges tienen derecho al cincuenta por ciento del valor neto de los gananciales sean declarados culpables o no; en la confusión que se podía dar de que el derecho a gananciales era un derecho personal, se elimina, y se da amplia certeza de que los bienes gananciales constituyen un derecho real que presentan los cónyuges sobre los bienes que tiene esa naturaleza, sea que es un derecho de propiedad absoluta sobre los bienes gananciales.

³⁷ Camacho, Eva. Op. Cit pág 41.

El hecho de que la naturaleza jurídica del derecho a gananciales sea personal, da incerteza en cuanto a la forma de gestionar la tutela del derecho, pues si se le considera personal en estricto sentido, no procedería una anotación de la demanda de separación, divorcio o nulidad, y en el caso de que surja la necesidad de ejecutar los bienes, éstos deberían ser embargados.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES GANANCIALES

Los bienes para poderse considerar gananciales tienen que cumplir con determinadas características: Primero que hayan sido adquiridos durante el matrimonio; segundo mediante el esfuerzo común de los cónyuges; y tercero a título oneroso. Y además que no estén citados en la lista taxativa del artículo 41 del Código de Familia, la cual se refiere a los bienes no sujetos a participación.

A. Adquiridos dentro del matrimonio:

Tal y como lo establece el artículo 41 de nuestro Código de Familia, para que un bien pueda ser considerado como ganancial, es necesario que este haya sido adquirido dentro de la unión matrimonial, mientras que los cónyuges se encuentren juntos, dado que si el bien se adquiere antes de contraer matrimonio o durante la separación de los

cónyuges, este no podrá ser considerado como ganancial. En este apartado se debe indicar que la jurisprudencia ha señalado que los bienes que hayan sido adquiridos durante la unión de hecho, pueden llegar a ser declarados gananciales al momento de decretarse la unión de hecho.

B. Esfuerzo común:

El esfuerzo común se refiere de la colaboración que hace cada uno de los cónyuges para resolver las necesidades que surgen dentro del hogar; dicho esfuerzo no solamente se da en lo material sino también se puede dar en lo moral, como el apoyo que da un cónyuge al otro. Sobre el tema existe pronunciamiento tanto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Familia, sobre el cual citaremos lo siguiente:

"... Ese esfuerzo común de los cónyuges se desprende de su colaboración no sólo en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por ir, día con día, satisfaciendo las necesidades del hogar y debe partirse siempre, salvo prueba fehaciente en contrario, de que ambos cónyuges velan y se esfuerzan, en la medida de sus posibilidades, por el mejoramiento de las condiciones de la familia;

razón por la cual, se presumen gananciales los bienes que adquieran durante la vigencia plena de su matrimonio..."³⁸

C. Adquisición onerosa

La adquisición onerosa implica un acrecentamiento del patrimonio conyugal.

Dentro de las adquisiciones onerosas se puede incluir los bienes muebles y los inmuebles (aunque se realicen a nombre de uno solo de los cónyuges y cuya causa de adquisición no sea anterior al matrimonio), y los frutos y rentas de esos bienes.

En cuanto a los bienes muebles, el Código Civil en el artículo 253 establece que los bienes se dividen en bienes muebles e inmuebles, los que pueden ser corporales o incorporales. Seguidamente en los artículos 254 y 255 señala cuáles son los bienes inmuebles, para luego indicar en el artículo 256 que bienes muebles son todos aquellos que no son bienes inmuebles.

La división que contiene nuestro Código Civil hace referencia a la transportabilidad del bien, esto quiere decir que todo aquello que no puede ser

³⁸ Sala Segunda de la Corte resolución número 2007-634 de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de noviembre del dos mil siete.

transportado materialmente es bien inmueble y todo aquello que sea transportado materialmente es bien mueble.

La única mención de bienes muebles que hace nuestro Código de Familia es al ser excluidos como gananciales, cuando fueren subrogados por otros propios de alguno de los cónyuges. Ya que tratándose de bienes muebles encontramos que generalmente no existe documento que acredite su propiedad.

En relación con los bienes inmuebles, nuestra legislación familiar otorga mayor protección; en virtud de la publicidad registral de que goza. Pues los bienes inmuebles son susceptibles a la anotación de la demanda de divorcio, separación judicial, liquidación anticipada, etc., con lo que si bien no asegura la no transmisión de estos, nuestra jurisprudencia observa la tendencia a admitir la subrogación de los bienes gananciales, por lo menos el valor de determinados bienes individualmente considerados.

Por su parte, el artículo 41 del Código de Familia establece cuáles bienes no se estiman gananciales:

“únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1) Los que fueren introducidos al matrimonio o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria. 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.; 3) Aquellos cuya causa adquisitiva o título de adquisición precedió al matrimonio. 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno

*de los cónyuges. 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.*³⁹

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición exacta de lo considerado como bien ganancial y mucho menos una clasificación de estos; la redacción del artículo 41 de nuestro Código de Familia lo que hace es indicar una lista taxativa de lo que no son bienes gananciales, los enumera expresamente de la siguiente manera:

- "1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria.*
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.*
- 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio.*
- 4) Los muebles e inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.*
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges."*⁴⁰

2.3.1. Bienes introducidos al matrimonio:

Son los bienes que cada uno de los cónyuges posee antes de celebrar el matrimonio. El carácter de estos responde al principio básico de propiedad, conforme al cual queda excluido lo adquirido por los esposos antes de constatado el matrimonio.

"Los bienes de los que cada uno de los esposos es propietario al celebrar el matrimonio, denominados bienes aportados, son propios. Su carácter

³⁹ Tribunal de Familia resolución número 181 de las nueve horas veinte minutos del quince de febrero del dos mil cinco.

⁴⁰ Código de Familia, Artículo 41.

responde al principio básico de la comunidad de gananciales, según el cual queda excluida de ella lo adquirido antes de su iniciación.”⁴¹

“En cuanto al tema de gananciales, ha de decirse que nuestro régimen principal es el convencional de las capitulaciones matrimoniales, al cual por costumbre casi no se acude, y el régimen supletorio es el denominado de participación diferida, previsto en el numeral 41 del Código de Familia. Son bienes gananciales en términos generales aquellos bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del matrimonio y durante la convivencia de los cónyuges. Ello se extrae de una lectura por sentido contrario de lo expuesto en el numeral 41 del Código de Familia, puesto que el mismo define cuáles bienes únicamente no son gananciales, y excluye los adquiridos antes del matrimonio, los adquiridos a título gratuito y los adquiridos durante la separación de hecho, así como los subrogados y los dispuestos en capitulaciones matrimoniales. En principio, cada cónyuge puede disponer de sus bienes, no obstante, dicho derecho encuentra sus límites dentro de los postulados de la buena fe, así que las disposiciones de bienes en épocas de crisis matrimonial, han de examinarse a efecto de determinar si esos actos de disposición se han hecho con perjuicio de los derechos del otro cónyuge...”⁴²

2.3.1.1 Bienes adquiridos a título gratuito

⁴¹ Bellucio op cit, pág. 51.

⁴² Voto 289 TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, a las ocho horas cuarenta minutos del veinte de febrero del dos mil cuatro.

Son los adquiridos por cada uno de los cónyuges, por donación, herencia o legado. Pues no se considera como ganancial aquello que no fue producto del esfuerzo de los esposos, ni de la colaboración o apoyo moral de uno en la actividad productiva.

“El bien donado, es aquél que se adquiere mediante un contrato esencialmente gratuito, cuya característica es el aumento del patrimonio para el donatario. El bien heredado es el adquirido por testamento a título universal, mientras que el bien legado es el adquirido a título particular o concreto también vía testamento.”⁴³

El bien adquirido por causa aleatoria es:

"El que tiene como característica que los beneficios dependen de un acontecimiento incierto. Se refiere a las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego, por ejemplo rifas o lotería, apuestas y los hallazgos descubiertos por casualidad.”⁴⁴

2.3.2. Bienes comprados con valores propios de uno de los cónyuges

Estos son los bienes que adquieren los esposos a causa de la sustitución de un bien por otro. Dependiendo del carácter que tengan dichos bienes, pueden o no ser gananciales.

...“para disponer otras exclusiones. El mencionado inciso 2) señala que no son gananciales los bienes "comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales". Como en autos no consta que don Agapito y doña Noemy hubieran celebrado ese contrato y que en él se hubiera hecho una destinación de

⁴³ Vargas Soto, Francisco. Manual de Derecho Sucesorio, Volumen I, San José. Universidad San José, 1991. pág. 56.

⁴⁴ Silva Ruiz Pedro. Régimen Patrimonial del Matrimonio en el derecho Puertorriqueño. Revista Judicial, San José, N°26, setiembre 1983, pág 120.

dinero, en esos términos, al resolver como lo hicieron, no puede el Tribunal Superior haber quebrantado dicha norma en ese inciso, ni en ninguno otro, pues tampoco hay prueba de que el dinero empleado en la compra se derivara u ocupara el lugar de otro bien que, conforme a la mencionada norma, no deba considerarse ganancial. La referencia que se hace, en el recurso, del concepto de "bienes parafernales", para aplicárselo a la mencionada finca, por el hecho de haberla adquirido doña Noemy de su marido, no es acertada y no merece mayor consideración, porque el mismo tiene aplicación en aquellos sistemas donde está instituida la dote y aquí, desde la legislación anterior de familia, que contenía el Código Civil, se prescindió de ella. La cita de antecedentes jurisprudenciales, según los cuales, en situaciones como la presente, o sea, de bienes adquiridos por un cónyuge del otro, que pasan a ser del adquirente, pues debe suponerse que existe voluntad de sustraer los bienes de la "comunidad de gananciales", no abona en favor de la parte recurrente, ya que ese criterio jurisprudencia...⁴⁵

Al respecto Trejos dice:

"La llamada subrogación real de bienes no es otra cosa que la sustitución de un bien por otro en la misma situación jurídica en que el bien subrogado o sustituido se encontraba, o dicho en otros términos, un bien se sustituye en el lugar y grado de otro. En general, la subrogación de bienes propios exige que los bienes que sustituyen a aquéllos, constituyen la reinversión de su precio (en caso de venta de un bien propio) o su sustitución perfecta (en caso de permuta). Con base en ello consideramos que únicamente podrá mantener su carácter propio del bien que venga a sustituir algún otro bien o valor de alguno de los cónyuges, cuando la sustitución sea perfecta por la reinversión del precio o la permuta de valor equivalente. Ahora bien, es importante que en el caso de inversión de dinero propio o de reinversión de dinero producto de la venta de un bien propio, se especifique tal circunstancia en la escritura

⁴⁵ Sentencia 217 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y dos.

de compra correspondiente, a los efectos de sustraer dicho bien o valor de la presunción de ganancialidad que opera en nuestro sistema, pues aunque nuestro Código no lo requiera de modo expreso, es prácticamente al único medio probatorio de la subrogación"

"Los bienes que se adquieren por permuta, son bienes propios del permutante, siempre que el bien que dio en permuta fuese propio, es decir que los nuevos bienes deben tener la misma calificación de los bienes anteriores a la permuta, en virtud del principio de la subrogación real, y que debe darse seguimiento a los movimientos de los bienes, como consecuencia de ello, tienen carácter de bienes propios: el dinero procedente de un bien propio; el crédito hipotecario por la venta de un inmueble propio; las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio y las derivadas de la expropiación de un bien propio. En estos casos la prueba no debe contener ninguna duda, esta debe ser categórica y rotunda."⁴⁶

2.3.3. Bienes adquiridos por causa o título de adquisición precedió al matrimonio

Se trata de casos en que, en el momento de la celebración del matrimonio, el cónyuge ya tiene un derecho de adquirir la cosa, derecho que constituye un bien propio. Por lo tanto, no existe más que una variante de subrogación real, caracterizada porque en lugar de sustituirse (en el patrimonio propio de uno de los cónyuges), una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa.

...“EL RÉGIMEN DE BIENES GANANCIALES CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA: *Nuestro sistema jurídico contempla un régimen de participación diferida en los bienes gananciales; conforme con el cual, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de los bienes que consten en su patrimonio -de los que tenía al contraer matrimonio y de los*

⁴⁶ Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1982. Pág 217.

que por cualquier título adquiriera durante la existencia del vínculo-. Es entonces al declararse disuelta o nula la unión matrimonial, al disponerse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cuando cada uno adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes que, con ese carácter jurídico, sean constatados dentro del patrimonio del otro (artículos 40 y 41 del Código de Familia)... Por otra parte, en el artículo 41 también se establece, con claridad, cuáles bienes no tienen el carácter de ganancial; y, al respecto, se indica:

“... Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria.

2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.

3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio.

4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.

5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. En el caso concreto que se analiza, la posición del accionante es que los inmuebles citados no revisten el carácter de ganancial, con base en lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 41 transcrito; pues, precisamente, se trata de fincas derivadas de un inmueble que adquirió antes de contraer matrimonio. La representación de la parte accionada, por el contrario, plantea que el actor los adquirió cuando estaba casado. Analizadas las pruebas traídas a los autos, se tiene que se reclama la ganancialidad sobre los inmuebles inscritos bajo los números 146.449-000; 149.157-000; y, 120.029-000, todos ubicados en la Provincia de Cartago. Analizadas las posiciones de ambas partes, resulta que por escritura otorgada el 25 de agosto de 1.978, el actor, junto otras tres personas adquirieron, la finca número 51.151 (folios 42-49). Para aquel momento, está claro que la condición civil del demandante era soltero; razón por la

cual, el bien se excluye como ganancial. Ahora bien, según se desprende de la documental visible a folios 260 a 265, por escritura pública, otorgada el 20 de abril de 1.989, el actor procedió, en realidad, a localizar su derecho a la cuarta parte en la finca 51.151, lo que dio nacimiento a la finca número 120.029-000. En este momento, si bien el actor estaba casado, no se trataba de una adquisición de un bien, sino que procedió a independizar su derecho sobre la citada finca. Por otro lado, de la documental que consta a folios 266 a 278, está claro que de la finca 120.029-000, el actor segregó un lote que quedó a su nombre, dando lugar, a una nueva finca, independiente, a la cual le fue asignado el número 146.449-000. Por consiguiente, no se trató de una adquisición mediante un trámite oneroso, sino de una segregación de un bien que ya pertenecía al actor y cuya causa había precedido al matrimonio. En esta ocasión se constituyó el régimen de afectación familiar a favor de la accionada; no obstante, debe indicarse que tal argumento es planteado por primera vez ante la Sala, razón por la cual resulta inatendible (artículos 598 y 608 del Código Procesal Civil); aparte de que, según lo dispuesto en el numeral 47 inciso c), la afectación cesa con el divorcio. Por último, el inmueble 149.157-000, cuya ganancialidad se reclama, también derivó de una segregación realizada por el actor en su finca número 120.029-000; sea, aquélla surgida a la vida jurídica en razón de la localización efectiva de su derecho, sobre la que era propietario en una cuarta parte en la finca 51.151-000, que había adquirido antes del matrimonio (ver folios 279-284). Está claro, entonces, que se trató de varias segregaciones de una misma finca, que no tenía carácter de ganancial. Respecto de las supuestas mejoras señaladas por el recurrente, debe reiterarse la aclaración realizada por el Ad-quem, en el sentido de que "...ambas partes conservan el derecho de participar en el cincuenta por ciento del valor neto de cualquier bien que en el futuro se constate que reviste la característica de ganancial. Si bien se excluyen las propiedades inmuebles ya indicadas, no se excluye la posibilidad de que alguna mejora incluida a las mismas pueda revestir la calidad de

ganancial, pero será en la vía de ejecución de sentencia en donde se determinará tal circunstancia.”⁴⁷

2.3.4 Los muebles o inmueble, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges

Lo que se refiere la subrogación es la sustitución de un bien por otro, pero que se encuentre en la misma situación jurídica en el que el bien sustituido se encontraba.

“...V.- El artículo 41, inciso 4º, ibídem, excluye como gananciales los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de algunos de los cónyuges. Esta disposición se aplica cuando un bien es utilizado para sustituir a otro bien, por ejemplo, en el caso que se permutara un bien por un bien que no es ganancial, lo que implicaría que ese bien nuevo adquirido por permuta seguiría excluyéndose como ganancial.”⁴⁸

2.3.5 Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges

Sobre este punto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia indica, mediante resolución N° 266 de las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres:

“II.- Dispone el citado numeral, en lo que nos interesa, que al disolverse el matrimonio, como en efecto sucedió en esta litis al acogerse la demanda de divorcio por el adulterio comprobado de la demandada y no objetado ahora en Casación, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la

⁴⁷ Sentencia 293 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas diez minutos del diecinueve de junio del dos mil tres.

⁴⁸ Tribunal de Familia Sentencia: 00255 del 19 de febrero del 2004.

*mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro y que perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio. También indica ese artículo, en el inciso 5), que no constituyen bienes gananciales los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Con la abundante prueba en autos presentada, claramente se llega a la conclusión que el único bien que pareciera ganancial lo constituye la casa de habitación adjudicada por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, por lo que es el único bien ganancial a repartir. Sobre la procedencia del aspecto sobre gananciales de ese inmueble, resulta importante, para decidir con acierto esta litis, indicar que a las partes de este proceso se les adjudicó, por intermedio del mencionada Instituto, una casa para ser habitada por el grupo familiar representado por la demandada, su esposo y los once hijos de apellidos Ramírez Espinoza, esto según acuerdo de Junta Directiva del 19 de julio de 1967. Luego de transcurridos dos años de adjudicada la vivienda, las partes, por causas que ahora no interesan al no invocarlo la única parte recurrente, se separaron de hecho, situación que se ha mantenido hasta el momento de presentación de esta demanda, lapso durante el cual la señora Amabilina Ramírez Arce ha cubierto, mediante deducciones de salario, las cuotas a las cuales quedaron obligados, lo anterior según la abundante prueba existente en el expediente. Lo que resulta oportuno resolver es la fecha que debe tomarse en consideración para analizar si la casa de habitación es bien ganancial o no, para lo cual es necesario tener presente la normativa que rige en estos casos”.*⁴⁹

⁴⁹ Sentencia N° 266 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

TÍTULO II: DIFERENTES REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

El matrimonio como acto celebrado libremente por la pareja significará de ahí en adelante una serie de deberes y derechos para cada uno de los contrayentes. Comenzando por los deberes en el hogar, limitación a la libertad absoluta de actuar, pues ya estará limitado al bienestar de la familia por lo que deberá ajustar su conducta a alcanzar ese objetivo.

A pesar de estos y muchos otros efectos que se producen con el matrimonio, aquí nos interesa solamente los efectos económicos o patrimoniales que se dan con la celebración del matrimonio.

Dentro de la familia se da una serie de relaciones patrimoniales que la ley ha venido a regular para dar solución a los posibles problemas que puedan surgir alrededor de este régimen.

La ley regula este tema debido a que en el momento en que por algún motivo el vínculo matrimonial se disuelva, los temas más trascendentales en el divorcio son los hijos si los hay y los bienes “gananciales”; esto porque al encontrarse en conflicto la pareja, afloran sentimientos que complican aun más esta triste etapa por la que atraviesan tantas familias en la actualidad.

Debido a esto queremos hacer un análisis de los regímenes patrimoniales que se dan en el matrimonio, tanto los que son voluntad de la pareja como los impuestos por la ley en Costa Rica y otras legislaciones.

Haremos pues un listado de los principales regímenes existentes en las diferentes legislaciones, con una breve explicación, para luego profundizar en las legislaciones de Costa Rica, España y Argentina.

CAPÍTULO I: PRINCIPALES REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

Comenzaremos por dar el concepto de régimen patrimonial en el matrimonio. Gerardo Trejos lo define así: *“Un régimen patrimonial es el conjunto de reglas que regulan las **relaciones económicas** entre los cónyuges y entre éstos y terceras personas mientras dura el matrimonio. Como puntos básicos debe regular: 1) El derecho de propiedad sobre los bienes de los cónyuges. 2) Facultades que tienen*

*estos de disposición y administración de los bienes. 3) Derechos de terceros sobre las deudas de los cónyuges. 4) extinción del régimen y su liquidación.*⁵⁰

Los regímenes se clasifican dependiendo del criterio que cada legislación siga para organizar las relaciones patrimoniales en el matrimonio.

En este sentido podemos encontrar diferentes regímenes dependiendo del criterio que siga, como a continuación se verá.

Mazeaud hace una clasificación: “según exista o no una masa común de bienes, admitiendo la existencia de un régimen mixto, el de participación de las ganancias. Según los poderes del marido practican la siguiente clasificación: no existe poder de aquel sobre los bienes de la mujer: régimen de separación de bienes; el marido tiene la administración y goce de todos los bienes de la mujer: régimen sin comunidad; tiene la administración y parte del goce: régimen de dotal y de comunidad.”⁵¹

Siguiendo un criterio sobre la base de *incidencia del matrimonio en la propiedad* de los bienes de los cónyuges, en la titularidad de su gestión, sea que corresponda a ambos esposos, conjunta o separadamente, o sólo a uno de ellos, en cuanto a la responsabilidad por las *obligaciones contraídas con terceros*, los regímenes pueden distinguirse según consagren la responsabilidad común (solidaria) por las deudas, o en cambio, la separación de responsabilidades.

⁵⁰ Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, 5^o edición, Editorial Juricentro, 1999, San José, Costa Rica, pág. 187.

⁵¹ Vidal Taquini, Carlos. Regímenes de Bienes en el matrimonio. Editoria Astrea, Edición 3^o, Buenos Aires, 1990. pág 6.

Como vemos los regímenes se pueden clasificar bajo diferentes criterios dependiendo si existe o no una masa común de bienes, de los poderes que tenga el marido sobre los bienes de la mujer, sea por razón de su origen, por los efectos que produzca el matrimonio en la propiedad de los bienes, el tipo de administración etc. Según estos diferentes criterios de clasificación se pueden encontrar varios tipos de regímenes entre los cuales encontramos los siguientes:

Según estos diferentes criterios de clasificación, se pueden encontrar varios tipos de regímenes, entre los cuales se señalan los siguientes:

“a) Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido. Tiene un valor meramente histórico. b) Regímenes de unidad y unión de bienes. Hoy en día está prácticamente abandonado. En el régimen de la unidad de bienes se produce una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido a quien se transmiten todos los bienes de ella. En el régimen de unión de bienes el marido no adquiere la propiedad de los bienes de la mujer, sino sólo su administración y disfrute. c) Regímenes de comunidad. El elemento típico es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del muerto al disolverse. d) Regímenes de separación. No confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. El matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido. Cada cónyuge responde por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio, por esa

responsabilidad. **e)** Regímenes de participación. No existen estrictamente bienes comunes o gananciales sino que cada cónyuge es exclusivo propietario de los que adquiere durante el matrimonio. Funciona como el régimen de la separación, pero al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte, se reconoce a cada uno de los ex cónyuges, o al supérstite, el derecho a participar en los adquiridos por el otro hasta igualar los patrimonios de ambos. **f)** Regímenes legales, la ley puede imponer un régimen legal único, forzoso. **g)** Convencionales, la ley prevé que, antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes adopten mediante convención prematrimonial uno de varios regímenes patrimoniales. Los sistemas que admiten los llamados regímenes convencionales prevén, de todos modos, un régimen legal supletorio a falta de convención prematrimonial al respecto. Es decir, si los esposos no se adhieren a ninguno de los regímenes que prevé la ley, se someten al que ella establece supletoriamente.⁵²

Dentro de estos regímenes encontramos siempre los convencionales, que son aquellos acordados por las partes, generalmente llamados capitulaciones matrimoniales; son un contrato mediante el cual las partes deciden cómo se manejará el tema de bienes en el matrimonio (si bien este es un acuerdo de partes no deja de estar regulado por el ordenamiento jurídico) y los legales: “es el sistema de normas que impera cuando los cónyuges no han hecho su propio pacto o convención, o cuando hecho este ha resultado nulo.”

⁵² www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.sthm/#matri

Como vemos, estos serán aplicados generalmente en ausencia de acuerdo; sin embargo, en algunas legislaciones son la única opción y las partes solo pueden decidir entre cuál de los regímenes legales aplicar.

Después de ver los diferentes regímenes que existen, analizaremos algunas clasificaciones generales elaboradas por diferentes autores de diferentes países, según su propio criterio y sin diferenciar entre legal o convencional.

1. COSTA RICA

Seguidamente expondremos la clasificación que hace don Gerardo Trejos⁵³ sobre los regímenes matrimoniales, quien clasifica los regímenes en tres clases diferentes:

1.1. Régimen de Comunidad:

Como primer Régimen encontramos **Régimen de Comunidad:** este régimen se caracteriza principalmente por la existencia de una masa común de bienes perteneciente a ambos cónyuges; esta al momento de la disolución del matrimonio será repartida entre ellos. Tratando el problema de la capacidad y disposición de los bienes, en este régimen tiene diferentes soluciones, dependiendo de quién tenga la administración y de la extensión de la masa común. Así pues, encontramos dentro de este régimen que la comunidad puede ser *Universal:* esta comprende todos los bienes de los cónyuges, ya sean presentes o futuros, muebles o inmuebles, aportados o adquiridos durante el matrimonio o *parcial*, esta puede tener diferentes tipos, ya sea: 1)

⁵³ Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense. Op. Cit. Pág. 188 y ss.

comunidad de muebles y gananciales. 2) Comunidad de adquisiciones. 3) comunidad de gananciales. Quedando excluidos los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio.

Después de este análisis, podemos distinguir dentro de este régimen cuatro diferentes tipos de sistemas de comunidad.

- 1- Comunidad Universal: a) de administración marital
 - b) de administración conjunta
- 2- Comunidad Parcial: a) de administración marital
 - b) de administración conjunta.

Este mismo régimen pero en la clasificación hecha por Xavier O'callaghan⁵⁴, autor español, indica que en el ordenamiento español se da una clasificación que también incluye el régimen de comunidad; sin embargo, un tanto distinta, clasificada en cuatro diferentes tipos:

- *Comunidad universal: en este se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges.*
- *Comunidad de gananciales: se hacen comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso o por los frutos y rentas de los bienes propios y comunes.*
- *De muebles y adquisiciones: se hacen comunes como en el régimen de gananciales y también los muebles presentes y futuros.*
- *Participación en las ganancias:*

Lo importante que encontramos en este régimen es que da a la mujer una participación en las ganancias del matrimonio, ya que los bienes o por lo menos los

⁵⁴ O'callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, 5º Edición, Editorial Edersa, 2000, pág 108.

gananciales son de ambos, por lo que con la disolución del matrimonio se reparten entre los cónyuges. Sin embargo, tiene la desventaja en los casos de administración marital: el poder se concentra en el marido dejando a la mujer en una incapacidad de administración de los bienes.

1.2 Régimen de Separación

Continuando con la clasificación de Trejos, otro régimen es el de **separación**; cada cónyuge es propietario de sus bienes, ninguno participa en las ganancias obtenidas por el otro; en este sistema no existe masa común de bienes. También en este régimen se pueden encontrar diferentes modalidades.

- Sistema dotal: En este se da una separación absoluta, pero todos los bienes de la esposa los recibe el esposo como dote, ya sea en propiedad o en usufructo y administración. Este sistema se dio en el Derecho romano y en este momento se encuentra prácticamente en desuso.
- Unión de bienes o comunidad de administración: este mantiene lo básico de la idea de separación de cada cónyuge sobre sus bienes; sin embargo, la administración corresponde al marido.
- Separación en sentido estricto: cada cónyuge tiene por separado tanto la propiedad, administración, disfrute y disposición.

1.3 Régimen de Participación Diferida o mixto:

Un tercer régimen es el de **participación o mixto**; este lo que trata de hacer es reunir en un solo régimen las ventajas de la separación y de la comunidad y con esto tratar de eliminar las desventajas de ambos; en fin, este se aplica como el de separación durante el matrimonio y el momento de liquidar se hace como el de comunidad. Al igual que los anteriores este presenta varios tipos:

- i. Participación de gananciales
- ii. Participación en muebles y gananciales
- iii. Participación universal.

En este régimen encontramos algunas ventajas como la igualdad, independencia, y asegura que la mujer tenga una participación de las ganancias del esposo.

Este régimen generalmente es incluido dentro de los ordenamientos como supletorio, es decir si los esposos no se adhieren voluntariamente a algún régimen mediante capitulaciones les es aplicado automáticamente al momento de liquidar.

El autor costarricense hace esta mención general de regímenes gananciales; sin embargo, en Costa Rica los aplicables no son necesariamente estos.

El régimen patrimonial entre cónyuges es marco jurídico que regula las relaciones patrimoniales entre cónyuges. El régimen económico matrimonial surge como efecto directo del matrimonio teniendo ambos cónyuges igualdad de derechos. *“Nuestro régimen patrimonial ha llamado la atención a algunas legislaciones ya que fue*

*el primer país que incorporó dentro de sus normas un régimen legal supletorio de participación.*⁵⁵

En Costa Rica encontramos entonces dos sistemas: el principal que son las capitulaciones y uno subsidiario que es la opción legal que sería el sistema de participación diferida.

El régimen convencional, es de Capitulaciones Matrimoniales, mediante las cuales los cónyuges pueden pactar sobre la forma o las formas como se administrarán y liquidarán los bienes y demás aspectos relacionados con el vínculo matrimonial.

Nuestro ordenamiento contempla las capitulaciones matrimoniales como el principal régimen patrimonial del matrimonio, el cual se encuentra regulado en los artículos 37 al 40 del Código de Familia; a pesar de que con la utilización de este, se evitaría un sinnúmero de conflictos al momento de la liquidación de bienes, en la práctica son pocas las veces en que se utiliza dicho régimen.

Para don Gerardo Trejos las capitulaciones matrimoniales son:

*“Contratos celebrados con ocasión del matrimonio, destinados a regular y organizar el aspecto patrimonial del mismo.”*⁵⁶

A su vez, don Diego Benavides Santos indica un concepto de lo que se puede entender como capitulaciones matrimoniales:

⁵⁵ Diego Benavides Santos, Disregard y su efectivización en los procesos familiares, IVSTITIA, año 20, N 229, pág 34.

⁵⁶ Trejos Gerardo, Op Cit, pág. 133.

“Se trata de un contrato realizado por los cónyuges o bien por los futuros cónyuges respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio.”⁵⁷

En pocas palabras, es el acuerdo al que llegan las partes sobre el manejo de los bienes dentro del matrimonio; esta es la primera opción que tienen los cónyuges para definir cual será la manera en que se distribuirán los bienes. Las capitulaciones tienen requisitos formales como lo son: el otorgamiento en escritura pública y la inscripción en el Registro Público y cuando se realizan modificaciones deberá publicarse un aviso. Estas pueden otorgarse antes o después de contraído el matrimonio y comprenderán los bienes presentes y futuros.

El régimen legal es el impuesto por la ley, y se aplicará generalmente en ausencia de convenio. En nuestro país, como se dijo, el régimen principal es el de las Capitulaciones Matrimoniales; sin embargo, en ausencia de estas el Código de Familia determina que se aplicará el régimen de participación diferida siendo este *“el sistema de normas que impera cuando los cónyuges no han hecho su propio pacto o convención, o cuando hecho éste, resulta nulo”⁵⁸*.

Cuando decimos “participación diferida” nos referimos a la participación en el valor neto de los bienes considerados como gananciales; en este sentido vemos que es un derecho personal que se tiene por el vínculo de matrimonio, este régimen resulta de la combinación entre el sistema de separación y el de comunidad.

⁵⁷ Diego Benavides Santos, Op. Cit pág. 35.

⁵⁸ Trejos, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1982, pág. 155.

Un punto medular dentro del sistema de participación deferida es la libre disposición de los bienes y titularidad de los que contiene el artículo 40 del Código de Familia: *“Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.”*

Durante el matrimonio, cuando la pareja se encuentra dentro de este sistema cada uno puede disponer de los bienes que se encuentren a su nombre aunque sean de carácter ganancial, ya que, como lo vimos anteriormente, el derecho a gananciales nace con la sentencia que declare ya sea el divorcio, separación judicial, nulidad del matrimonio o la liquidación anticipada de bienes. Es por esto que muchas veces alguno de los cónyuges ve su derecho menoscabado, pues el cónyuge dueño en perjuicio de su pareja y generalmente ante el desconocimiento de este dispone de los bienes causando un perjuicio económico al otro cónyuge. Sin embargo, ese derecho de libre disposición de los bienes no es del todo irrestricto, ya que se debe respetar el derecho del cónyuge a la mitad del valor neto de los bienes que se hayan adquirido a título oneroso durante el matrimonio; es aquí donde entra en juego la posibilidad de liquidar y lograr una repartición anticipada de bienes. No obstante, a nuestro parecer, esta no es una opción que proteja en realidad al cónyuge afectado, ya que generalmente esto se hace cuando ya la pareja entró en crisis y muchos de los bienes han desaparecido. En este sentido, es necesario encontrar la forma de que los bienes sean protegidos desde un inicio de la relación y no cuando ya está en crisis.

La liquidación de este régimen puede darse por diferentes razones: sea por la muerte de uno de los cónyuges, por el divorcio, por ser declarado nulo el matrimonio, por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, o por liquidación anticipada de bienes por mala gestión por parte del propietario.

Por cualesquiera de estas causas que se disuelva el vínculo matrimonial se repartirán por mitades las ganancias de la sociedad conyugal, o más bien se dividirá en partes iguales el valor neto de los bienes con carácter ganancial constatados en el patrimonio de los cónyuges.

2. ESPAÑA

Xavier O'callaghan⁵⁹, autor español, también ha estudiado el tema de los regímenes y enumerado los considerados por él como esenciales, haciendo una clasificación similar a la de Trejos. El dice que se pueden encontrar tres diferentes regímenes en el matrimonio: el de absorción, de comunidad y separación, cada uno con subtipos.

2.1 Régimen de absorción:

En este tipo de régimen el esposo adquiere todos los bienes de la esposa presentes y futuros.

2.2 Régimen de comunidad:

⁵⁹ O'callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil, Op. Cit pág 108 y ss.

Se forma una masa común de bienes de diferentes tipos y procedencia. Este tiene varios tipos:

- 2.2.1 **Régimen de comunidad universal:** Incluye todos los bienes presentes y futuros.
- 2.2.2 **Régimen de comunidad de ganancias o de gananciales:** incluye los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, por su trabajo, frutos o rentas.
- 2.2.3 **Régimen comunidad de muebles y adquisiciones:** incluye los gananciales y los muebles.
- 2.2.4 **Régimen de participación en las ganancias:** cada cónyuge tendrá en su poder los bienes que aporte y obtenga durante el matrimonio, pero, al disolverse, cada cónyuge tiene derecho a la mitad de las ganancias obtenidas por el otro durante el matrimonio.

2.3. Régimen de Separación:

Cada cónyuge tiene la propiedad de los bienes tanto al momento del matrimonio como los que adquiera durante este. El régimen se subdivide en tres tipos:

- 2.3.1 **Régimen de separación absoluta:** cada cónyuge tiene por separado tanto la propiedad, administración, disfrute y disposición.
- 2.3.2 **Régimen dotal:** se da una separación absoluta pero todos los bienes de la esposa los recibe el esposo como dote, ya sea en propiedad o en usufructo y administración. Este sistema se dio en el Derecho romano y en este momento se encuentra prácticamente en desuso.

2.3.3 Régimen de separación con comunidad de administración:

Mantiene la idea de separación pero la administración corresponde al marido.

Todos estos tipos de regímenes que menciona el autor español, no se dan en la práctica en el derecho español, en el cual al igual que en Costa Rica encontramos un régimen convencional llamado Capitulaciones matrimoniales y, a diferencia de nuestro país, prevé señalando en su normativa, tres tipos de regímenes legales subsidiarios que se aplicarían si no se escogiera el régimen convencional diferencia que existe con nuestro país, ya que en Costa Rica solamente existe un régimen legal.

Estas pueden ser pactadas por los cónyuges, ya sea antes, o durante el matrimonio por medio de las llamadas capitulaciones matrimoniales. Esto por el respeto al principio de autonomía de la voluntad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 1315 del CC que dice *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en Capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”* y el artículo 1326 *“pudiendo otorgarse dichas capitulaciones antes o después del matrimonio ”* Los cónyuges pueden determinar el régimen aplicable que podrá ser uno de los previstos en el Código civil, en una legislación extranjera o uno inventado por ellos.

Estas se pueden definir como *“un negocio jurídico bilateral por el que los cónyuges determinan el régimen económico de su matrimonio y otras disposiciones”*⁶⁰

Entre los requisitos que exige el Código Civil español para que se firmen las capitulaciones tenemos:

⁶⁰ Xavier O'Callaghan. Op. Cit. P. 120

“Sujetos y capacidad: estos serán los futuros cónyuges o los cónyuges en caso de que se den después del matrimonio. En cuanto a la capacidad en el caso de los menores o incapaces a diferencia de lo generalidad de los negocios jurídicos estos actúan por sí mismos, aunque sí necesitan el consentimiento de sus padres o tutores.

Objeto: este puede ser típico, caso en el cual hablamos de la determinación del régimen económico matrimonial que podrá ser alguno de los previstos en el código civil, en alguna legislación extranjera o inventado por los contratantes. Y el contenido atípico que refiere a actos y negocios que pueden estar o no relacionados con el matrimonio, como por ejemplo constitución de una hipoteca, y donaciones posteriores a las nupcias. El objeto se encuentra regulado principalmente en el artículo 1325 del CCE.

Forma y tiempo: Las capitulaciones para su validez deberán constar en escritura pública esto según el artículo 1327 del CCE, estas pueden otorgarse ya sea antes, en el acto del matrimonio o después, si se hacen antes surtirán efectos al momento de contraer matrimonio eso sí caducan en un año si no se hace.

Publicidad: se exige la publicidad registral esto en beneficio de la protección de terceros. Artículo 1333 CCE.

Limitaciones: estas se regulan en el artículo 1315 CCE, las limitaciones que se imponen a las Capitulaciones son muy simples, no podrán pactarse aquellas que sean contrarias a la ley, buenas costumbres o las que limiten la igualdad de derechos que correspondan a cada cónyuge. El efecto dado al incumplimiento de estas limitaciones es la nulidad de la cláusula violatoria de la limitación.

*En cuanto a la modificación de las capitulaciones estas se referirán al régimen económico aplicable o sobre otros contenidos, deberán constar en escritura pública. Reguladas en el artículo 1326 del CCE.*⁶¹

Como hemos venido diciendo el régimen legal es el conjunto de normas que el legislador ha fijado para ser aplicado en aquellos casos en que los cónyuges no hayan firmado previamente Capitulaciones Matrimoniales.

En ausencia de tal pacto o nulidad de este, se aplicará con carácter general el régimen de la sociedad de gananciales; esto por disposición del artículo 1316 del código civil español, salvo en aquellos lugares en los que el derecho del lugar en el que se celebran o derecho foral, establece un régimen de aplicación diferente, como sucede en algunas provincias como Cataluña, Aragón, Navarra, Islas Baleares y País Vasco, donde los regímenes económicos matrimoniales presentan una serie de particularidades propias, en unas ocasiones similares al régimen de gananciales y en otras al de separación de bienes.

El régimen de comunidad de gananciales es aquel régimen económico matrimonial en el que ambos cónyuges ponen **en común** las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, por lo que, al disolverse la sociedad, les son atribuidos por mitad a cada uno de los cónyuges. *Se denominan ganancial por proceder las ganancias que ambos cónyuges obtienen y de los rendimientos que proporcione el propio patrimonio ganancial y el propio de cada cónyuge, además, son gananciales los adquiridos con otros gananciales.*⁶²

⁶¹ O'callaghan, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Op. Cit. pág 121-130.

⁶² Albaladejo, Curso de Derecho Civil, t. IV, 8º. Ed. Barcelona, 1997, pág. 163.

El ordenamiento jurídico español en su artículo 1344, trata de dar una definición de este régimen diciendo *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse el matrimonio.”*

La sociedad de gananciales comienza con la celebración del matrimonio o cuando se pacta de forma expresa su aplicación mediante capitulaciones matrimoniales.⁶³ Lo que quiere decir con esto es que ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos, sobre mitades indivisas de los comunes. Este régimen se extingue *“cuando deja de estar vigente el matrimonio ya sea por disolución por muerte, divorcio, nulidad, separación de los cónyuges o por pactarse otro en capitulaciones matrimoniales”*.⁶⁴

Para entender la aplicación de este régimen, es necesario tener en consideración la diferenciación entre lo que se considera bienes privativos y lo que son gananciales.

Cuando hablamos del régimen de comunidad de gananciales encontramos tres tipos de patrimonio: el privativo ya sea del hombre o de la mujer y los bienes comunes que se dividen por igual al disolverse el matrimonio; cada cónyuge tiene la administración y disposición de los bienes privativos suyos. Estos tres tipos de

⁶³ Artículo 1345. Código Civil español.

⁶⁴ O'callaghan, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Op. Cit. pág 133- 139.

patrimonios se encuentran regulados en la normativa española, como veremos continuación.

a. Bienes Privativos:

... son aquellos que:

- ❖ *“Pertenece**n exclusivamente** a uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales. (art. 1345 y 1346 CCE)*
- ❖ *Los adquiridos con posterioridad al inicio de la sociedad de gananciales de forma gratuita (son regalados, donados, o se adquieren con motivo de una herencia) (1346.2, CCE)*
- ❖ *Los que se adquieren por **subrogación**: 1) Los que adquieren a costa o en **sustitución** de bienes privativos. Si han sido adquiridos solo en parte con bienes privativos lo serán solo en parte. (art. 1346.3CCE). 2) Los adquiridos en el ejercicio del derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. (art. 1346.4CCE)*
- ❖ *Los adquiridos por **accesión**, estos son los bienes que se unen o incorporan a un bien privativo. (art. 1359 CCE).*
- ❖ *Los provenientes de derechos **personalísimos**. 1) Como lo son El **resarcimiento por daños** causados a uno de los cónyuges. 2) Las ropas y objetos de **uso personal** siempre que no sean de extraordinario valor. 3) Los **instrumentos** necesarios para el ejercicio de la **profesión u oficio**, salvo que éstos formen parte de un establecimiento o negocio común de ambos cónyuges. 4) Si uno de los cónyuges percibe ciertas cantidades periódicas como*

consecuencia de un **crédito** a su favor, tales cantidades se consideran privativas del cónyuge titular del crédito. (art. 1346.7, 1346.5, 1346.6, 1348.)⁶⁵

b. Bienes gananciales o comunes:

Es considerado bien ganancial aquel que cumple con alguna de las especificaciones del artículo 1347 o sea fruto, sueldo adquisición cuya condición privativa no puede probarse. En una forma más puntualizada son gananciales:

- ❖ *“Aquellos que han sido obtenidos por el **trabajo** o **negocio** de cualquiera de los cónyuges o por el esfuerzo común de ellos. (art. 1347.1)*
- ❖ *Los **frutos**, las **rentas** o los **intereses** que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. (art. 1347.2)*
- ❖ *Los que se compren con el **dinero común**, bien sean para uno o para los dos cónyuges. (art. 1347.3)*
- ❖ *Las **empresas** constituidas con bienes comunes. (art. 1347.5)*
- ❖ *El derecho de usufructo o de pensión forma parte de los bienes privativos, pero los frutos obtenidos de estos bienes tendrán la consideración de bienes gananciales.*
- ❖ *Los adquiridos por **accesión** a bienes gananciales.*
- ❖ *Las nuevas **acciones** o títulos suscritos como consecuencia de la titularidad de otros bienes privativos, lo serán también.*
- ❖ *Los bienes adquiridos por **donaciones** o **testamentos** a los dos cónyuges mientras dure la sociedad de gananciales pertenecerán a ésta; los dejados a uno solo de los cónyuges serán privativos.*

⁶⁵ O'callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. pág 140-143.

- ❖ *Se presumen bienes gananciales los existentes durante el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen exclusivamente a uno solo de los cónyuges.*⁶⁶

Debe destacarse que los bienes privativos pueden ser convertidos por ambos cónyuges en gananciales y que los bienes adquiridos en parte con dinero ganancial y en parte con dinero privativo o de uno sólo de los cónyuges, pertenecen a la sociedad de gananciales y al cónyuge que realizó la aportación en proporción a la entrega que cada uno realizase.

Dentro del Régimen de Comunidad de Gananciales, los cónyuges cuentan con participaciones indisponibles que afectan a cada derecho o bien ganancial. Este régimen tiene por objeto los derechos y bienes que constituyen una masa patrimonial sobre la que los cónyuges tienen una participación indeterminada.

Por otro lado, la administración y disposición de los bienes gananciales se hará en forma conjunta, toda decisión deberá hacerse de mutuo acuerdo.

En España a diferencia de nuestro país la administración y gestión de los bienes gananciales corresponde de forma conjunta a los dos cónyuges, por lo que para realizar actos de disposición sobre los bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. El artículo 1375 del Código Civil dice así: *“en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes. Cosa que no sucede en nuestro ordenamiento, ya que los cónyuges tienen libre disposición de los bienes.*

⁶⁶ O’callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. pág 143-150.

La disolución y liquidación de la sociedad de Gananciales en España se encuentra regulada en el artículo 1392 “Ipsa iure” en casos en que como el fallecimiento de uno de los cónyuges, el matrimonio es declarado nulo, se decreta judicialmente la separación de los cónyuges. En estos casos seguirá rigiendo el sistema de separación de bienes aunque se produzca la reconciliación entre los cónyuges. Para que vuelva a regir el sistema de la sociedad de gananciales, será necesario que así se pacte en Capitulaciones matrimoniales.

La disolución puede ser también a instancia de parte, en este se puede dar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales por parte de uno de los cónyuges cuando uno de los dos es incapacitado judicialmente; cuando se produce la declaración judicial de ausencia, por declaración judicial de quiebra o de concurso de acreedores; cuando uno de los cónyuges es condenado por un delito de abandono de familia; cuando uno de los cónyuges realice actos de disposición que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad de gananciales; cuando los cónyuges lleven separados de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de familia, por liquidación de la sociedad de gananciales a instancias de un acreedor, por las deudas que tiene pendientes de pago uno de los cónyuges.⁶⁷

En cualquiera de estos casos, la liquidación de este régimen implica el final de la comunidad ganancial y la liquidación de las ganancias entre ambos cónyuges. La división de ganancias no significa partición literal de los bienes. Para la liquidación de este se deberá hacer como primer paso un inventario del activo y pasivo, paso dos

⁶⁷ O’callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. pág 164.

será pagar este, y por último pagado ya el pasivo se distribuirá el saldo activo entre los excónyuges.

Dentro de los regimenes legales pero supletorios en segundo grado encontramos el régimen de **separación de bienes**. Este puede ser aplicado por la pareja mediante Capitulaciones patrimoniales con sus propios, caso en que hablaremos del régimen de separación convencional o tal como lo estipula el código civil en su artículo 1435. 2 como régimen de separación legal (supletorio en segundo grado) cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no se regirá entre ellos la sociedad conyugal de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes.

Es pues este régimen el aplicable a los casos en que los cónyuges disponen claramente no querer que se les aplique el régimen de gananciales, pero no dicen cómo quieren que se rijan sus bienes.

Dentro de este régimen cada cónyuge queda dueño de los bienes que poseía antes de su matrimonio y también de todos los que adquiera durante este; no se da como en la comunidad de gananciales una masa común, sino cada cónyuge es dueño de todo lo que adquiera antes o después del matrimonio, así como de la administración, el disfrute y la disposición de sus bienes propios.

En cuanto a los gastos que se generan por la vida en familia, los cónyuges contribuirán por partes iguales al sostenimiento de la vida en matrimonio, salvo aquellos casos que se pacte según las facilidades económicas de cada uno.

“Los principales efectos del régimen de separación de bienes son los siguientes:

- ❖ Los dos cónyuges contribuyen al sostenimiento de las cargas del matrimonio y salvo que acuerden otra cosa, lo hacen en proporción a sus respectivos recursos económicos.*
- ❖ El trabajo realizado para el hogar familiar, es considerado como contribución a las cargas del matrimonio y da derecho a que se pueda reconocer a favor del cónyuge que trabaja en el hogar, una pensión compensatoria que se fijará judicialmente cuando se extinga el régimen de separación de bienes.*
- ❖ Si uno de los cónyuges realiza la gestión de los bienes del otro, se entiende que actúa como un mandatario y se le pueden exigir responsabilidades por esta actuación. No se rinden cuentas de la administración de los frutos o rentas obtenidos de estos bienes si se destinan al mantenimiento de la familia.*
- ❖ Las obligaciones que cada uno de los cónyuges contrae son de su exclusiva responsabilidad.*
- ❖ Si no es posible determinar a quién pertenece un determinado bien o derecho, se entiende que pertenece a ambos por mitad.*
- ❖ En el caso de que uno de los cónyuges sea declarado en quiebra o concurso de acreedores, salvo que pueda probarse lo contrario, se presume que durante el año anterior (o al tiempo al que alcance la retroacción de la declaración de quiebra o concurso), los bienes*

adquiridos por el otro cónyuge han sido donados en su mitad al cónyuge declarado en quiebra. ⁶⁸

En cuanto a la liquidación, como es lógico al no existir comunidad de bienes, no debe liquidarse pues cada cónyuge es dueño de lo que haya adquirido y no existe ninguna confusión.

Un tercer régimen legal es el de **participación**, este es introducido al Código Civil Español en el año 1981, por la búsqueda de la igualdad entre los cónyuges; si bien este es un régimen legal ya que se encuentra regulado en sus aspectos generales por la ley solo podrá ser aplicado mediante capitulaciones matrimoniales. Este régimen es similar al régimen legal que dispone nuestro Código de Familia: “régimen de participación diferida”.

*“La configuración legal de este régimen de participación es, en principio, sencilla: mientras el matrimonio está vigente, el sistema es de separación: cada cónyuge es titular de los derechos que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiera durante el mismo, teniendo la administración y disposición de los mismos: cuando el régimen se extingue, se calcula la diferencia entre el patrimonio inicial y el final de cada cónyuge, y el otro tiene derecho a participar normalmente de la mitad en las ganancias que haya habido”.*⁶⁹ Conlleva el derecho de cada uno de los cónyuges a participar en las ganancias que el otro obtenga durante el tiempo en que esté vigente. Este régimen es meramente convencional esto quiere decir

⁶⁸ www.iabogados.com

⁶⁹ O’callaghan, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. pág .

que regirá solamente cuando sea pactado en capitulaciones, caso muy poco dado.

A cada cónyuge le corresponde la **administración**, el **disfrute** y la libre **disposición** de los **bienes** (artículo 1412 CCE) que le pertenecen cuando comienza el régimen de participación en las ganancias, así como los que adquiera durante este por cualquier título. Si se adquiere junto con el cónyuge algún bien o derecho, les pertenecerá a los dos. Podría decirse que este régimen se parece un poco al de gananciales; sin embargo, es precisamente este punto de la administración, disfrute, disposición, lo que los diferencia pues en el de gananciales estos se manejan de forma conjunta y en el de participación por separado.

El Régimen se extingue por las mismas causas (artículo 1415 CCE) que el régimen de gananciales y le es aplicable lo dispuesto para la disolución de la sociedad de gananciales.

Cuando se extingue el régimen de participación, las ganancias (artículo 1417 CCE) se determinan por la diferencia que exista entre el patrimonio inicial y el final que tenga cada cónyuge.

A los bienes que constituyan el patrimonio final se les debe dar el valor que tuviesen en el momento de la terminación del régimen, y a los que se vendieron o regalaron fraudulentamente, se les da también el valor que según su estado, hubiesen tenido a la fecha de la terminación del régimen de participación.

Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, también se incluyen en el patrimonio final como activo en el caso del titular del crédito y como pasivo en el caso del cónyuge deudor. La ganancia o bienes correspondientes a los cónyuges como gananciales será la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge, que arrojan un resultado positivo, y si este resultado positivo es el mismo en ambos casos, no existirá ganancia y, por tanto, los cónyuges no tendrán nada que repartir.

Si el resultado positivo es mayor en uno de patrimonios de los cónyuges respecto al otro, el que ha obtenido un resultado menor recibe la mitad de la diferencia entre el incremento de su patrimonio y el del otro cónyuge.

Si sólo uno de los patrimonios arroja un resultado positivo, el derecho a la participación consistirá para el cónyuge que no ha obtenido beneficios, en la mitad del incremento que haya experimentado el patrimonio del otro cónyuge.

El importe de la participación en las ganancias debe abonarse en dinero, aunque judicialmente puede otorgarse un aplazamiento siempre y cuando éste no sea superior a 3 años y tanto el pago de la deuda como el de los intereses que genere el aplazamiento queden suficientemente garantizados (por ejemplo mediante aval bancario (artículo 1431 CCE).

También puede abonarse el importe de la participación en las ganancias mediante la adjudicación de bienes concretos al cónyuge, ya sea porque así lo han acordado las partes o porque lo determina una resolución judicial.

1.3 ARGENTINA

Por otra parte, encontramos al autor **Eduardo Zannoni** quien dentro del estudio de los tipos de regímenes en las diferentes legislaciones hace una enumeración en la que encontramos los regímenes citados por los autores ya mencionados, pero también incluye algunos que se encuentran hoy en día en desuso:

3.1 Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido: Este es meramente histórico, no rige en el derecho contemporáneo.

3.2 Regímenes de Unidad y Unión de Bienes: El primero lo que se da es una especie de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, este adquiere todos los bienes de ella. El otro por su parte el marido no adquiere los bienes de esposa sino solo su administración.

3.3 Regímenes de Comunidad: En estos lo que se da es la formación de una masa común de bienes que se repartirá al disolverse el matrimonio. En este encontramos varios tipos de comunidad:

3.3.1 Comunidad Universal: Incluye todos los bienes presentes y futuros que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio y los que se obtuvieron en conjunto.

3.3.2 Comunidad de muebles y ganancias: Incluye todos los muebles sin importar su origen y además las ganancias que obtuvieran ambos durante el matrimonio.

3.3.3 Comunidad de Ganancias: Incluye las ganancias que obtuvieran ambos durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges.

3.3.4 Además dependiendo del modo de gestión de los bienes el régimen de comunidad se puede clasificar en: 1) de administración marital, 2) de administración separada, 3) de administración conjunta.

3.4 Régimen de Separación: este mantiene separados los bienes de cada uno de los cónyuges obtenidos en el matrimonio, quienes tienen la propiedad, administración y disposición de sus bienes.

3.5 Régimen de Participación: este es el régimen mixto, se da como el régimen de separación durante el matrimonio; sin embargo, en la disolución opera lo que opera es un crédito a favor de cada uno con relación a las ganancias obtenidas por el otro.

En Argentina no se aplican todos esos regímenes que enumera Zannoni; la regulación de los bienes dentro del matrimonio en Argentina es un poco diferente a la costarricense y la española, como veremos a continuación.

Dentro de los ordenamientos ya citados indispensablemente encontramos el régimen convencional; sin embargo, en el derecho argentino a diferencia del español y costarricense que pusieron especial atención a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, dejando como régimen principal aquel acuerdo que estos tomen y que dejen evidente en las capitulaciones matrimoniales respetando todo acuerdo que sea legal y

aplicando supletoriamente otros regímenes estipulados por ley, Argentina prefirió evitarse la gran cantidad de posibles decisiones que podrían tomar los cónyuges respecto a su patrimonio después del matrimonio y eligió regular un régimen patrimonial llamado “sociedad conyugal”. Sin embargo, permite agregar aquellas convenciones enteramente necesarias para los cónyuges y terceros (Art. 1217 CCA).

El régimen legal dentro del ordenamiento argentino es de trascendental importancia ya que como dijimos entre su normativa no incluyen las Capitulaciones Matrimoniales y fijan como único régimen el legal que en su caso es el de comunidad de gananciales. *“El Código Civil argentino organizó un régimen clásico de comunidad. Este distingue entre los bienes propios de cada cónyuge y los bienes gananciales: Pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación”.*⁷⁰ El régimen matrimonial que establece el Código tiene carácter imperativo. Si los esposos optaron por un régimen de separación de bienes (admitido en el país en el que se casaron), se aplicará la ley extranjera (aunque hay excepciones con respecto a cuestiones de estricto carácter real como por ejemplo la exigencia de la publicidad del dominio respecto de los bienes registrables).

La sociedad conyugal es una comunidad que se basa en la existencia de bienes que, cualquiera que fuese el cónyuge que los adquirió durante el matrimonio, son coparticipados a la disolución del matrimonio.

⁷⁰ Artículo 1263 Código Civil argentino.

Los bienes propios son los que pertenecen a cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y los que adquiere durante este a título gratuito, o por subrogación real con otro bien propio, o por una causa o título de adquisición anterior al matrimonio.⁷¹

El artículo 1271 del Código Civil Argentino indica cuál es el concepto de bien ganancial que se tiene en el ordenamiento argentino.

Los bienes gananciales son los que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso, o aun después de la disolución de la sociedad conyugal por una causa o título anterior a tal disolución los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación se presumen gananciales.⁷²

“Dicho régimen patrimonial legal, imperativo y forzoso, tiene las siguientes características: a) comunidad restringida a los gananciales, b) administración de bienes separada con elementos de gestión conjuntos, c) separación de deudas como regla, d) partición por mitades.

*Los bienes de los cónyuges son propios y gananciales e incluyéndose dentro de dicha clasificación a las cosas propiamente dichas, derechos participaciones en uno y otro, universalidades de hecho y jurídicas.”*⁷³

Los frutos de los bienes, sean bienes propios o gananciales, son considerados gananciales, si se devengaron o están pendientes al tiempo de celebrarse el

⁷¹ Ibidem.

⁷² Artículo 1271 Código Civil Argentino.

⁷³ Raúl Tierra. Sociedad Conyugal. Bienes de Dudosa Ganancialidad, 1 Edición, editorial Juris, 2005, pág 30.

matrimonio, tienen carácter propio. Cuando se adquiere un bien usando fondos propios y fondos gananciales, el carácter de propio o ganancial dependerá del fondo del que salió la mayor cantidad de dinero. En caso de que los aportes fueran iguales, el bien adquirido es ganancial. En cuanto a las mejoras, son gananciales las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Si la mejora es separable del bien principal, la mejora es ganancial. Si la mejora forma un mismo cuerpo con la cosa y se hizo con bienes gananciales, adquiere carácter propio, devengándose una recompensa a favor de la sociedad conyugal. Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son propios del autor o inventor, pero son gananciales las utilidades durante la sociedad conyugal. En las donaciones remuneratorias, aquellas que se hacen en pago de servicios prestados por el donante, el bien donado es ganancial pues no se puede considerar como una donación normal.⁷⁴

En cuanto a la administración y disposición de los bienes gananciales, actualmente, desde la perspectiva de la gestión de los cónyuges, existen cuatro masas: las de bienes propios de cada cónyuge, la ganancial de administración del marido y la ganancial de administración de la mujer. Los cónyuges no están obligados a rendirse cuentas de los actos de administración y disposición que realizan.

La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges, por ausencia con presunción de fallecimiento, por separación personal y por divorcio vincular.

⁷⁴ Todo este tema de gananciales se encuentra regulado en los artículos 1271. 1272 del Código Civil Argentino.

Desde el momento en que es decretada la disolución de los bienes “las masas se mantienen tal cual son al momento de dicha disolución, para, después del trámite de liquidación, partir los mismos bienes que había en aquel momento. Después de la disolución ya no rige la libre administración y disposición que había en la sociedad conyugal. Cada cónyuge estará obligado a rendir cuentas al otro por los actos que realiza.

Producida la separación de hecho, el culpable de ella no tendrá derecho de participar, cuando se liquide la sociedad conyugal, en los bienes gananciales que aumentaron el patrimonio del no culpable con posterioridad a la separación. Si ambos fueron culpables de la separación de hecho, ninguno de ellos participa en los bienes que obtiene con posterioridad el otro.

La liquidación comprende trámites para liquidar los saldos de cada masa de gananciales, para realizar luego la partición. Estos trámites son: inventario de bienes gananciales, pago de deuda de cada cónyuge ante terceros, dilucidación del carácter ganancial o propio de algunos bienes, determinación de las recompensas que se adeuden entre sí las masas gananciales y las masas propias, estimación del valor de los bienes comunes.⁷⁵

Estos tres ordenamientos aunque tienen grandes similitudes, también presentan algunas diferencias, como es el caso de Argentina que no incluye el régimen convencional dentro de su normativa, y el ordenamiento español utiliza el régimen de

⁷⁵ www.monografias.com

comunidad de gananciales que tiene como requisito para disponer de los bienes la autorización del cónyuge.

Del régimen existente en el ordenamiento argentino, lo que podemos destacar es que han regulado el régimen patrimonial aplicable en su ordenamiento, de tal forma que este se hace de uso obligatorio para todas las partes, sin que exista alguna otra opción; en Costa Rica sin dejar de lado la voluntad de las partes, debería aplicar de igual forma como se hace en Argentina, al hacer obligatoria la creación de capitulaciones matrimoniales por parte de los cónyuges, siendo que estos sean los que decidan que tipo de régimen desean que se aplique a una eventual liquidación de bienes gananciales.

TÍTULO III ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE BIENES GANANCIALES

CAPÍTULO I: Lo que se entiende por bien ganancial antes y después de la reforma del artículo 41 del Código de Familia a la luz de la jurisprudencia

1.1 Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Familia sobre la aplicación del artículo 41 del Código de Familia en el tema del cónyuge culpable

Con antelación a la reforma implementada por Ley número 7689 de setiembre de mil novecientos noventa y siete al artículo 41 del Código de Familia, prevalecía el criterio de culpabilidad e inocencia en la aplicación del derecho de ganancialidad que obtienen los cónyuges al disolverse el vínculo matrimonial o decretarse la separación de estos, es decir si alguno de los cónyuges era declarado culpable perdía su derecho ganancial sobre los bienes que se pudieran decretar como tales. Hoy, este criterio de culpabilidad o inocencia no afecta en modo alguno el derecho de participación que se otorga a cada esposo, al momento de la disolución del vínculo; el cual consistente en el derecho de los cónyuges en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes constatados en el patrimonio de estos en el momento que sea disuelto el vínculo matrimonial.

En este apartado vamos a realizar un análisis jurisprudencial del concepto de bienes gananciales, esto a raíz de la reforma que sufrió el artículo 41 del Código de Familia, en el año de 1997; la principal reforma que tuvo dicho artículo se refiere a la

eliminación de la sanción de pérdida de gananciales al cónyuge que era declarado culpable.

Sobre el concepto de bienes gananciales, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha hecho mención al tema en varias resoluciones algunas de estas son las siguientes:

“Son bienes gananciales aquellos adquiridos a título oneroso dentro de la sociedad conyugal, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio.”⁷⁶

..”ACERCA DE LOS BIENES GANANCIALES: La doctrina define los gananciales como “... aquellos bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquieren durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado...La exclusión de gananciabilidad afecta, en principio, a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de contraer matrimonio y los que durante él adquiriesen a título gratuito...” (ZANNONI, Eduardo. “DERECHO DE FAMILIA”. Tomo 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993. pág. 458). En este mismo sentido, el artículo 41 del Código de Familia, en lo que interesa, establece:

“Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno

⁷⁶ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . Sentencia número 82 de las quince horas veinte minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación...”.

Así las cosas, únicamente los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, pueden tener ese carácter de gananciales. Sin embargo, existen situaciones en las cuales, el ingreso al patrimonio de la sociedad conyugal no es totalmente claro, porque no existe un documento en el que conste la transmisión, a título oneroso, de un determinado bien o derecho. Por ello, en estos casos, el juzgador, en aras de efectuar la debida liquidación de la sociedad conyugal, tiene que recurrir a todos los medios probatorios pertinentes, para establecer el carácter propio o de ganancial, respecto de dichos bienes y para ello, necesariamente, tiene que analizar la participación de los terceros que contratan con el cónyuge, a fin de evitar la distracción de bienes, adquiridos dentro del matrimonio, con la intención de que no sean considerados gananciales.”⁷⁷

“...como lo indica expresamente el artículo 41 del Código de Familia de que el derecho de participación del cónyuge inocente es "en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro...", quedando así establecido con claridad que lo que debe distribuirse es la mitad del valor neto de esos bienes, con lo que se vino a fijar el modo de reparto, asunto que había dado lugar a discusiones anteriormente.”⁷⁸

...”Dispone el citado numeral, en lo que nos interesa, que al disolverse el matrimonio, como en efecto sucedió en esta litis al acogerse la demanda de divorcio por el adulterio comprobado de la demandada y no objetado ahora en Casación, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el

⁷⁷ Sentencia 298 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas diez minutos del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

⁷⁸ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 156 San José, a las nueve horas del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

*patrimonio del otro y que perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio.*⁷⁹

*...“En cuanto a las demás pretensiones se acoge la demanda y se establece: disuelto el vínculo matrimonial que uno a actora y demandado por la causal de adulterio atribuible al marido quien como cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales sobre los bienes que se constaten en el patrimonio de la actora... Adquiere la mujer el derecho a gananciales, derecho que consiste en participar en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes que se constaten en el patrimonio del marido y que se consideren gananciales...”*⁸⁰

*...“Se declara la separación judicial de los cónyuges por la causal de ofensa grave atribuible al marido, quien como cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales, derecho que a su vez adquiere la actora sobre los bienes que en la etapa de ejecución de fallo lleguen a tener ese carácter, haciéndose el pronunciamiento en abstracto ...”*⁸¹

... “He de impugnar este criterio seguido por este tribunal, ya que el mismo lesiona y manifiesta craso error, al obviar el artículo 41 del Código de Familia en su párrafo segundo que dice: “Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o separación judicial...” Y derecho que adquiere a su vez la actora sobre los bienes gananciales. Pues se ha de reiterar de que es la actora, la parte vencedora en el presente proceso y el demandado el cónyuge culpable, el cual no es acreedor a los bienes gananciales en la proporción que se deduce, como tampoco al 50% que se establece en el por tanto de la referida sentencia a favor de la actora.- Admitiendo clara discordancia en la aplicación de la norma sustantiva y en relación a la parte alícuota proporcional al 50% al derecho a los bienes gananciales que le acrcce (sic) a la actora.-

⁷⁹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 266 de la San José, a las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

⁸⁰ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 169 de las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

⁸¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 116 de la San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

TERCERO: Así, las cosas, tal disposición es contrario a la ley, toda vez que se beneficia al cónyuge culpable con los gananciales al establecerse un 50% del monto de lo pagado en favor de la actora, perdiéndose de perspectiva la culpabilidad del demandado.- CUARTO: Que el citado punto en controversia y con fundamento al artículo supra citado, solicito se reexamine sobre la naturaleza los gananciales, quien como cónyuge culpable pierde ese derecho, derecho que a su vez adquiere la actora, haciéndose el pronunciamiento en abstracto a fin que sea lo procedente."⁸²

*"II.- Reza el artículo 41 supracitado, en lo que interesa: Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial, y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial..."*⁸³

...“cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial...”. De manera que la prueba lleva a concluir que [la actora] adquirió el cincuenta por ciento de las acciones a título gratuito por la liberalidad de su cónyuge, y ahora al momento de liquidar la

⁸² SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 116 San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

⁸³ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. sentencia 116 San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.

*sociedad conyugal, se constata en el patrimonio [del demandado] la existencia del otro cincuenta por ciento, del cual le corresponde a la esposa el cincuenta por ciento, por disposición legal dado el adulterio tal y como fue declarado en la sentencia que se conoce.*⁸⁴

*...”Siendo culpable pierde entonces el derecho a gananciales sobre los bienes propiedad de la actora y que tengan ese carácter con lo cual no puede pretender reclamo alguno sobre los bienes inscritos a nombre de la señora Husband. Por otra parte, se establece en nuestra legislación el derecho a gananciales, en favor del cónyuge declarado inocente, y que es el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes que se consideren gananciales, derecho que se establece no como copropiedad, sino de participación en el valor de aquellos bienes considerados como gananciales (artículo 41 del Código de Familia). De esto se deduce claramente que los gananciales siempre deben reclamarse sobre los bienes propiedad del otro cónyuge y no en aquellos propios, pues resulta claro que sobre éstos no hay derecho a gananciales en relación al cónyuge propietario.”*⁸⁵

...”AL DISOLVERSE o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales

⁸⁴ Sentencia: 00169 Expediente: 95-000169-0005-FA Fecha: 31/05/1995 Hora: 9:30:00 AM Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

⁸⁵ **SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 169** San José, a las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

constatados en el matrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o separación judicial".⁸⁶

... "cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial."⁸⁷

Con los anteriores extractos de sentencia podemos observar que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia fue muy clara en el concepto de bienes y en la aplicación del artículo 41 del Código de Familia que se encontraba vigente en esa época, ya que al decretarse la culpabilidad de uno de los cónyuges este perdía su derecho a participar sobre los bienes gananciales y a su vez el cónyuge declarado inocente obtenía su derecho al cincuenta por ciento del valor de los bienes declarados gananciales del otro cónyuge. Cabe aclarar que el cónyuge que era declarado culpable perdía su derecho a poder participar sobre los bienes del otro cónyuge y siempre mantenía su derecho sobre los bienes gananciales a su nombre.

Después de la formación del Tribunal de Familia en 1998, este se pronunció sobre el artículo 41 del Código de Familia, pero ya se había dado la reforma a dicho artículo, por lo cual todos sus pronunciamientos han sido sin la sanción de pérdida del derecho ganancial que tenía el cónyuge declarado culpable

⁸⁶ Sentencia 174 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete.

⁸⁷ **Sentencia 169 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

...”II.- En nuestro ordenamiento jurídico, existen dos tipos de divorcio. El Divorcio Sanción , y el Divorcio Remedio. En el primero, su devenir, se va a dar por el incumplimiento que alguno de los cónyuges, haga de los efectos personales que enuncian los artículos 11 y 34 del Código de Familia, y que se han trasladado como causal de Divorcio, enunciándose en el artículo 48 del Código en Rito. Asimismo en algunos casos, y ya previsto por ley, la infracción, conlleva a lo que se denomina cónyuge culpable, y en otros, no existe culpabilidad que declarar, por no existir, una conducta expresamente sancionable, sino que es una situación que por el acontecer del tiempo, se constituye en un motivo para decretar el divorcio, sin que se diga que es culpable uno u otro. En el otro caso, el denominado Divorcio Remedio, es el que está regulado por el artículo 48 ya citado, en su inciso 7), y se le llama Divorcio por Mutuo Acuerdo, el cual es una facultad jurisdiccional voluntaria, que da a las partes la oportunidad de no manifestar abiertamente las causas o motivos por los cuales se dará el rompimiento del vínculo matrimonial, preservándolas a su esfera personal. Esta posibilidad también elimina la noción de "culpabilidad o inocencia", al menos en la parte subjetiva del proceso. La importancia de la declaratoria de culpabilidad o no, estriba más que todo, en el derecho, que prácticamente hoy pueda interesar, como es el pago de la cuota alimentaria de un cónyuge a otro, dado que ya no es importante para la repartición de bienes, dado que por la reforma del artículo 41 mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional No. 1758-00, la culpabilidad no conlleva pérdida de gananciales, o bien para el cobro de daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil. Dentro de las causales que son sancionadas de culpabilidad, se enlistan los incisos 1 a 4 del Artículo 48 pluricitado, y se excluye el cobro de daños y perjuicios ya dicho el inciso 1) aunque sea una causal subjetiva, declarativa de culpabilidad. Lo connotado, es aplicable también a la Separación Judicial, siendo que las causales que autorizan a ésta, se observan en el numeral 58 incisos 1 a 8) “. ⁸⁸

⁸⁸ VOTO NO. 2204-04 TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, a las ocho horas con treinta minutos del catorce de diciembre del dos mil cuatro.

...”IV.- Reza el artículo 41 del Código de Familia . Régimen de gananciales. Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria de las resultas de la respectiva liquidación. Los Tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. (Así reformado mediante ley No. 7689 de 21 de agosto de 1977). Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1) Los que fueron introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. V.- Efectos patrimoniales del vínculo conyugal. El Código de Familia costarricense se refiere en el Capítulo VI al Régimen Patrimonial de la Familia. Los Regímenes matrimoniales y la participación diferida en los gananciales. El régimen matrimonial se conoce también como régimen patrimonial entre cónyuges. El conjunto de normas que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges puede derivar de la ley, sea un ordenamiento legal o directamente de la voluntad de las partes, en cuyo caso viene a ser un régimen normativo convencional, que se plasma en el llamado contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales. Es lo usual que el matrimonio produzca la unión -de hecho- de los patrimonios individuales de los cónyuges, creándose además como producto del trabajo de los esposos un patrimonio común que nace del esfuerzo y la cooperación

de cada uno de ellos. En específico en Costa Rica la participación en los gananciales es diferido, porque estando vigente el matrimonio, existe una independencia total de los bienes de los esposos, quienes pueden disponer de ellos libremente, así como de sus frutos, siempre y cuando no hubieren otorgado capitulaciones matrimoniales que derogan el régimen legal, pero al momento de separarse judicialmente, disolverse el vínculo matrimonial o plantear por excepción la liquidación de bienes gananciales, nace el derecho de cada uno de los cónyuges de participar en la mitad del valor neto de los bienes constatados en el patrimonio del otro.

VI.- El Juzgador de Instancia ha dispuesto que ambos cónyuges mantienen el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, mismos que se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia, previa demostración de la existencia de ellos y de su condición de gananciales. Sin embargo, esta determinación que hace en abstracto y en sentido genérico, deviene de una consideración, en la que aduce que por no estar claro la existencia de bienes gananciales durante el período matrimonial de las partes, lo otorga así, pero esa circunspección no es atinada, consta en el principal, prueba idónea la cual no fue argüida de falsa, por ende reviste plena validez probatoria, al tenor de los artículos 368, 369, y 370 del Código Procesal Civil. De consiguiente, resulta válida la afirmación que el señor Gamaliel Paniagua Paniagua es desde enero de mil novecientos noventa y nueve, dueño de la totalidad del Capital Social de la Sociedad denominada Timanfaya Sociedad Anónima, lo que es de imperativo proceder, proclamar, que las acciones de dicha sociedad no constituyen bienes gananciales.

VII.- En lo atinente, a la solicitud de la demandada de declarar sin lugar la condenatoria que a ella se le hace de pagar pensión a favor del actor, se rechaza, por falta de legitimación, toda vez que la misma, no formuló recurso de apelación, ni en el plazo legal otorgado se adhirió a la planteada por el actor. Por ende, sin haber enunciado el recurso vertical, no le asiste como se citó legitimación para proponerle al Tribunal una modificación del fallo.

VIII.- No encontrando este Tribunal algún vicio en la sentencia que provoque la invalidez del fallo, razón por la cual, con arreglo a lo que viene

dicho, lo que corresponde es acoger en parte el recurso planteado, y revocar la resolución recurrida, para disponer que las acciones de la sociedad citada no constituyen bienes gananciales, quedando en lo demás incólume el fallo recurrido. ⁸⁹

IV.- Por lo demás, el reproche referido a la concesión del derecho de gananciales en favor de la señora Vega Arrieta se torna infundado, acorde con lo dispuesto en el artículo 41 del Código de Familia que señala en lo pertinente: “Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes”. El precepto es claro, el derecho de participación lo otorga la ley a ambos cónyuges, a partir de los presupuestos que la misma norma establece como sustento para el surgimiento de la ganancialidad de los bienes, sin que importe la culpabilidad o inocencia de los esposos/as, en vista de que se presumen como tales (gananciales) todos los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión matrimonial, en forma onerosa y con excepción únicamente de los que el mismo artículo 41 indica como bienes que no son gananciales. Ello es así, porque se parte del esfuerzo común que ampara la obtención de los bienes en vista de la cooperación y mutuo auxilio que debe imperar entre los esposos durante el matrimonio, en concordancia con los deberes personales que impone el artículo 34 del Código de Familia, que ordena: “Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos

⁸⁹ VOTO NO. 2087-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas con cinco minutos del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro.

de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas.

V.- Corolario de lo señalado, es que resulta procedente el pronunciamiento sobre el derecho de participación en los bienes gananciales que compete a cada cónyuge y ante ello no es de recibo el alegato del apelante, razones por las que debe rechazarse la nulidad invocada y proceder confirmando la resolución recurrida.⁹⁰

...”CUARTO: La sentencia venida en apelación, fundamenta la declaración en la no demostración de la existencia de bienes gananciales. Sin embargo, en esta instancia se ha recibido con el carácter de prueba para mejor proveer prueba documental consistente en las certificaciones de los asientos de inscripción del inmueble número cuatrocientos dieciséis mil ochocientos treinta y nueve del Partido de San José. Mediante la realización de este medio probatorio, se ha podido determinar que ambas partes adquirieron un inmueble con casa de habitación que es el asiento del hogar familiar y en el cual aún viven la demandada y los hijos comunes, y ese hecho da lugar a revertir lo resuelto en torno a los derechos gananciales. Téngase presente que el régimen jurídico de los bienes adquiridos por los esposos durante el matrimonio, establece una presunción de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Este esfuerzo conjunto, es asumido por el ordenamiento como una contribución no necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias, y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc., es decir, la participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida -dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial- tiene una naturaleza igualitaria, y al amparo de la legislación y la jurisprudencia, dicho carácter de ganancialidad deviene de una presunción “iuris tantum” cuyo

⁹⁰ **VOTO N°1997-04 TRIBUNAL DE FAMILIA** . San José, a las nueve horas del dieciséis de noviembre del dos mil cuatro.

contenido asume que son gananciales todos los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante la convivencia matrimonial (art. 41 del Código de Familia). Claro que para acreditar la presunción es necesario probar la existencia de los bienes y su adquisición durante la convivencia matrimonial. En el presente caso se ha llegado a individualizar al menos un bien que está inscrito en derechos, de ahí que es lo justo resolver otorgando a cada cónyuge el derecho de participación en el cincuenta por ciento del valor neto del derecho del otro. Así las cosas y por ser ese el único motivo del recurso, lo obligado es revocar la decisión de primera instancia y declarar que ambos cónyuges adquieren el derecho de participación en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales que se constaten en el patrimonio de cada uno, teniéndose desde ahora como tal el inmueble inscrito en el Registro Nacional, Partido de San José, Matrícula de Folio Real número cuatrocientos dieciséis mil ochocientos treinta y nueve secuencias cero cero uno y cero cero dos.’⁹¹

“...III.- Antes de la reforma del artículo 41 del Código de Familia, decretada por Ley No. 7689 del 6 de agosto de 1997, publicada en la Gaceta No. 172 del 8 de setiembre de 1997, efectivamente, la culpabilidad de algunos de los cónyuges al disolverse, o declararse nulo el matrimonio, o la separación judicial, conllevaba la sanción de perder el derecho a participar en los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Con base en esta disposición legal y el derecho declarado en sentencia, se formula la respectiva liquidación por la vía de ejecución de fallo, en el tanto, que lo que adquiere la parte vencedora es un derecho de crédito y no de propiedad o de copropiedad. Situación que aún se mantiene con la reforma, en cuanto se refiere al tipo de derecho que se adquiere, habiéndose reformado la norma únicamente en cuanto a que la declaratoria de culpabilidad ya no arrastra la sanción de pérdida del derecho sobre bienes gananciales. La sentencia de divorcio dictada a las trece horas del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete, por el Juzgado de Familia de Cartago en relación al extremo que interesa, literalmente dispuso “...Se declara al señor Campos Guzmán cónyuge

⁹¹ **VOTO No.922-04 TRIBUNAL DE FAMILIA** . San José, a las diez horas cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro.

culpable, y como tal se le obliga a rendir alimentos a favor de la actora que es cónyuge inocente. Se decreta la pérdida del demandado del derecho de bienes gananciales. Los cuales se liquidarán en ejecución de fallo...”

Como bien se aprecia, el fallo únicamente dispuso la pérdida del accionado a participar en los bienes gananciales por ser cónyuge culpable y no declaró el derecho de la actora por ser inocente. No obstante, existe norma expresa que regula el caso, y lo relevante en este caso, porque se requiere pronunciamiento judicial, es que hubo declaratoria sobre la pérdida al derecho a gananciales del cónyuge culpable. Por disposición de la norma, esa pérdida se da sobre los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro cónyuge, no sobre los constatados en su propio patrimonio, como bien lo resolvió el a- quo. La declaratoria de culpabilidad, no implica que el culpable propietario pierda en su totalidad el bien inmueble o mueble que le pertenece. Esa sería una interpretación errónea de la precitada norma. Por otro lado, el cónyuge vencedor (aplicando el artículo 41 antes de la reforma), no adquiere un derecho directo sobre la propiedad que se reputa como ganancial, sino un derecho de participación en el cincuenta por ciento del valor neto del bien, es decir, un derecho de crédito. De aquí, que la petitoria planteada por la actora en la ejecución de fallo, resulta improcedente, en primer término porque eso no es lo que dispone el fallo que se ejecuta, y en segundo lugar, porque existe norma expresa que estipula la forma y el tipo de derecho que se adquiere. En consecuencia, al no haberse pronunciado el juzgado sobre la prueba para mejor proveer ofrecida, no representa una omisión que incida en el resultado del fallo, por cuanto la veracidad de los hechos no son susceptibles de ser comprobados con prueba confesional o testimonial por tratarse de un planteamiento no ajustado a la ley. Con la explicación dada por este Tribunal, se concluye que lo resuelto en primera instancia no es incongruente ni confuso, pues resulta cierto que don Abelardo perdió el derecho a participar en el cincuenta por ciento de los bienes que eventualmente podría tener doña Lidia María, pero lo anterior no implica, que doña Lidia tenga el derecho de dominio absoluto sobre el bien inscrito a nombre del accionado, por ser ella cónyuge inocente. Lo procedente, es determinar el cincuenta por ciento del valor neto que corresponde, el cual

se obtiene una vez que se hayan contemplados otros acreedores con mejor derecho. En primer instancia no se trata de una obligación de dar o hacer, sino de monto por liquidar. Con base en lo expuesto, este Tribunal converge en la decisión de confirmar la sentencia recurrida.⁹²

“...IV.- En cuanto al tema de gananciales, ha de decirse que nuestro régimen principal es el convencional de la capitulaciones matrimoniales, al cual por costumbre casi no se acude, y el régimen supletorio es el denominado de participación diferida, previsto en el numeral 41 del Código de Familia. Son bienes gananciales en términos generales aquellos bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del matrimonio y durante la convivencia de los cónyuges. Ello se extrae de una lectura por sentido contrario de lo expuesto en el numeral 41 del Código de Familia, puesto que el mismo define cuáles bienes únicamente no son gananciales, y excluye los adquiridos antes del matrimonio, los adquiridos a título gratuito y los adquiridos durante la separación de hecho, así como los subrogados y los dispuestos en capitulaciones matrimoniales. En principio, cada cónyuge puede disponer de sus bienes, no obstante, dicho derecho encuentra sus límites dentro de los postulados de la buena fe, así que las disposiciones de bienes en épocas de crisis matrimonial, han de examinarse a efecto de determinar si esos actos de disposición se han hecho con perjuicio de los derechos del otro cónyuge. Al respecto nuestra jurisprudencia por ejemplo ha considerado:

“... III.- En Costa Rica, la regulación legal de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, durante la vigencia del matrimonio, tiene como principio rector la independencia total de los bienes de cada uno. De conformidad con ese régimen, cada consorte es dueño y puede disponer libremente de aquellas cosas que tenía al contraer nupcias, de las que adquiera por cualquier título mientras se desarrolla la vida en común y de los frutos de unos y de otros (artículo 40 del Código de Familia). El derecho a participar en la mitad del valor neto de los que, constatados en el patrimonio del esposo o de la esposa, tengan el carácter de gananciales, surge al celebrarse

⁹² **Voto No. 319-04** TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, al ser las once horas cuarenta minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.

capitulaciones matrimoniales después del enlace marital o en el momento en que se declare su nulidad o su disolución, o bien, cuando se decrete la separación judicial (ordinal 41 ibídem). Antes de la emisión de cualquiera de estos actos jurídicos, lo que existe es una expectativa de derecho, que no cuenta con una protección especial. Sin embargo, a pesar de que no exista, en la normativa de familia, alguna limitación concreta a esa libertad de administración y de disposición de los bienes propios con vocación de ganancialidad, es innegable que, tal derecho, no es absoluto, pues tiene como barrera infranqueable, máxime cuando se vislumbra la disolución del vínculo, las exigencias de la buena fe. Esto se infiere de un principio general y del numeral 21 del Código Civil. Nótese, también, que esa pauta otorga el fundamento material a la facultad de pedir la liquidación anticipada de los bienes de esa naturaleza. Adicionalmente, el último cuerpo legal citado, reconoce y sanciona el fraude de ley en su artículo 20, disposición que es aplicable en todas las materias. Al efecto se instituye: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico; o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.". Del mismo modo, se establece la obligación, a cargo de quien abusó de su derecho o de quien lo ejerció antisocialmente, de reparar el daño producido por cualquiera de esos actos suyos, y la de adoptar las medidas judiciales necesarias para impedir la persistencia de sus ilegítimos efectos, en perjuicio de una persona determinada (ordinales 22 y 1045 ibídem). Tales reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho.- (Voto 322-97 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete)

El criterio por ejemplo es reiterado así:

"... Jurisprudencialmente, se ha externado el criterio de que, el derecho de disposición del cónyuge sobre los bienes inscritos a su nombre, no es

irrestricto; dado que, como cualquier otro derecho, debe ejercerse siempre conforme al principio de la buena fe. En ese entendido, se ha calificado como fraude a la ley, la conducta de la parte que dispone de sus bienes, a los efectos de intentar hacer nugatorio el derecho a gananciales, por parte de su cónyuge (artículos 20, 21 y 22, todos del Código Civil)(...) V.- Tal y como se señaló en la sentencia impugnada, es evidente que, en este caso, la donación realizada por el demandado a un hermano suyo, tenía como claro objetivo el sustraer formalmente de su patrimonio la finca aludida, con el fin ilegítimo, por espurio, de tratar de hacer nugatorio el eventual derecho de gananciales de la actora. La Sala comparte el criterio expuesto en dicho fallo, toda vez que, la experiencia indica que, este tipo de negociaciones, a título gratuito y entre familiares y cuando existen problemas conyugales de quien tiene inscrito el bien a su nombre, no tienen realmente un fin dispositivo de éste, como en apariencia –esto es fraudulentamente- se pretende hacer creer, toda vez que, en la realidad, el bien sigue estando bajo el dominio –con pleno poder de libre disposición- del cónyuge, quien sólo aparentemente lo traspasa para evitar que, en este caso, su esposa, pretenda algún derecho a gananciales, a su respecto. Esa conclusión se refuerza si se toma en cuenta que, el hermano del accionado, posteriormente le vendió la finca a una sociedad en la cual, el actor, fungía como Presidente y como apoderado generalísimo, sin límite de suma. Es decir, la donación fue tan sólo un mero subterfugio; toda vez que, realmente lo que se pretendía era poner la finca a nombre de una persona jurídica, para que el demandado pudiera disponer de ella y que, no estando ya en su patrimonio personal, la actora no pudiera alegar la naturaleza ganancial del bien. A la luz de lo dispuesto en los artículos 20 a 22 del Código Civil, los jueces deben aplicar la norma que, con el acto espurio (donación de un bien, con clara vocación de ganancial), se intentó eludir, a saber, el numeral 41 del Código de Familia; reconociendo el derecho pretendido, tal y como lo hicieron los juzgadores de instancia.- VI.-

El hecho de que el bien estuviera, sólo formalmente, fuera del patrimonio del accionado al momento de plantearse la litis, no constituye, desde el punto vista jurídico, obstáculo alguno para declarar el derecho de la actora, sobre el cincuenta por ciento del valor neto de aquella finca; y, en tal

sentido, la tesis del recurso, es legalmente improcedente. De acuerdo con el artículo 41 aludido, el derecho a gananciales, es de naturaleza personal o de valor, pero el mismo puede hacerse valer sobre el bien que lo genera; el cual, para ese efecto, se puede considerar gravado de pleno derecho, a partir de las resultas de la respectiva liquidación. Desde esta perspectiva, o sea, tomando en cuenta que es un derecho personal, pero que también puede llegar a gravarse el bien, como se dijo, a partir de las resultas de la respectiva liquidación; la parte que pretende la ganancialidad tiene dos caminos, para hacer valer su derecho; a saber; puede consistir en la nulidad de los actos de disposición y en la consecuente reintegración de los bienes, al patrimonio del deudor, a fin de hacer efectivo el gravamen previsto y lo cual se asemeja a una acción de naturaleza real (reipersecutoriedad); o bien, en el ejercicio del derecho personal, según se hizo en el proceso (véase la pretensión identificada con el número 2), a efecto de que se declare su derecho a la mitad del valor neto de los bienes; para lo cual, los Tribunales, pueden constatar el derecho, tomando en cuenta aquellos bienes con relación a los cuales se realizaron actos fraudulentos, para intentar burlar el derecho de la contraparte; de tal manera que su derecho se mantenga incólume, como si dichos actos no existieran, porque esa es la única forma de tutelar, efectivamente, el derecho en estos casos de conductas indebidas y preordenadas. A ambas vías es legítimo acudir. ...” (Ver voto 950-2000 de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del 2000).

Así, de esta manera, pese a que algún bien que pudo reputarse como ganancial no se encuentre dentro del patrimonio del cónyuge, ha de examinarse si corresponde otorgar el derecho personal de gananciales al otro en virtud de lo aquí explicado.”⁹³

...”II.- Inconforme con la sentencia de las trece horas quince minutos del treinta de setiembre del dos mil tres, apela la recurrente y señala como lamentos, que no se resolvió sobre sus pretensiones de la Patria Potestad de los hijos menores de edad, al igual que de la guarda, crianza y educación,

⁹³ **VOTO N°289-04 TRIBUNAL DE FAMILIA** . San José, a las ocho horas cuarenta minutos del veinte de febrero del dos mil cuatro.

además en lo tocante a la pensión que para ello y sus hijos debía de seguir pagando el señor Granados Segura, proceso que ya estaba establecido en el Juzgado de Pensiones Alimentarias de Tarrazú, Dota y León Cortés. También que por ser cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales sobre la finca numero doscientos noventa y siete mil ochocientos cuarenta., y que como está afectada a Patrimonio Familiar el mismo le queda en forma exclusiva a ella, aspirando que se anulase el fallo, se declarase que el demandado se encuentra en la obligación y en el deber de dar alimentos para ella y los menores en la forma establecida por el correspondiente Juzgado de Pensiones Alimentarias. Que se declarase que el demandado por resultar cónyuge culpable pierde el derecho a su cincuenta por ciento sobre los derechos gananciales en el inmueble objeto de este litigio y que es la totalidad del derecho a gananciales sobre el mismo a favor de la recurrente, menos el valor neto final de las mejoras introducidas por el demandado y a la vez, que se ordene la salida inmediata del demandado del domicilio conyugal y ella sea puesta en el mismo. Que se declare la patria potestad, guarda, crianza y educación de los menores a favor de la actora y que se declare que son ambas costas a cargo del demandado.

III.- Referente a la petición de pronunciamiento sobre los alimentos de los menores hijos, al igual que lo tocante a la patria potestad, guarda, crianza y educación de éstos, es menester desdeñar la solicitud, toda vez, que cuando se entabló la demanda eran menores de edad Sundry Graciela y María del Socorro, en la tramitación Sundry Graciela adquirió la mayoría de edad, y María del Socorro, para el dieciséis de este mes, sea a cuatro días de diferencia, también obtendrá su mayoría, por lo que al tenor del numeral 158 del Código de Familia, carece de interés actual, esta pretensión.

IV.- En lo ateniende, a la distribución que de bienes gananciales, lo decretado, tiene asidero legal, y yerra la apelante, al pretender una declaratoria de pérdida de gananciales por parte del señor Granados Segura, por ser cónyuge culpable, porque, por si no lo sabía en nuestro ordenamiento jurídico, existen dos tipos de divorcio. El divorcio sanción, y el divorcio remedio. En el primero, su devenir, se va a dar por el incumplimiento que alguno de los cónyuges, haga de los efectos personales que enuncian los

artículos 11 y 34 del Código de Familia, y que se han trasladado como causal de Divorcio, enunciándose en el artículo 48 del Código en Rito. Asimismo En algunos casos, y ya previsto por ley, la infracción, conlleva a lo que se denomina cónyuge culpable, y en otros, no existe culpabilidad que declarar, por no existir, una conducta expresamente sancionable, sino que es una situación que por el acontecer del tiempo, se constituye en un motivo para decretar el divorcio, sin que se diga que es culpable uno u otro. En el otro caso, el denominado Divorcio Remedio, es el que esta regulado por el artículo 48 ya citado, en su inciso 7), y se le llama Divorcio por Mutuo Acuerdo, es una facultad jurisdiccional voluntaria, que da a las partes la oportunidad de no manifestar abiertamente las causas o motivos por los cuales se dará el rompimiento del vínculo matrimonial, preservándolas a su esfera personal. Esta posibilidad también elimina la noción de "culpabilidad o inocencia", al menos en la parte subjetiva del proceso. La importancia de la declaratoria de culpabilidad o no, estriba más que todo, en el derecho, que prácticamente hoy pueda interesar, como es el pago de la cuota alimentaria de un cónyuge a otro, dado que ya no es importante para la repartición de bienes, pues con la reciente reforma que sufrió el artículo 41 mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional No. 1758-00, la culpabilidad no conlleva pérdida a gananciales. Ante esa tesitura, no existe agravio alguno, en lo resuelto, en este desacuerdo de la apelante es procedente impartir su aprobación.⁹⁴

...” VI.- El régimen jurídico de los bienes adquiridos por los esposos durante el matrimonio, establece una presunción de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Este esfuerzo conjunto, es asumido por el ordenamiento como una contribución no necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias, y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc., es decir, la participación de

⁹⁴ **VOTO NO. 218-04 TRIBUNAL DE FAMILIA**, San José, a las ocho horas con treinta minutos del doce de febrero del dos mil cuatro.

ambos cónyuges en la nueva forma de vida -dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial- tiene una naturaleza igualitaria, y al amparo de la legislación y la jurisprudencia, dicho carácter de ganancialidad deviene de una presunción “iuris tantum” cuyo contenido asume que son gananciales todos los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante la convivencia matrimonial (art. 41 del Código de Familia). Claro que para acreditar la presunción es necesario probar la existencia de los bienes y su adquisición durante la convivencia matrimonial. “...Ahora bien, no obstante las grandes diferencias que se encuentran en el derecho comparado en cuanto a la determinación de los bienes distribuibles entre los cónyuges a título de gananciales, puede afirmarse que en la naturaleza de este instituto subyace una idea fundamental, conforme a la cual se incluye en el concepto todos aquellos bienes que, adquiridos durante el matrimonio, hayan venido a aumentar el patrimonio de alguno de los esposos o el de la sociedad conyugal (en los casos de comunidad), por presumir la ley que en ese aumento patrimonial ha habido colaboración de ambos cónyuges, sea directa, con el aporte material, o indirecta, a través del apoyo moral, los cuidados, el hábito de ahorro y demás formas de cooperación personal que puede brindar el cónyuge no propietario” (Trejos, Gerardo y Ramírez, Marina. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I. 4ta edición. Editorial Juricentro, 1990 pág 175, destacados solo de la transcripción). Corresponde entonces, en consonancia con tal régimen jurídico, analizar si el inmueble objeto de este recurso tiene o no naturaleza ganancial. ⁹⁵

...”VI- DIFERENCIA DEL DERECHO A GANANCIALES Y SU GARANTÍA DE SATISFACCIÓN: Uno de esos temas que es importante aclarar en cuanto a gananciales es la diferencia entre el derecho a gananciales como derecho a un valor y el derecho a que un bien ganancial responda por ese derecho de valor. El voto 950-

⁹⁵ VOTO N° 1933-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las trece horas veinte minutos del quince de diciembre del dos mil cinco.

00 de la Sala Segunda, dictado a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil, desarrolla lo siguiente sobre el particular:

"... VI.- El hecho de que el bien estuviera, sólo formalmente, fuera del patrimonio del accionado al momento de plantearse la litis, no constituye, desde el punto vista jurídico, obstáculo alguno para declarar el derecho de la actora, sobre el cincuenta por ciento del valor neto de aquella finca; y, en tal sentido, la tesis del recurso, es legalmente improcedente. De acuerdo con el artículo 41 aludido, el derecho a gananciales, es de naturaleza personal o de valor, pero el mismo puede hacerse valer sobre el bien que lo genera; el cual, para ese efecto, se puede considerar gravado de pleno derecho, a partir de las resultas de la respectiva liquidación. Desde esta perspectiva, o sea, tomando en cuenta que es un derecho personal, pero que también puede llegar a gravarse el bien, como se dijo, a partir de las resultas de la respectiva liquidación; la parte que pretende la ganancialidad tiene dos caminos, para hacer valer su derecho; a saber; puede consistir en la nulidad de los actos de disposición y en la consecuente reintegración de los bienes, al patrimonio del deudor, a fin de hacer efectivo el gravamen previsto y lo cual se asemeja a una acción de naturaleza real (reipersecutoriedad); o bien, en el ejercicio del derecho personal, según se hizo en el proceso (véase la pretensión identificada con el número 2), a efecto de que se declare su derecho a la mitad del valor neto de los bienes; para lo cual, los Tribunales, pueden constatar el derecho, tomando en cuenta aquellos bienes con relación a los cuales se realizaron actos fraudulentos, para intentar burlar el derecho de la contraparte; de tal manera que su derecho se mantenga incólume, como si dichos actos no existieran, porque esa es la única forma de tutelar, efectivamente, el derecho en estos casos de conductas indebidas y preordenadas. A ambas vías es legítimo acudir. En un caso semejante, esta Sala manifestó: "...Tales reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho.- IV.- En

esta sede, el recurrente insiste en que el automotor placas ciento sesenta mil trescientos treinta y siete no es un bien ganancial, tal y como se resolvió en segunda instancia, toda vez que ya no le pertenece y que su traspaso a otro sujeto de derecho está anotado y pendiente de inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos. Apoya su alegato en los ordinales 7 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y 455 del Código Procesal Civil. Es cierto que esas normas estipulan, como pauta general, que los títulos sujetos a inscripción perjudican a terceros desde la fecha de su presentación a la entidad indicada. También lo es que la señora ... tiene ese carácter respecto de la compraventa del bien mueble de comentario. La conjunción y el aislamiento de esas verdades obligaría, entonces, a darle la razón al representante legal del señor ... Sin embargo, estando suficientemente acreditado, conforme lo está, que dicho acto jurídico de disposición fue realizado en fraude de ley, al emitirse con el propósito de frustrar los legítimos derechos de la actora, resulta imperativo reconocer que no puede tener la virtud de afectarle, aunque sea una tercera y no haya solicitado que se declarara su simulación ... Por otra parte, aún cuando no es necesario emitir criterio alguno en lo concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin posibilidad de objeción alguna, que éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos (ver folios 30 y 31), se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia. Por consiguiente, ninguna infracción de los numerales 455 del Código Civil y 5 y 7 de la Ley de Tránsito fue cometida por el Tribunal Superior de Familia al emitir su pronunciamiento.- V.- Asimismo, para resolver de esa manera se ha tenido en cuenta que, en este proceso, no ha estado en discusión derecho real alguno sobre el

mencionado vehículo. Lo único que se está determinando es el derecho de la demandante a participar en el cincuenta por ciento de su valor neto. Es ésta la pretensión incoada en lo relativo a ese automotor, la cual es procedente en su totalidad, y su efecto lógico resulta ser, únicamente, el que su precio actual deba ser considerado como parte de los bienes del accionado a la hora de realizar la liquidación respectiva. Ello es posible en el ordenamiento jurídico costarricense por cuanto el derecho a gananciales es de naturaleza crediticia, es decir, personal. De ahí que no haga falta reintegrar el referido vehículo al patrimonio del señor ..., pues, para hacer efectivo el derecho sobre la mitad de su valor neto, la acreedora, señora ..., puede perseguir cualquier otro bien del deudor y éste podría, si así lo estima pertinente, evitar la eventual ejecución coactiva, cancelando, de modo voluntario, la que corresponda ..." (Voto Número 322, de las 14:30 horas, del 17 de diciembre de 1997). En el caso concreto, la actora escogió ejercer su derecho personal, a los gananciales, sin pedir la nulidad del acto de la donación de la finca, de que se da cuenta, lo que es absolutamente legítimo; pues, esta otra pretensión, no es un requisito, según se indicó en el precedente citado, para hacer efectivo su derecho, sobre la mitad de su valor neto; pudiendo perseguir cualquier otro bien del deudor, para satisfacerlo de manera plena..."

Por lo que, esto plantearía la hipótesis de declarar el derecho a gananciales como valor, independientemente de una petición de reversión o nulidad de actos que tiendan a restituir bienes al patrimonio del cónyuge dueño y eventualmente deudor por el derecho a gananciales, pero el asunto acá será si existen otros bienes sobre los cuales satisfacer ese derecho, conforme al artículo 981 del Código Civil.

VII.- En nuestro caso, en el tema de gananciales se ha apelado por cuanto se excluyó como gananciales los derechos cero cero dos y cero cero tres de la finca del Partido de San José matrícula ciento noventa y cuatro mil quinientos cincuenta y uno. Del estudio del expediente se desprende, lo que dijo la señora Jueza de primera instancia en el sentido de que los derechos actualmente están a nombre de terceros no demandados en el proceso. No obstante acá ha de analizarse primero, si esos derechos

antes de esos traspasos pudieron ser bienes gananciales. Es decir debemos primero suprimir hipotéticamente lo que son los traspasos del bien, para poder determinar si esos derechos tenían vocación ganancial o de todas maneras no lo son. Si no tenían esa vocación el paso siguiente es absolutamente estéril, pero si tenían esa vocación hay una posibilidad que analizar. Bueno, en el folio 319 del expediente encontramos que el nudo de esa propiedad está en un divorcio por mutuo acuerdo. Ahí solo tenemos que establecer la secuencia de los derechos cero cero dos y cero cero tres que es sobre los cuales se apela. Pasando los folios de esa certificación encontramos que el derecho cero cero dos fue adjudicado a Marcela Mora Peralta y que fue en mil novecientos noventa y nueve que lo compró la cónyuge Peralta Cubillo. Es decir ese derecho tenía vocación ganancial. Y sobre el mismo debe hacerse el siguiente análisis para determinar si pese a los traspasos se debe otorgar el derecho a gananciales sobre el mismo. Pero antes de eso, dediquémonos al diagnóstico de ganancialidad del derecho cero cero tres, respecto del cual la conclusión es distinta de la del derecho cero cero dos. Es decir, el derecho cero cero tres no tiene vocación ganancial. Fue adjudicado a doña Cecilia Peralta en el divorcio de su anterior matrimonio y fue adquirida entonces con el estado civil de divorciada una vez. Véase el citado folio 319. Igual obsérvese el folio 328 y el 329. Ese derecho a la mitad del usufructo desde ningún punto de vista es ganancial. Aquí debe confirmarse de una vez en este aspecto la resolución recurrida en cuanto a este derecho cero cero tres. No es ganancial.

VIII.- En cuanto al derecho cero cero dos, nótese cómo se hace una donación el ocho de abril del dos mil dos (ver folio 345) -en plena crisis matrimonial- del derecho que había adquirido en el valor contractual de ocho millones de colones (ver folio 339). En plena crisis matrimonial, tanto es así que estas demandas fueron presentadas el catorce y el dieciocho de marzo de ese año dos mil dos. Debe entenderse entonces, esa donación de dicho derecho cero cero dos en abuso del derecho de libre disposición y en perjuicio del derecho a gananciales del otro cónyuge, y por ende en ese particular debe revocarse la resolución recurrida para otorgar el derecho a

gananciales sobre el cincuenta por ciento del valor neto de dicho derecho cero cero dos de la finca del Partido de San José matrícula ciento noventa y cuatro mil quinientos cincuenta y uno.

IX.- Sobre la causal de sevicia que endilgó a la señora Cecilia Peralta Cubillo en perjuicio de su esposo Irán Rodríguez, este Tribunal coincide con la conclusión a la cual llegó el Juzgador de primera instancia. En el caso se trenzan situaciones familiares o conyugales con situaciones propias de las relaciones laborales puesto que el señor Rodríguez Fernández además de ser el esposo de doña Cecilia Peralta Cubillo también trabajaba para ella. Es una situación compleja en la cual una situación no se puede confundir con la otra y tal vez, lo que desde el punto de vista laboral no se justifica desde el punto de vista de los deberes conyugales y familiares si tiene explicación. Así, será en la vía laboral que se establezca la responsabilidad del empleador de acuerdo con la normas de la relación de empleo, pero ello no quiere decir que existan actos crueles o degradantes por un cese de la relación laboral cuando ya no existe la confianza desde el punto de vista de los deberes conyugales. Si bien en sede laboral los fallos que constan en el expediente denotan que se le va atribuyendo la responsabilidad laboral a la señora Peralta, lo cierto es que en esta sede el juicio es otro e incluso las reglas de la carga de la prueba sobre actos crueles y degradantes recae en el actor, y antes bien, no se llega a la conclusión de que existiera ese ánimo. El señor Rodríguez tenía una nueva relación sentimental y los testigos que conocían de la relación económica tuvieron también la intuición de que el demandado Rodríguez Fernández se comportaba deslealmente con su patrona. Ya a los extremos que tiene que llegar el patrono para demostrar una causal de justo despido en la sede laboral es otra cosa, pero de este expediente y de las pruebas que constan no se hace llegar a la existencia de actos seviciosos en perjuicio del señor Rodríguez Fernández. Es decir, una cosa es el juicio laboral y otra cosa este juicio familiar en dónde el actor debe demostrar que han existido actos crueles y degradantes en su perjuicio, y eso a juicio de este Tribunal y coincidiendo con el Juzgador de

primera instancia, no se logra. En este aspecto la resolución ha de mantenerse rechazando la demanda del señor Rodríguez Fernández.-

X.- Como consecuencia de lo anterior tampoco el tema de los alimentos ha de cambiarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Familia, puesto que el accionado es quien ha resultado culpable de la causal endilgada en su contra, y como contrapartida, la señora Peralta cubillo es cónyuge inocente.

XI.- Igual sucede con el tema de las costas pues la decisión corresponde a la aplicación del numeral 221 del Código Procesal Civil.

XII.- Respecto a una solicitud de adición y aclaración, ha de comprenderse que en el escrito que se haga un recurso de apelación según el artículo 570 inciso 1 del Código Procesal Civil, no deben incluirse otras gestiones diferentes al recurso pues no se tomarán en cuenta.

XIII.- No existe causa de indefensión o violación al debido proceso, razón por la cual debe rechazarse la nulidad alegada.⁹⁶

Haciendo un análisis de la jurisprudencia antes señalada nos podemos dar cuenta de que la reforma hecha al artículo 41 del Código de Familia lo que hizo fue quitarle la sanción de la pérdida al derecho ganancial al cónyuge que era declarado culpable. Al eliminarse dicha sanción lo que se presenta actualmente que es los cónyuges dispongan de sus bienes antes que se dé la disolución del vínculo, para así poder distraer los bienes que se pueden decretar como gananciales y hacer ilusorio el derecho ganancial del otro cónyuge; lo que se da es que los cónyuges traspasan los bienes antes de que se decrete el divorcio o la separación, incluso antes de que se presente el respectivo proceso al juzgado, lo cual hace difícil al otro cónyuge poder obtener su derecho a gananciales sobre los bienes del otro cónyuge.

⁹⁶ **VOTO No. 1566-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.-** San José, a las nueve horas treinta minutos del doce de octubre del año dos mil cinco.

La solución que existe actualmente para este problema es la presentación de un proceso de liquidación anticipada de bienes gananciales, el cual se hace cuando los bienes con carácter de ganancial corren el riesgo de que sea traspasados, vendidos, donados, etc., con el fin de hacer ilusorio el derecho ganancial del otro cónyuge, para la presentación de este proceso es necesario que el cónyuge que puede ser afectado se dé cuenta de lo que está sucediendo con los bienes y que en realidad estos estén en riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte o por actos que amenacen burlarlos, en la mayoría de los casos es difícil que los cónyuges se den cuenta de lo que está sucediendo con los bienes del otro cónyuge o cuando lo hacen los bienes ya han sido traspasados.

En la actualidad en la Asamblea Legislativa existe un proyecto de ley que propone modificar el actual régimen de comunidad de bienes de participación diferida por uno de comunidad de bienes, con el propósito de que en los actos de administración y disposición de los bienes gananciales se deba contar con el consentimiento de ambos cónyuges.

Concretamente, lo que se procura es introducir "modificaciones importantes que pretenden tutelar la igualdad entre los cónyuges, mediante la incorporación de normas que resguarden eficazmente los intereses económicos de ambos".

1.2 Jurisprudencia y doctrina internacional, el trato que le dan al concepto de bienes gananciales según el ordenamiento

ESPAÑA

En el ordenamiento español también se puede observar la pérdida del cónyuge declarado culpable sobre derecho a la participación de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.

Sobre el tema podemos observar la siguiente sentencia que la Cuarta Cámara en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial

*...”a) Conforme el Art. 1306 del Código Civil la sentencia de divorcio tiene efectos retroactivos al momento de la presentación conjunta. En autos no existe liquidación de los bienes, porque el convenio ha sido observado. En consecuencia, los bienes adquiridos después de la disolución que entren en sustitución de bienes gananciales tienen ese mismo carácter y los frutos de los bienes gananciales son gananciales.
b) El cónyuge tiene derecho a reclamar las mejoras o créditos que acredite tener contra la sociedad. La doctrina es coincidente en que los valores deben establecerse al momento de la partición y no al de la disolución.*

II. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO.

El recurrente afirma que la decisión recurrida es arbitraria y que el auto que resuelve la reposición se desentiende de las constancias de la causa, elementos claros, palmarios, indubitables y verificables a simple vista, sin necesidad de otra investigación. Argumenta del siguiente modo:

1. El Tribunal afirma que los bienes gananciales, durante el estado de indivisión, han continuado explotados por el cónyuge, quien actúa a la manera de un condómino administrador. Esta aseveración omite que la Cámara de Apelaciones determinó que a raíz del reconocimiento del convenio de fs. 19 las prestaciones acaecidas son principio de ejecución del contrato y que entre las partes han producido todos sus efectos. En

otros términos, el recurrente no es un condómino administrador y no actúa como tal desde el momento en que ha adquirido obligaciones con su otro condómino quien efectuó inversiones económicas necesarias para revalorizar los inmuebles que pertenecieron a la sociedad conyugal. Esta solución es contraria a la seguridad jurídica.

Por otro lado, se ignora el Art. 1306 del CC que dispone que producida la separación de hecho, el cónyuge culpable no tiene derecho a participar de los bienes gananciales que después de la separación aumentaron el patrimonio del no culpable. En el caso, la separación de hecho se produjo por culpa de la cónyuge reclamante, que hizo abandono del hogar, como surge de la manifestación escrita que hizo con su propia letra en 1993, hecho nunca desmentido.

En otros términos, la cónyuge no puede invocar ningún derecho a la ganancialidad durante la separación de hecho, salvo que sea inocente.⁹⁷

...”DISOLUCIÓN SOCIEDAD CONYUGAL. BIENES GANANCIALES. PRESUNCIÓN. LIQUIDACIÓN. Se reclama el carácter ganancial del inmueble en la disolución de la sociedad de gananciales. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. En el presente caso, la casa se construyó durante el matrimonio y estando vigente entre ellos el régimen económico matrimonial de gananciales y aunque una de las partes alegue que parte del dinero aportado fue recibido por herencia, al no poderse probar esa circunstancia, sigue firme la presunción de ganancialidad. No obstante fue reconocido que la esposa aportó dinero propio para la construcción. Cabe tener presente que si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la

⁹⁷ Sentencia de la Sala Cuarta Cuarta Cámara en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial.

actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado. Instancia estima la demanda. La alzada estima la apelación aumentando el crédito de la sociedad de gananciales...⁹⁸

Cabe destacar que en ordenamientos como el español se define muy bien la diferenciación de lo que son bienes privativos de los bienes comunes y esto es importante a la hora de dictar las resoluciones con relación a la ganancialidad de un bien. Sobre el tema citaremos las siguientes resoluciones que se han dictado en el ordenamiento español. Tal y como los señala don Francisco Javier Gardezabal del Río.

...”la sociedad de gananciales está integrada por el patrimonio común y por los patrimonios privativos de los cónyuges. Entre ellos existe, según lo estudiado, una separación patrimonial que justifica los trasvases patrimoniales y las relaciones crediticias...⁹⁹

...”Establece el art 1361 del CC que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen exclusivamente al marido o a la mujer, declarando el Tribunal Supremo que la vis atractiva de la ganancialidad de los bienes impone la exigencia de una prueba suficiente y convincente de la privacidad, debiendo resolverse las situaciones dudosas a favor de la naturaleza ganancial de los bienes¹⁰⁰.

⁹⁸ Sentencia de Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 5ª nº 373/2003, de 26 de mayo de 2003.

⁹⁹ Francisco Javier Gardezabal del Río, La sociedad de gananciales, volumen 4. página 43.

¹⁰⁰ Sentencia de Audiencia Provincial-Sevilla, Sección 2ª nº 261/2004, de 08 de junio de 2004

“Se recurre la sentencia que determina el inventario de la sociedad. Consta acreditado que la vivienda objeto de controversia fue comprada conjuntamente por ambos esposos antes de contraer matrimonio, mediante documento privado y después protocolizado notarialmente antes de contraer el matrimonio, una parte de cuyo precio la pagaron en estado todavía de solteros, con dinero privativo de cada uno de ellos, en cuantía y proporción respectiva que no consta, y el resto del precio ha sido pagado durante el matrimonio con dinero ganancial; por lo que resulta que el piso vivienda, que fue adquirido para vivienda familia y como tal la han venido usando los esposos hasta la separación matrimonial y disolución del régimen de gananciales, corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos. Por lo que se estima el recurso y se incluye el bien en el inventario.”¹⁰¹

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. Como ha señalado la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1990, con referencia a la sociedad de gananciales, mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano en común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana... no teniendo dichos componentes, en su individualidad, sino un derecho expectante, en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad para el día que se disuelva dicha sociedad,

¹⁰¹ Sentencia de Audiencia Provincial - Madrid, Sección 24ª nº 37/2007, de 11 de enero de 2007.

en el que, en primer lugar se determinarán los bienes que sean gananciales, para después ser adjudicados en dicha proporción. Se estima la demanda. Se estima la apelación."¹⁰²

"SOCIEDAD DE GANANCIALES. CLASES DE BIENES. DETERMINACIÓN DE SU CONDICIÓN. La declaración de ""ganancial"", puramente formal o de estilo, no debe prevalecer sobre la realidad del carácter privativo del bien. En primera instancia se estima parcialmente la demanda formulada por D^a. L.P.P.D.C. frente a D J.J.C.P., y se declara haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales integrada por el activo y pasivo, procediendo en ejecución de sentencia al avalúo y división del caudal resultante por mitad entre los cónyuges, absolviendo al demandado del resto de peticiones formuladas en su contra. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Se desestima el Recurso de Apelación interpuesto por D. J.J.C.P., se confirma la resolución, con costas a la apelante." ¹⁰³

"RECURSO DE APELACIÓN. INVENTARIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. Apela la recurrente la sentencia que procede acceder a la formación de inventario, reclama la no inclusión en el activo del inventario de la sociedad de gananciales de la vivienda y consecuentemente la declaración como bien privativo de la citada

¹⁰² Sentencia de Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil nº 523/2004, de 10 de junio de 2004

¹⁰³ Sentencia de Audiencia Provincial - Palencia nº 117/2000, de 20 de marzo de 2000.

vivienda. En conformidad con el criterio recogido en el artículo 1.355 del Código Civil que establece que podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga y añade que *""si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes""* debe incluirse en el activo de la sociedad de gananciales dicha vivienda. En base a lo expuesto la pretensión de que se declare privativa de la demandada la vivienda debe ser rechazada. Se desestima el recurso. ¹⁰⁴

“El único motivo del recurso se interpone al amparo del núm. 4 del art. 1692 LEC por infracción del artículo 1317 en relación con el 1401, ambos del Código Civil . Se trata, en concreto, de determinar si la demandante tiene la condición de tercero en la tercería de dominio por ella promovida al ser la fecha de adjudicación (capitulaciones matrimoniales) anterior al embargo o, por el contrario, si no tiene tal condición dado que las deudas generadas con la Seguridad Social por su esposo son de fecha anterior a la modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, de dicha deuda responde, vigente la sociedad de gananciales, el inmueble que le fue adjudicado que es, en definitiva, el objeto del embargo y de la tercería de dominio. El motivo se estima. Es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil -STS 25 de septiembre de 2007 -, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código

¹⁰⁴ Sentencia de Audiencia Provincial - Madrid, Sección 22ª nº 670/2006, de 13 de noviembre de 2006.

civil es una responsabilidad "ex lege", inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna (STS de 15 marzo 1994 , entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código civil establece que "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros" determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317 . El artículo 1317 del Código civil , completado con los artículos 1399, 1403 y 1404 , determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS 21 nov. 2005, 1 marzo 2006, 3 julio 2007 , etc.). Lo hechos son claros y la respuesta inadecuada. El título que esgrime la tercerista viene conformado por la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se pactó el régimen de separación de bienes y en la que la esposa se adjudicó el piso objeto del embargo por deudas generadas por el esposo en concepto de cuotas de la seguridad Social. Y sin desconocer el derecho de los cónyuges a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, conforme autorizan los artículos 1325 y 1315, ambos del Código Civil (no se cita en el motivo el artículo 1327), es evidente que tal cambio no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que de otra forma verían mermadas las garantías de las deudas. El hecho de que la deuda sea del esposo y de otro nada empece a esta responsabilidad puesto que la deuda y la

responsabilidad se mantienen, a lo que debe añadirse que la responsabilidad no se rige por e conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes, como también precisó la sentencia de 3 de julio de 2007

TERCERO.-La procedente estimación del recurso comporta la desestimación de la demanda formulada y la consiguiente imposición a la actora de las costas de la primera instancia, sin hacer especial declaración de las de los recursos de apelación y casación; todo ello según lo dispuesto en los artículos 523, 710 y 1.715.4 de la Ley Procesal Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español”¹⁰⁵

*...”A) El acto de disposición de un bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular -anulabilidad, no nulidad- (sentencias de 17 de abril de 1990, 7 de junio de 1990, 22 de diciembre de 1993, 29 de septiembre de 2006, y 20 de septiembre de 2007), a instancia de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (sentencias de 17 de abril de 1990, 22 de diciembre de 1993 y 20 de septiembre de 2007), según lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil , que concreta la sanción legal prevista para el caso de no haberse dado cumplimiento a lo que dispone el 1377, conforme al cual, tratándose de la venta de un **bien ganancial** , es necesario el consentimiento de ambos cónyuges.*

B) El consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (Sentencias de 10 de Octubre de 1982, 28 de Enero y 6 de Diciembre de 1983, 5 de Mayo de 1986 y 20 de Junio de 1991 , entre

¹⁰⁵ Resolución N° 115 del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

otras). Según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de 16 de Abril de 1985, 6 de Octubre y 6 de Diciembre de 1986, 20 de Junio de 1991, 19 de Junio de 1993, 2 de julio de 2003 y 29 de septiembre de 2006), el consentimiento de la esposa puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio, e incluso el silencio, que puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento.

*C) Esta doctrina jurisprudencial concuerda con la sentada también por esta Sala, conforme a la cual la determinación del consentimiento, tácitamente manifestado, es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de instancia (Sentencias de 2 de julio de 2003 y de 29 de septiembre de 2006 , entre muchas otras), para lo cual puede valerse tanto de pruebas directas como de las presunciones, infiriendo la presencia del consentimiento "uxoris" a partir de los hechos acreditados en el proceso por medios directos de prueba, que operan como hechos base desde los que se desarrolla el proceso deductivo que conduce al resultado inferido, el cual no puede ser revisado en casación salvo que falte entre aquéllos y éste un enlace preciso y directo ajustado a la lógica, esto es, cuando la inferencia no sea conforme al raciocinio humano, o se asiente en un error patente (Sentencias de 20 de julio de 2006 y de 7 de marzo de 2007 , entre las más recientes). Fuera de tales casos, el hecho deducido debe ser respetado en sede casacional, y no puede ser sustituido por el que propugna la parte recurrente, producto de su propia inferencia, por mucho que el resultado propuesto sea igualmente lógico y razonable, pues, como reiteradamente ha precisado esta Sala, la prueba de presunciones no ofrece un resultado unívoco, sino que, a diferencia de los *facta concludentia*, permite diversos resultados, todos ellos posibles y admisibles, siempre que sean producto de una inferencia lógica (Sentencias de 20 de julio de 2006 y de 7 de marzo de 2007 , entre muchas otras). Y, desde luego, la revisión casacional de la prueba de presunciones debe tener como presupuesto ineludible el respeto de aquellos hechos sobre los que se despliega el proceso deductivo, que no*

pueden ser soslayados, eludidos o desconocidos por la parte recurrente, y mucho menos sustituidos por los que ésta presenta, producto de su particular valoración de la prueba, sin haber desvirtuado la efectuada por el tribunal de instancia a través del estrecho cauce del error de derecho en la apreciación probatoria (Sentencias de 28 de enero y 7 de marzo de 1997, 27 de enero de 2000, 12 de marzo de 2001 y 21 de mayo de 2001 y 7 de marzo de 2007 , entre muchas otras).

*TERCERO.- La parte recurrente basa su denuncia casacional en que, siendo necesaria la prueba completa del consentimiento "uxoris" -y no del simple conocimiento- cuando el acto dispositivo recae sobre **bienes gananciales** , la deducción que hace la Sala de instancia, que le lleva a considerar acreditado el consentimiento implícito de la esposa a la compraventa realizada por su marido, es ilógica, no siendo posible establecer una presunción sobre otra presunción, como hace el tribunal sentenciador, que presume que aquélla tuvo conocimiento de la compraventa y, a partir de esa presunción, deduce que prestó su consentimiento a la misma.*

La recurrente combate, pues, la inferencia efectuada por la Audiencia y el resultado obtenido de ella, por no ajustarse a la lógica, pero, en realidad, esa afirmación no encierra más que su disconformidad con las deducciones del tribunal de instancia, las cuales, sin embargo, demuestran ser producto de un juicio efectuado conforme a las reglas del raciocinio humano, del que se deriva un enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho deducido, que no consiste en el mero conocimiento por parte de la esposa de la compraventa que su marido había realizado con los demandantes, sino en su real y efectivo, si bien implícito, consentimiento perfeccionador de dicho negocio jurídico, deducción cuya corrección viene avalada por la ausencia de fraude o perjuicio -y se destaca en este aspecto la circunstancia de que el precio obtenido fue destinado a la liberación del gravamen que pesaba sobre la finca enajenada, producto del procedimiento ejecutivo seguido contra los esposos para la satisfacción de una deuda ganancial-, y por el relevante - y revelador- hecho de que una de las entregas de dinero en que consistió el precio del contrato fue presenciada por la esposa ahora recurrente,

según se desprende de la prueba testifical practicada en autos, cuyo resultado pretende ésta desvirtuar a fuerza de cuestionar el interés del testigo Don. Millán en el resultado del pleito, habida cuenta de su condición de mediador en la operación, en lo que constituye un intento, no ya sólo de revisar la señalada prueba testifical, regida por las reglas de la sana crítica y, por tanto, ajena al control casacional, sino de analizar en su conjunto el resultado probatorio, lo que no es posible so pena de desvirtuar el objeto y el carácter de este recurso, así como su función y finalidad.”¹⁰⁶

ARGENTINA

A continuación citaremos una de las resoluciones dictadas en el ordenamiento argentino, donde se determina la regulación del tema de los gananciales.

...“Pero sin embargo, estimo que esa discusión no resulta de relevancia para el caso en examen, toda vez que de los certificados de dominio que con referencia al inmueble de la calle ..., obran en autos, se advierte que su adquisición fue realizada en forma conjunta por el matrimonio De N., es decir, compartiendo la titularidad del bien, cuando ya el matrimonio se había celebrado y se hallaba por ende, vigente la sociedad conyugal, que hacía regir la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos por los esposos (art. 1271, Cód. Civil). Al haber sido adquirido al nombre de los dos, a ambos cónyuges les correspondía su administración y disposición (art. 1276, Cód. cit.) y así se estime que su naturaleza jurídica se compadecía con los gananciales de titularidad conjunta, a los que se les aplique por analogía las reglas del condominio, o bien que se encontraba sujeto al régimen patrimonial general de la sociedad conyugal o que era simplemente un condominio de partes indivisas gananciales, su disposición por acto voluntario requería del concurso del consentimiento de los dos titulares (conf. Belluscio, A. C., "Manual de Derecho de Familia", t. II, ps. 91/92; Borda, G. A., op. cit., t. I, p. 281, núm. 379 y nota

¹⁰⁶ Resolución N°337/2001 del Tribunal Supremo de la Sala de los Civil

534 bis; Méndez Costa, M. J., "El sujeto de la gestión de los bienes gananciales", JA, 1971-12-809).

Siendo así, coincido con el voto del doctor Durañona y Vedia que funda el fallo de la sala F de esta Cámara (registrado en ED, 72-537), quien con cita de Belluscio (op. y loc. cits.), afirma que en tales situaciones de venta de bienes gananciales de titularidad conjunta, no concurre el problema del asentimiento que prescribe el art. 1277 del Cód. Civil, el cual solamente se plantearía en caso de que uno de los cónyuges quisiera enajenar su porción indivisa ganancial.

Como en el caso de autos la señora de De N. prestó el consentimiento para la venta total del inmueble, por sí y por su esposo, respecto del cual -como se ha visto-- poseía suficientes facultades para enajenar, es obvio que la voluntad de ambos cónyuges co-titulares del bien, expresadas de ese modo, tornaba superfluo el asentimiento previsto en el art. 1277 del Cód. Civil.

5. El apart. VI de la sentencia, que tanto ofende al actor, en realidad contiene la valoración de ciertos vestigios probatorios, que robustecen la decisión, al mostrar una tesitura convalidatoria del accionante respecto del desatinado obrar de su esposa, que abonan la inexorable conclusión desestimatoria del planteo de nulidad, que impone el hecho de la suficiencia del mandato. Ello así, porque si la mandataria, como concluyera antes, actuó dentro de las facultades conferidas, el acto otorgado resultó validamente oponible al mandante y a los terceros que contrataron con aquél, por más inconveniente que le haya resultado la gestión de la mandataria, quien en su caso, sería la única responsable de los perjuicios inferidos por su actuación".¹⁰⁷

... "Si para la adquisición de un bien concurren fondos propios y gananciales, debe optarse por calificar el bien como propio o ganancial, desde que en principio no cabría la calificación dual y a los efectos de dilucidar la calidad del bien se atiende a cuál ha sido el mayor aporte, ya sea propio, ya ganancial.

¹⁰⁷ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A(CNCiv)(SalaA), fecha veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

En cuanto a la calificación de un bien para cuya adquisición concurrieron fondos propios y gananciales la tesis de la calificación única en función de la masa tiene un sólido apoyo en el artículo 2334 del Cód. Civil que frente a cosas que "forman un todo, sin poderse distinguir la accesoría de la principal" dispone que se "tendrá por principal la de mayor valor", e inclusive el art. 1266 in fine que para determinar el emplazamiento le da preeminencia al cónyuge "a quien correspondía la cosa principal".¹⁰⁸

TÍTULO IV. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE DAN AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN EN RELACIÓN CON ALGUNOS BIENES Y SUGERENCIAS PARA LA PROTECCIÓN DE ESTOS

A través del tiempo los bienes que se consideran gananciales han ido evolucionando, se ha pasado de los simples bienes muebles como autos y motocicletas e inmuebles como fincas y casas, a otros tipos como son las concesiones, cuentas

¹⁰⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil, trece de marzo de mil novecientos noventa.

bancarias, títulos valores, entre otros, los cuales fueron tratados como bienes meramente individuales y no parte de la sociedad conyugal. Si bien es cierto, nuestro Código de familia enumera una lista de bienes NO mina las características básicas de los que SÍ son gananciales. Es la jurisprudencia en el trato que día con día le da a cada caso con sus matices particulares la que ha definido cuáles son los bienes que se deben considerar gananciales. Precisamente respecto a este tema ha dicho:

La doctrina define los gananciales como "...aquellos bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquieren durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado...La exclusión de gananciabilidad afecta, en principio, a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de contraer matrimonio y los que durante él adquiriesen a título gratuito..." (ZANNONI, Eduardo. "DERECHO DE FAMILIA". Tomo 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993. pág. 458). En este mismo sentido, el artículo 41 del Código de Familia, en lo que interesa, establece:

"Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación..."

Así las cosas, únicamente los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, pueden tener ese carácter de gananciales. Sin embargo, existen situaciones en las cuales, el ingreso al patrimonio de la sociedad conyugal no es totalmente claro, porque no existe un documento en el que conste la transmisión, a título oneroso, de un determinado bien o derecho. Por ello, en estos

casos, el juzgador, en aras de efectuar la debida liquidación de la sociedad conyugal, tiene que recurrir a todos los medios probatorios pertinentes, para establecer el carácter propio o de ganancial, respecto de dichos bienes y para ello, necesariamente, tiene que analizar la participación de los terceros que contratan con el cónyuge, a fin de evitar la distracción de bienes, adquiridos dentro del matrimonio, con la intención de que no sean considerados gananciales.”¹⁰⁹

Después de esta definición que conjuga el criterio doctrinario, normativo y jurisprudencial trataremos una a una las figuras que con el análisis de los fallos de las diferentes instancias en procesos de familia nos permiten ver un cambio respecto al trato dado a algunos bienes que podrían causar duda al momento de determinar sus ganancialidad.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE PROBLEMAS QUE SE DAN AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN SOBRE LOS BIENES CONSIDERADOS GANANCIALES

1.1 Concesiones

Dentro del concepto de concesión entran varios elementos que le dan forma; en esta siempre tendrá que participar la Administración Pública, y un sujeto de derecho privado, y entre estos un bien de dominio público que es precisamente el que da en concesión la Administración para ser explotado por el sujeto privado.

¹⁰⁹ **Res: 00298-98 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas diez minutos del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

MARIENHOFF define concesión como “... *la constitución de un poder jurídico sobre un determinado bien, de la que, una parte será dejada al concesionario para realizar un uso especial...*”¹¹⁰

Dentro de este análisis es importante decir que se encuentra la participación del Estado pues este precisamente es quien tiene la potestad sobre el bien y quien con la manifestación de su potestad de imperio decide sobre dar el bien en concesión a un sujeto en particular que cumpla con los requisitos necesarios para ser concesionario.

Sobre el tema de concesiones la jurisprudencia nacional se ha encargado de definir los elementos que constituyen esta situación jurídica, además en lo que nos interesa relacionado con los bienes gananciales.

En primer término, la jurisprudencia se ha encargado de deslindar algunos de los puntos importantes que caracterizan las concesiones, dentro de estos está el “uso especial”:

“III.- A efecto de poder determinar si una concesión puede ser considerada o no un bien ganancial, cabe analizar primero, el concepto de “uso especial” en bienes o derechos de dominio público. “La doctrina define el uso especial como aquél que “...únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso “general” de la colectividad, sino un uso “privativo”, “exclusivo”, que ejercen personas”determinadas”. Contrariamente al uso “común”, no se trata de

¹¹⁰ MARIENHOFF, Miguel. “DOMINIO PÚBLICO”. Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1955, pág. 135.

una potestad correspondiente al hombre por su sola calidad de tal. El uso “especial”, al contrario de lo que ocurre con el uso “común”, no tiene por objeto principal e inmediato, satisfacer necesidades físicas e indispensables para la vida misma, ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poderío económico del individuo... Entre los diversos usos especiales del dominio público pueden mencionarse: la derivación de aguas para irrigación, para usos industriales; la explotación de transporte de bienes de dominio público; la exhibición y ventas de objetos en las aceras, autorizada a personas determinadas y en sitios determinados; etc.” (MARIENHOFF, Miguel. “DOMINIO PUBLICO”. Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1955, pág. 55).¹¹¹

Siendo el “uso especial” un derecho dado a determinada persona que cumpla con los requisitos y mediante los procedimientos que la ley exige, este puede adquirirse de dos formas:

“Este derecho de uso “especial” puede ser adquirido por cualquiera de los medios que, al efecto, reconozca el ordenamiento jurídico; entre estos medios, se encuentran tanto el permiso como la concesión. Ambos difieren, en su estructura jurídica, puesto que considerados como actos administrativos, la doctrina le atribuye carácter unilateral al permiso, en tanto que “... a la concesión se le reconoce un carácter “bilateral”, lo cual implica que genera derechos contra el Estado y el concesionario; en cuanto

¹¹¹ Voto No.761-02 Tribunal de Familia.- San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil dos.

a éste último, debido a que se trata de un derecho subjetivo público otorgado de forma estable, basado en las facultades regladas del Estado...” (DIEZ, Manuel María. “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”. Tomo 2° Editorial Plus Ultra, 1996, pág. 53)”.

*Ahora bien, lo que tiene de particular este derecho subjetivo administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél se encuentra disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de derecho administrativo, de características distintas al de derecho privado. Los principios de esta rama del ordenamiento jurídico establecen que, estos tipos de derechos, no pueden ser opuestos a la Administración concedente cuando ésta, actuando válidamente, revoque la concesión o desafecte la respectiva dependencia del dominio público. Bajo esta perspectiva, toda concesión, “...significa la constitución de un poder jurídico sobre un determinado bien, de la que, una parte será dejada al concesionario para realizar un **uso especial...**” (ibid. Cit. MARIENHOFF, Miguel. Pág. 135). (Sentencia de las 10:10 horas del 04 de diciembre de 1998, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).-¹¹²*

En este fallo, la jueza de primera instancia considera que la concesión no es un bien ganancial basada precisamente en este punto de uso especial y de que lo considera un bien no negociable, por ser un bien no negociable por las características de bien público; siendo llevado a segunda instancia al respecto transcriben los Jueces del Tribunal:

¹¹²Voto N° 761 -02 Tribunal de Familia San Jose a las ocho horas del treinta de mayo del dosmil dos.

“IV.- En la especie, la señora jueza a quo, concluye que una concesión no constituye bien ganancial puesto que no es negociable, además de que se trata de un derecho personal;...”¹¹³

En cuanto a este punto el tribunal se encuentra en desacuerdo y corrige en lo siguiente:

...pero el Tribunal no avala dicha conclusión, es incorrecta, en tanto se trata de un derecho subjetivo, que permite la explotación en bienes del Estado, el mismo si es susceptible de apreciación de orden económica, por lo que no existe duda, que es valor numerario, constituye parte del patrimonio de la sociedad conyugal. Reiterada jurisprudencia, que avala este Tribunal ha establecido que los gananciales constituyen un derecho de crédito el cual puede ser valorado y ejecutado en el patrimonio del deudor. Así se ha indicado: “... conviene aclarar que, en el sub-júdice, no se está en presencia de un fenómeno de adquisición de un derecho real –como lo sería el caso de la accesión-, dado que los bienes gananciales no constituyen, aún hoy día, tal derecho real, sino uno meramente patrimonial-persona, esto es: de crédito. Por ende, para hacerlo efectivo, la acreedora, en este caso la señora..., bien puede perseguir cualquier bien del deudor y éste, eventualmente, podría evitar la posible ejecución coactiva, cancelando, voluntariamente, la obligación de que se trata, en su totalidad...” (Voto No. 184, de las 16:00 horas, del 27 de agosto, de 1997).¹¹⁴

¹¹³ Ibidem

¹¹⁴ Voto No.761-02 Tribunal de Familia. San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil tres. En este mismo sentido ver Voto No. 1615-03 del TRIBUNAL DE FAMILIA.- de las quince horas treinta minutos del doce de noviembre del dos mil tres.

Como pudimos ver, la concesión es un derecho subjetivo del sujeto a favor de quien se ha concedido; sin embargo, permite la explotación económica, lo que si viene a convertirse en un patrimonio conyugal dando al cónyuge que no goza del derecho a pedir al momento de la disolución su parte de las ganancias que el cónyuge concesionario obtuvo con motivo de la concesión. La concesión como tal puede ser que no sea considerada ganancial, pues este es un derecho dado al concesionario por la Administración en su condición personal.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia por su parte le da el mismo tratamiento a este tema es ella quien precisamente se basa en la definición de MARIENHOFF, Miguel. En su Libro "DOMINIO PÚBLICO". Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1955, pág. 55.

En este caso, refiriéndose a la concesión de transporte de combustible y no de taxi como en el primer caso, la Sala Segunda citada en la resolución del Tribunal antes transcrita hace suya la tesis ahí expresada con relación al "uso especial".

"También se concluye que aunque el carácter de un bien que pertenece al concesionario es personalísimo este si debe considerarse como ganancial ya que puede ser apreciado en valor económico, siendo que el bien permite ser explotado económicamente siendo esta ganancia la que se debe considerar como ganancial".¹¹⁵

¹¹⁵ ... "tratándose de un derecho subjetivo, que permite la explotación en bienes del Estado, el mismo es susceptible de apreciación económica; por lo que, no hay duda de que ese valor en numerario forma parte del patrimonio de la sociedad conyugal. Al respecto, en forma reiterada, la Sala ha establecido que, los gananciales, constituyen un derecho de crédito, el cual puede ser valorado y ejecutado en el patrimonio del deudor. **voto 298-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.**

*... “Por ello, aunque la concesión para el transporte de combustible sea un derecho personal, no negociable, no por esto pierde su carácter de bien ganancial; pues la misma le fue otorgada, al demandado, durante la vigencia de la sociedad conyugal”.*¹¹⁶

Como podemos ver, la jurisprudencia es reiterada en cuanto a este tema y definitivamente ha considerado las concesiones como un bien ganancial, pues aunque es derecho personal del concesionario, este obtiene ganancias de esta que sí pueden considerarse gananciales y por ser el derecho a gananciales un derecho de crédito y no un derecho real sobre los bienes, el valor de la concesión puede determinarse sobre otro bien del concesionario. (Voto 298-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

A continuación veremos un extracto de una sentencia del Tribunal Supremo de España que habla de este tema, y que a pesar de ser los permisos de transporte público tratados de una forma un poco diferente respecto a lo “público” siempre es considerado un bien ganancial:

...”Para resolver las cuestiones de fondo planteadas la sentencia recurrida, valorando la prueba practicada, declara probados los siguientes hechos, relevantes para la resolución del presente recurso de casación:

...se adquirió por el esposo a un tercero, con dinero ganancial, la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, abonándose igualmente con dinero

¹¹⁶ Voto 298-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Además ver Voto 184- 97 de la Sala segunda, Voto 0497 de la Sala Segunda, Voto 633-03 del Tribunal de Familia.

ganancial los correspondientes derechos municipales y la adquisición del propio vehículo, llevándose a cabo a partir de la transmisión de la licencia la explotación del taxi por el esposo exclusivamente.

...Pretende en este motivo el recurrente la exclusión del activo de la sociedad de gananciales de la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, por considerar la licencia como un derecho de carácter personalísimo o inherente a la persona, y por tanto, privativo, conforme al artículo 1346.5º del Código Civil.

...El planteamiento del recurso lleva a determinar si la licencia municipal de transporte de viajeros, taxi nº NUM001 del Ayuntamiento de Fuengirola, puede tener naturaleza de bien ganancial o debe reputarse privativo del esposo. La sentencia recurrida configura la licencia litigiosa como mero requisito administrativo en orden a la explotación del taxi, adquirido constante el matrimonio, con dinero ganancial, para considerar su necesaria inclusión en el activo ganancial, mientras que la parte recurrente parte de su configuración como un derecho personalísimo, otorgado en atención a su cualificación profesional, para atribuirle carácter privativo.

Resulta difícil, y en ocasiones imposible, separar la licencia administrativa del negocio de explotación, del que constituye presupuesto o requisito necesario, y con tal carácter, parece claro que debe configurarse necesariamente como elemento accesorio e imprescindible de la actividad comercial, como puede ser el propio taxi o la clientela. Efectivamente, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en

supuestos similares de actividades privadas, cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos (estancos, administraciones de loterías, farmacias), y así la doctrina contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1997 , y en las por ella citadas, a su vez recogida en la de 27 de marzo de 2000, establece que es preciso determinar, en primer lugar la naturaleza del negocio de explotación, y que en tal sentido deben distinguirse dos facetas. La primera, con arreglo a tal doctrina, vendría determinada en la normativa que establece los requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, que en este caso, estaría constituida por el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763/79, que en su artículo 12 especifica quiénes podrán solicitar licencia de autotaxi, fijando la doctrina de esta Sala al respecto de esta cuestión administrativa, que es perfectamente aplicable al caso de autos, que "la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por las exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes", es decir, como también en relación a una farmacia ha señalado la Sentencia de fecha 17 de octubre de 1987 , en referencia a la normativa administrativa que establece los requisitos para ser titular administrativo, "es una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia". La segunda

faceta, según la doctrina expuesta se halla, "constituida por la denominada base Centro de Documentación Judicial económica del negocio, que comprendería los medios en los que se basa físicamente, clientela, derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad comercial de explotación", y esta segunda (la base económica del negocio) es la que perfectamente puede ser constituida como bien ganancial , siempre que concurren los requisitos para la subsunción en alguno de los supuestos especificados en el artículo 1347 del Código Civil .

En atención a lo expuesto, configurándose la licencia en el primer sentido expuesto como una "titularidad formal o simplemente administrativa", y estando además acreditada su posibilidad de transmisión, con arreglo al artículo 14 del referido Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en automóviles ligeros, aprobado por Real Decreto 763/79, de 16 de marzo , y su contenido económico expuesto, no sólo cabe negar el carácter personalísimo de los derechos anudados a ella sino que debe considerarse la licencia como un bien ganancial en cuanto base económico-necesaria de la explotación del negocio, como así lo ha considerado la sentencia impugnada, en razón al dato objetivo incontrovertido de que se ha tratado de un bien adquirido en constante matrimonio y con fondos gananciales."¹¹⁷

¹¹⁷ Cendoj: 28079110012007100396, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 1555/2000, Procedimiento: CIVIL, Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA. Tipo de Resolución: Sentencia.

En definitiva después del análisis de la jurisprudencia nacional y la española, llegamos a la conclusión de que los permisos o concesiones de taxi pueden constituir bien ganancial, constatable en dinero y ganancias económicas para el patrimonio familiar. Son estas ganancias las que el cónyuge podrá reclamar como gananciales y podrá hacerlos efectivos en cualquier otro bien del otro pues como se dijo lo que tiene es un derecho personal y no un derecho real sobre el bien.

1.2 Cuentas bancarias

Las cuentas bancarias son otro bien que la jurisprudencia ha comenzado a considerar como ganancial. Dentro de las cuentas, los usuarios del servicio bancario depositan su dinero para que el banco lo administre y cuide. El dinero depositado en estas cuentas, cuando es dentro de la vigencia del matrimonio también se presume ganancial, por lo que estas deben defenderse como patrimonio ganancial. Por eso veremos el tratamiento que la Sala Segunda ha dado a este bien.

VI-. LA CUENTA BANCARIA A NOMBRE DE LA ACTORA : Al contestar la demanda, el señor Jorge Ureña Morera señaló que durante el matrimonio se había abierto una cuenta en dólares, N° 205459259, a nombre de la actora, en el Banco de Costa Rica, en la que se depositaban las ganancias del negocio, por lo que solicitó que se declarara su ganancialidad.

Asimismo, indicó que la accionante había retirado los \$9.263,96 que estaban allí depositados, todo lo cual fue admitido por doña Yadira al rendir confesión. El Tribunal omitió pronunciarse al respecto, lo que motiva otro de los agravios expresados en el recurso. Efectivamente, esa cuenta bancaria es un bien ganancial. Sin embargo, a nada conduce declararlo así, porque la actora aceptó haber retirado todo el saldo disponible. Ahora bien, los

*\$9.263,96 son gananciales, lo que significa que \$4.631,98 le corresponden a doña Yadira y los otros \$4.631,98 a don Jorge. Por ello, lo procedente es que ella se deje provisionalmente todo ese dinero, en el entendido de que si el monto adeudado por el accionado a la demandante, a título de gananciales, es superior a \$4.631,98, él deberá cancelarle a esta únicamente la diferencia, mientras que si la suma debida por él es inferior a \$4.631,98, será dicha señora la que se verá obligada a devolverle la diferencia, todo lo cual se determinará en la etapa de ejecución de este fallo”.*¹¹⁸

Si bien es cierto la Sala no declara en este caso la Cuenta Bancaria como bien ganancial no es por que no lo sea, pues la misma recurrida acepta que el dinero ahí depositado era proveniente de un negocio de ambos, la Sala no la declara porque la señora Yadira ya lo había retirado; sin embargo, si todavía hubiere estado en la cuenta sí tendrían que declarar ganancial el dinero ahí depositado, como lo hicieron con el ya retirado.

1.3 Título valores

Cuando hablamos de títulos valores no siempre encontramos un concepto único, pues los diferentes tratadistas dan su propio concepto; es claro que resulta prácticamente imposible brindar un concepto que sea coincidente para todos los doctrinarios.

En términos generales, puede decirse que título valor es el documento al cual se incorpora un derecho, de manera tal que documento y derecho se fusionan en una sola entidad y se hacen conjuntamente necesarios para su ejercicio y transmisión.

¹¹⁸ **Res: 2005-01010 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas treinta minutos del dos de diciembre del dos mil cinco.

*Como luego veremos, actualmente debido a los grandes progresos tecnológicos, la necesaria presencia del documento para ejercitar el derecho se comienza a cuestionar.”*¹¹⁹

Los títulos valor son documentos que constituyen un derecho; a diferencia del probatorio, contiene una declaración de voluntad que da vida a un derecho subjetivo nuevo.

La doctrina dominante define el título “valor como *“aquel documento formal que incorpora la orden o la promesa abstracta y autónomamente vinculante de una determinada prestación, en los términos literales en que ha sido expresada”*.”¹²⁰

Nuestro código de comercio por su parte, en su artículo 667, adoptando el famosísimo concepto de Vivante los define como aquellos *“documentos indispensables para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna”*...

Por otra parte Giorgio De Semo dice que título valor es el *“documento formado según determinados requisitos de forma, que obedece a una particular ley de circulación, y que contiene incorporado, el derecho del legítimo poseedor a una prestación en dinero o mercancías que allí es mencionada.”*¹²¹

¹¹⁹<http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Aspectos%20Generales%20de%20los%20T%C3%ADtulos%20Valores.doc>. **Aspectos Generales de los Títulos Valores. Por Anayansy Rojas Chan .**

¹²⁰ Barbero Domenico, citado por Gastón Certad Maroto, *De los Títulos Valores y de los Títulos Cambiarios en General*. Revista Judicial, Costa, Año 2, N° 5, Setiembre 1977, pág. 85.

¹²¹ Gastón Certad Maroto, *De los Títulos Valores y de los Títulos Cambiarios en General* Op.Cit. Pág. 85.

Ante estas definiciones podemos concluir que un título valor es un documento que cuenta con ciertas características que lo diferencian, y que le permiten transmitir o crear un derecho.

Las características que dan su forma al título valor y sin las cuales no se configura como tal son:

- **“Autonomía:** Cervantes Ahumada (Raúl) la define como *“el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados”*. En este caso el derecho incorporado en el documento no carga con defectos o nulidades provenientes de las relaciones sucesivas.

- **Circulación:** Los títulos valores están hechos para circular en el mundo mercantil y de esa forma transmitir los derechos que incorpora. Para circular con facilidad la ley le otorga una fácil transmisión característica que le permite cumplir con ese propósito.

- **Literalidad:** el título valor otorga el derecho que en su letra diga literalmente, la obligación y su derecho correspondiente corresponderá al documento tal y como fue firmado.

- **Abstracción:** el derecho y la obligación que se consagró en el documento tendrá total independencia de la causa o motivo que llevó a las partes iniciales a emitirlo.

- **Incorporación:** cuando hablamos de incorporación nos referimos a la relación que existe entre el derecho como una cosa incorpórea y el documento como cosa corpórea y la relación que existe entre ambos, la que lleva a considerar a ambos como un mismo fenómeno jurídico.

- **Legitimación:** el poseedor del documento (título valor), se encuentra legitimado para ejercer el derecho. Joaquín Rodríguez, se refiere a esta diciendo que:

“la simple exhibición del documento en determinadas condiciones, da por probada la existencia del derecho y la pertenencia del mismo al actor, así como la capacidad para el ejercicio”. ¹²²

En el caso de los títulos valores, se les aplica la misma norma que a cualquier otro bien (inmueble o muebles), lo que deberá determinarse es si se adquirieron bajo las premisas del artículo 41 del Código de Familia, siendo que se obtuvieron durante la vigencia del matrimonio, de forma onerosa, etc. Si la adquisición del título valor concuerda con estos requisitos, será tomado como bien ganancial.

Respecto a este tema el Tribunal de Familia ha destacado: *“No existe todavía prueba idónea en el expediente sobre la titularidad actual de las acciones, pero lo cierto es que el demandado era su dueño original en virtud de los aportes efectuados a la sociedad y esa condición se mantenía al presentarse la demanda. Las acciones como tales son gananciales y su traspaso posterior no es punto que afecte lo resuelto, porque de todas formas pueden valorarse económicamente y el demandado tendrá que reconocer a la actora la mitad de su valor neto, aunque ya no le pertenezcan. Esto por cuanto la ganancialidad no constituye un derecho real sino un derecho de crédito: lo que el demandado debe pagar a la actora es una suma de dinero sobre el valor que tenían las acciones al momento de presentarse la demanda; si luego esas acciones son traspasadas, no se afecta el derecho de la actora, porque entonces podrá cobrarse su crédito sobre los demás bienes que tenga o llegue a tener el*

¹²² Gastón Certad Maroto, *De los Títulos Valores y de los Títulos Cambiarios en General*. Op.Cit P.86-88.

*obligado. De no resolverse así, estarían los tribunales siendo cómplices del despojo que se pretendía hacer a la actora. [...]*¹²³

Como hemos venido diciendo, el derecho a gananciales es un derecho de crédito y no un derecho real por lo que, como lo dice el Tribunal, podrá ser cobrado en cualquier otro bien que pertenezca al otro cónyuge. Al respecto el mismo Tribunal ha dicho:

*“El derecho a gananciales que se debe declarar es sobre las ocho acciones respecto de las cuales se anula el traspaso en esta sentencia. De esta manera lo otro que ha de aclararse es que el derecho a gananciales como lo explicamos al inicio de esta sentencia, no es un derecho real, sino un derecho personal de valor, traducible en una suma de dinero. Por ello no puede acogerse que se otorgue una titularidad real sobre las acciones, ni tampoco que se le rindan cuentas como accionista, ni tampoco que en ese carácter se le ponga en posesión del negocio. Así, el derecho que se debe otorgar de acuerdo con la ley es el que se dijo al acogerse la liquidación anticipada, es decir el cincuenta por ciento del valor neto de esas ocho acciones lo que ha de liquidarse en la fase de ejecución de sentencia. Dichas acciones quedan gravadas a las resultas de la liquidación final.”*¹²⁴

1.4 Mejoras

¹²³ Resolución N°: 251-98 Tribunal de Familia, a las catorce horas cincuenta minutos del quince de abril de mil novecientos noventa y ocho

¹²⁴ VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA .- San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

Las mejoras serán todos aquellos cambios que se le realicen a un bien que implica para este un aumento en su valor económico.

En el análisis de las nuevas figuras que se han venido considerando como bien ganancial encontramos las mejoras, estas se dan en un bien que no es ganancial, al que se le realizan modificaciones por colaboración de los cónyuges, que aumentan su valor económico.

El Tribunal de Familia el respecto ha dicho:

“VI...Según consta del documento de folio 68, la adquisición del demandado anterior al matrimonio, lo fue únicamente del terreno que forma esa finca. Si de acuerdo con la certificación admitida por la Sala, varios años después de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges se convirtieron en deudores de una hipoteca sobre el fundo en favor de la Mutual Guanacaste de Ahorro y Crédito y declararon ante el Registro Público que el mismo quedaba como su habitación familiar, nada de lo cual impugnó el demandado en la audiencia que se le confirió acerca de ese documento, es indudable que la mejora introducida debe ser reputada como ganancial a la luz del artículo 41 del Código de Familia, por lo que ha de revocarse en ese punto la sentencia de que se conoce y declararse que la actora tiene derecho a participar en una mitad del valor neto de esa mejora, según se compruebe en ejecución de sentencia. No es posible disponer que la finca debe quedar inscrita a nombre de ambos litigantes, por partes iguales, como se ha pretendido por la demandante, pues eso no lo autoriza el numeral 41

citado.- " (voto 161-96 de las nueve horas del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis).¹²⁵

El tribunal declara como ganancial todas aquellas "mejoras" que se le hicieron al bien en este caso terreno sin construir, que fue adquirido por el marido antes del matrimonio y que definitivamente no es ganancial por este motivo, pero todo lo hecho después del matrimonio sí lo es, pues ha sido logrado gracias al esfuerzo mutuo de ambos cónyuges

Sobre el mismo tema el Tribunal de Familia vuelve a decir:

*V... debe señalarse que tanto en doctrina como en la jurisprudencia nacional, ha sido reiterado el criterio en cuanto a estimar las mejoras realizadas en las construcciones de las habitaciones familiares, durante la vigencia del matrimonio, como bienes gananciales y ello se justifica precisamente en el concepto sobradamente discutido sobre la Teoría de la **Solidaridad** Familiar y que en forma resumida establece la presunción del esfuerzo común por parte de los cónyuges en el tema de gananciales. En este caso, respecto de las mejoras se ha considerado que los cambios, agregados, en fin, obras que, como se señala en el memorial de agravios, son comunes que se den en los hogares, conformen aumentan las necesidades y crece la familia, proporcionando mayor comodidad y usualmente mayor valor al inmueble y que, evidentemente requieren del esfuerzo de ambos cónyuges, sin que interese, cuál es el propietario o cuál es el aporte dado, pues acorde con la doctrina del artículo 41 del Código de Familia, la declaratoria de*

¹²⁵ VOTO No. 274-06 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las diez horas cuarenta minutos del nueve de marzo del año dos mil seis.

ganancialidad es un efecto legal lo que hace que sea correcto el pronunciamiento de primera instancia.”¹²⁶

Dentro de esta resolución el Tribunal menciona una teoría que nos parece importante como lo es la Teoría de la solidaridad, que menciona que por realizarse los cambios o mejoras en el bien durante la vigencia del matrimonio es obvio que en mayor o menor parte de distintas formas cada cónyuge colaboró para realizar las mejoras.

Para terminar de comprobar que la línea jurisprudencial es la misma en las diferentes instancias, la Sala Segunda ha dicho sobre el tema: En resumen el caso fue que el bien fue comprado durante el matrimonio con un préstamo hipotecario a nombre de la esposa pero el vínculo matrimonial se rompió antes de termina de pagar las cuotas correspondientes al préstamo. A lo que la Sala resuelve:

... Como en este caso el bien fue adquirido durante el matrimonio, pero, en parte, fue pagado durante la separación de hecho de los cónyuges, lo único que puede calificarse como ganancial es lo pagado hasta la fecha de la ruptura de la convivencia, que ocurrió el 3 de mayo de 1993. En consecuencia, el demandante sólo tiene derecho al 50% del valor neto actualizado de las cuotas hipotecarias pagadas antes de la separación de hecho, con motivo de los préstamos solicitados al Banco de Costa Rica para adquirir la propiedad y construir la casa, en proporción al valor total del inmueble, cuya estimación se hará en ejecución de sentencia (en igual sentido, pueden consultarse nuestros

¹²⁶ VOTO N° 478-06 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas diez minutos del veintiséis de abril del dos mil seis.

votos números 617 de las 9:40 horas del 30 de julio y 887 de las 9:40 horas del 27 de octubre, ambos de 2004).¹²⁷

Finalmente llegamos a la conclusión de que solo es ganancial aquel bien que se haya adquirido mientras haya convivencia vigente, no importa si como en el caso de las mejoras se realizan sobre bienes no gananciales, aquel sobrevalor que haya adquirido el bien por aporte de los dos cónyuges será ganancial, y de la misma forma no será ganancial si la pareja se separa pero no se divorcia y el bien adquiere más valor pero por aporte de un solo cónyuge.

La jurisprudencia española también ha tratado el tema de las mejoras como bien ganancial y respecto a este tema, jueces españoles han externado lo siguiente:

Se decía en Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2002, -F.J. 3º-: La Sala y habida cuenta que la controversia versa sobre una serie de conflictos de intereses recayentes en la existencia de una comunidad económica en régimen de gananciales entre el causante -hermano del recurrente, actor- y su cónyuge superstite demandada, presupuesto previo del que surge "ex post" su pretensión de rescisión parcial de la partición del patrimonio relicto de ese "de cuius", ex art. 1074, a resultas de una serie de operaciones y tránsitos dinerarios operativos en cada uno de las dos masas integradores de aquel acervo ganancial, reproduce un esquema de principios aplicables al litigio:

a) Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes: Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la

¹²⁷ Res: 2005-00364 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del trece de mayo del año dos mil cinco.

sociedad, incluso cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora a tener en cuenta sí en su mera repercusión económica, en su caso.

b) Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía: Se parte de la contemplación de los módulos determinantes del superior valor en sus respectivos momentos, y, en consecuencia, si por un proceso de transformación mejorativa -plusvalía interpuesta- existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirido, según sea privativo o común, y el valor final liquidatorio, al disolverse la sociedad, la mentada equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio, naturaleza del dinero o expensa empleada, se corresponda con el efecto económico producido, y, por lo tanto, el incremento de valor así obtenido se subsuma en una naturaleza patrimonial idéntica a la de esa causa; así si la causa -dinero- es privativa de un cónyuge, el efecto producido -mejora de un bien privativo o común- será que la parte mejorada corresponde al titular del dinero, y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar -dinero privativo que mejora un bien común- el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico.

c) Sistemas de reembolsos: Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular en cierto modo expoliado, bien abonando el valor de dicho bien, o bien concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio.

d) Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real: Este equilibrio que también reaparece en los anteriores principios de equivalencia, conduce al uso de la subrogación real; en efecto, cuando acaece un cambio

Íntegro de un bien por otro hay que analizar la causa o proceso desencadenante de ese cambio: tanto lo sea de forma directa -v.g., permuta- o indirecta, merced a una venta interpuesta y con su precio obtener una nueva adquisición subrogada: así, si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, es claro, que la subrogación es literalista, al igual que si se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro, también el objeto patrimonial así incorporado ha de mantener el carácter privativo de que trae causa.

Por otro lado, en Sentencia de 14-3-2002, se expresa: "...en el elenco básico del art. 1347, se refleja en sus diferentes casos, que para el legislador, existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial: 1. A través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges - comunidad de esfuerzos-; 2. En razón al carácter principal de los bienes del matrimonio - comunes o propios- y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo que provocan la accesoriedad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas -comunidad en el sostenimiento de la sociedad-, y, finalmente; 3. Dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes -ganancias o beneficios- que da lugar a la comunidad en el costo. A la llamada comunidad en las cargas que a los cónyuges se les impone, vía genérica del art. 1318-1º, o específica del 1362-1º, obedece esta razón atributiva del núm. 2: 'Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales': o sea, dada la adscripción accesoría de tales frutos, rentas o intereses a los bienes de que proceden, constituyen un

exacto beneficio enmarcado en la delimitación objetiva del 1344, y por tanto su atribución ganancial, y, por ende, la garantía de ellos coadyuvará al cumplimiento de aquel deber; cualquier rendimiento, pues -la enumeración es completa proveniente de los bienes, se reputará siempre ganancial.

La Ley igualmente establece el régimen de gastos a cargo de la Sociedad de Gananciales para gestionar esos frutos, art. 1362-2º, serán de cargo de la Sociedad de Gananciales los gastos que originen: 'La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes': también se contempla el supuesto en el parcial 1.408-4º y la razón es elemental, pues el propio contenido patrimonial de la sociedad comporta que la misma cargue con los gastos de constitución o mantenimiento de su patrimonio; adquisición de bienes comunes, como vía onerosa de incorporación de bienes que remite el art. 1347-3º-4º; tenencia de esos bienes, en lo relativo -así lo prescribía el precedente citado- a los gastos de su conservación o reparaciones precisas al efecto; y disfrute de los bienes comunes, que, naturalmente, requiere los gastos de su previa explotación origen de esos frutos; esa tenencia y disfrute, forman parte de la llamada administración ordinaria de los bienes comunes. Y sobre el alcance de la Administración ordinaria, por coherencia con el designio legal del art. 1347- 1º, -afección ganancial de las ganancias y frutos derivados de los bienes privativos- el precepto estipula que "Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá, a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus

bienes", y esa sujeción habrá que adecuarla al elenco de 'cargas y obligaciones de la sociedad' de los artículos 1362 y ss..."¹²⁸

Según esta resolución las mejoras, frutos y cambios percibidos en un bien tendrán la misma naturaleza que del bien al que pertenecen; si son bienes privativos también lo serán las mejoras, y si son bienes gananciales también estas.

No ha sido fácil encontrar información y jurisprudencia internacional que nos permita determinar cuáles son las figuras de bienes gananciales que han surgido en los últimos tiempos en las diferentes legislaciones; sin embargo, brevemente en el fallo identificado como 31.1.0, Régimen de sociedad conyugal. Mujer no puede ejercer por sí sola derechos sobre un bien raíz. De San Miguel (Chile), nueve de agosto del dos mil siete. En el que mencionan brevemente los tipos de bienes gananciales tras una explicación de la aplicación del régimen de sociedad conyugal aplicado a los cónyuges en caso de no someterse ellos por voluntad propia a otro tipo de régimen. Esta resolución en su punto 8 citando el artículo 1739 del Código Civil Chileno, dice que el dinero, cosas fungibles, especies, créditos, derechos y acciones... se consideran parte de la sociedad conyugal; el punto importante en el tema es que a diferencia de Costa Rica que cada quien podrá disponer de los bienes que haya adquirido sean o no gananciales, en Chile solo el marido tiene facultad de disposición.

7º) Que el art. 135 del Código Civil dispone: " por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de su mujer, según las reglas contenidas en el título de la

¹²⁸ Id Cendoj: 28079110002003101697 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 0, Nº de Recurso: 3896/1997, Nº de Resolución: 963/2003, Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN, Ponente: LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Tipo de Resolución: Sentencia.

sociedad conyugal". Y, a su vez el art. 1725 dispone: "El haber de la sociedad conyugal se compone...Nº 5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso".

8º) Que, a su vez, en el título de la sociedad conyugal, en su artículo 1739 del Código Civil, se establece: " toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existan en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad...se presumirán pertenecientes a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario".

9º) Que, además, los arts. 1749 y 1750 del mismo cuerpo legal, disponen que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer" y como tal "ejercerá los derechos de la mujer" y "el marido es, respecto de terceros dueño de los bienes sociales".

10º) Que por su parte, el art. 1752 del señalado Código, dispone: "la mujer por si sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del art. 145" (facultad del cónyuge propietario para pedir al juez desafectación de un bien familiar).

11º) Que, de lo relacionado anteriormente, puede concluirse que la demandante principal, al encontrarse casada bajo el régimen de sociedad conyugal, sin que haya probado patrimonio reservado u otro acto o convención que la faculte para obrar por si sola para ejercer derechos como propietaria del bien raíz que le sirve de fundamento a su demanda, ha carecido de titularidad de dicha acción, la que de acuerdo a la ley le corresponde al marido como administrador de la sociedad conyugal que ha formado con la demandante y por lo tanto, procede se acceda a la excepción que como alegación opuso la parte demandada fundada

en los referidos motivos, lo contrario sería aceptar una relación procesal viciada con los efectos correspondientes.”

CAPÍTULO II. FORMAS DE PROTEGER LOS BIENES GANANCIALES

Generalmente la pareja durante su relación conyugal adquiere una serie de bienes por aporte de los dos, que al momento de la separación son el centro del conflicto, ya que generalmente uno u otro cónyuge quiere despojar al otro de lo que por ley le corresponde; en otras ocasiones, uno de los cónyuges adquiere un bien que no debe considerarse bien ganancial entre otras situaciones que se dan.

En este aparte lo que buscamos es desarrollar algunas de las formas que puedan tener los cónyuges para proteger sus bienes gananciales al momento de la liquidación de bienes, o aquellos que no son gananciales del todo.

2.1 Capitulaciones Matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son el Régimen Convencional que menciona la ley; se encuentran reguladas en los artículos 37 al 40 del Código de Familia; se realiza por medio de lo que se conoce como “contrato de matrimonio”; este es un acto que reviste mucha importancia: *“Se trata de un contrato realizado por los cónyuges o bien por los futuros cónyuges respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio¹²⁹”*. Por su parte Xavier O’callaghan las define como: *“negocio jurídico bilateral por el que los cónyuges determinan el régimen económico de su matrimonio y otras disposiciones.”* ¹³⁰

¹²⁹ Diego Benavides Santos, Disregard y su efectivización en los procesos familiares, IVSTITIA, año 20, N 229

¹³⁰ O’callaghan, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Op. Cit. pág. 120.

Las capitulaciones tienen requisitos formales como lo son: el otorgamiento en escritura pública y la inscripción en el Registro Público y cuando se realizan modificaciones deberá publicarse un aviso. Estas pueden otorgarse antes o después de contraído el matrimonio y comprenderán los bienes presentes y futuros. En la normativa colombiana estas tienen una regulación un poco distinta en cuanto al momento en que se pueden otorgar, pues el artículo 1771 del Código Civil Colombiano dice que deberán firmarse antes del matrimonio.

No hay mucho que añadir a la norma que la regula, pues esta fija sus formalidades y características; sin embargo, citaremos una resolución que habla de ellas:

“Ese es el régimen establecido en el artículo 41 del citado código. También permite nuestra normativa la celebración de capitulaciones matrimoniales, mediante las cuales los cónyuges son libres de acordar entre ellos el régimen en general, o la forma en particular como se regulará lo relativo al patrimonio, o como se distribuirán los bienes de ambos. Una vez establecido cuáles bienes tienen la naturaleza de bienes gananciales, es necesario proceder a su valoración y a la demostración de las cargas que soporta, para establecer su valor neto y así poder conocer cuál es el monto sobre el que el otro cónyuge tiene ese derecho de participación. Esta comprobación de la existencia de bienes gananciales, de su valor y de sus cargas o limitaciones, puede hacerse desde el respectivo proceso de conocimiento (abreviado de divorcio, abreviado de separación judicial,

abreviado de nulidad de matrimonio, divorcio por mutuo consentimiento), o dejarse para la etapa de ejecución de sentencia.-" ¹³¹

"Este contrato puede definirse como la convención a determinado matrimonio por celebrarse o ya celebrado, con el principal de fijar el régimen económico a que deben sujetarse los bienes del mismo."¹³²

"El contrato de capitulaciones matrimoniales es consecuencia del régimen patrimonial conyugal, el cual lleva consigo una serie de delicados intereses, a saber: los derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos y en especial el derecho de la mujer sobre su propio patrimonio, los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante la unión los intereses relacionados con los hijos y la familia, y los intereses de los terceros que contraen con uno u otro de los esposos."¹³³

2.2 Afectación a Patrimonio Familiar

Esta es una medida que se creó con el fin de proteger a la familia y en protección del menor, es una manifestación del principio constitucional manifestado en el artículo 51; esto para proteger las necesidades básicas de la familia como base de la sociedad.

El patrimonio familiar se define como *"un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distinguen del resto de su patrimonio*

¹³¹Resolución N°: 574 del 09/06/1999 08h 30m Tribunal de Familia, Primer Circuito, San José.

¹³² CASTAN TOBEÑAS, citado por Navarro Blanco Dunia La simulación en el régimen de bienes gananciales a la luz de la jurisprudencia costarricense. Trabajo Final de Graduación. 1999, pág. 298.

¹³³ Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1982, pág. 150.

por su función y por las normas que la ley dicta en su protección; está destinado a asegurar la prosperidad de la nación."¹³⁴

Esta figura tiene como características principales 1) que se puede tratar de inmueble rural o urbano, 2) el inmueble afectado a patrimonio familiar es inembargable e inajenable en principio, 3) en caso de sucesión se le aplica un sistema sucesorio diferente.

El Código de Familia regula esta figura sobre la que dispone:

1) **Constituyente:** de la interpretación del artículo 43 se desprende que podrá hacerla el propietario del inmueble, sea cual sea su estado civil o se encuentre en unión de hecho.

¹³⁴ Teddeschi, G. citado por Trejos Gerardo, Op. Cit. pág. 254.

2) **Beneficiarios:** el sujeto propietario del bien puede instituir patrimonio familiar a favor de su “cónyuge”, hijos menores sin importar el estado civil del propietario, o ascendientes que habiten el inmueble (Artículo 43 CF).

3) **Objeto:** este se encuentra definido en el artículo 46 del CF y habla de inmuebles urbanos cuya medida no sobre pase los mil metros cuadrados, o de propiedades rurales con una medida no mayor a los diez mil metros.

4) **Administración y disposición:** En cuanto a la administración no se dice nada en el CF, por lo que suponemos que se aplicarán las normas de derecho común y que la administración seguirá en manos del propietario.

Sobre la disposición nuestro Código de Familia determina que es necesario el consentimiento del cónyuge no propietario, en caso de que el cónyuge no dé su consentimiento y la razón por la que se desea realizar el acto sobre el bien es suficiente, se podrá solicitar el permiso del juez mediante diligencias de utilidad y necesidad.

“II. Acerca de la Afectación de los bienes a patrimonio familiar: La doctrina define este tipo de afectación como... *“una institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio aunque en puridad opera autónomamente y se rige por normas propias. Esta afectación se da sobre un bien urbano o rural para la satisfacción de las necesidades de sustento y 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, pag, 588)”*¹³⁵

¹³⁵ <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

El Tribunal se ha encargado de enumerar cuáles son los requisitos básicos para la afectación a patrimonio familiar y para que esta se termine.

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

IV.- Los artículos 43 y 47 inciso d del Código de Familia, enfatizan el requerimiento de que el inmueble cumpla con su destino y que los beneficiarios habiten el mismo. Así el artículo 43 en lo conducente dispone:

“...La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble.”

El artículo 47 inciso d establece lo siguiente:

“La afectación cesará: ...

*d) Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación , previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario...”*¹³⁶

Esta es una institución creada para velar por el bien estar de la familia y por supuesto de los menores; es por eso que al momento de una separación aquel bien que se encuentre afectado como patrimonio familiar no entrará en la liquidación de bienes gananciales, pues su interés es superior al simple interés económico que tengan los cónyuges en conflicto. Nuestros jueces han protegido esta figura en los procesos de divorcio, separación judicial, o liquidación anticipada, pues como dijimos su interés es superior, analizándola de la siguiente manera:

“... Así queda totalmente claro que esta familia obtuvo una vivienda para el asiento de la misma a través de los programas de desarrollo social del estado costarricense y como parte de las políticas, publicas, tendientes a proteger los sectores más vulnerables y deprivados de la sociedad. Incluso la ley 7142 en el artículo 7, queda lugar a múltiples reformas de la afectación familiar establecida originalmente. Artículo 7: La propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá constituirse en patrimonio familia. En caso de matrimonio se inscribirá a

¹³⁶ No. 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro.

nombre de ambos cónyuges y de la mujer en cualquier otro caso. Ello con el fin de no desvirtuar el objetivo de dichos programas. También surge el fundamento de reiterada jurisprudencia, que avala este Tribunal, en el sentido de que no necesariamente cesa en la afectación con el divorcio, porque debe considerarse vía excepción los casos en que existan beneficiarios con derechos.... Así se considera que el mantenimiento de la afectación garantiza los derechos habitacionales de los hijos comunes; por lo cual, resulta imperativo mantener el pronunciamiento recurrido en lo que ha sido objeto de apelación.”¹³⁷

Como vimos en la anterior jurisprudencia y veremos en la que a continuación se citará la afectación a patrimonio familiar es una institución que se debe respetar aunque ya se haya terminado el vínculo matrimonial, por lo que es una perfecta manera de proteger aquel bien que el dueño quiera rescatar para el bienestar de sus hijos en el dado caso de que surgiera una separación en la pareja; por esto el Tribunal de Familia vuelve a decir:

... De conformidad con el artículo 47 inciso c del Código de Familia, se dispone la continuación de dicha afectación, por cuanto se debe interpretar que la afectación se concedió a favor de todo el núcleo familiar, por lo que, la liquidación como ganancial del inmueble, únicamente se podrá hacer una vez que Marianela adquiera la mayoría de edad, dado que hasta ese momento ese inmueble quedará desafectado. A pesar de que se demostró dentro del proceso que actualmente la actora y su menor hija Marianela no viven en la casa, es

¹³⁷Voto No. 561-07 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, al ser las nueve horas veinte minutos del veinticuatro de abril del dos mil siete.

procedente mantener la afectación por lo dispuesto por el artículo 30 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en el sentido de que las personas menores de edad tienen derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca, las anteriores consideraciones están apoyadas en el voto 169-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dictado a las quince horas treinta minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.”¹³⁸

2.3 Liquidación Anticipada

Esta acción se encuentra prevista en el Código de Familia, su finalidad es la de proteger los bienes de la sociedad conyugal de los actos que amenacen, pongan en peligro o burlen el derecho de gananciales del cónyuge no administrador, previa comprobación por parte del juzgado de la situación.¹³⁹

“La mala administración de bienes implica un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo abarca la gestión inepta evidenciada por los gastos excesivos disipación insolvencia, entre otros. El elemento subjetivo estaría dado por la responsabilidad que incumbe al cónyuge al administrador, ya sea negligencia o dolo”¹⁴⁰

¹³⁸ Voto No. 255-03 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, al ser las once horas cuarenta minutos del diecinueve de febrero del año dos mil tres.

¹³⁹ Artículo 41 Código de Familia, Párrafo 2: “Procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de esté corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos.”

¹⁴⁰ Capareli, Citado por Navarro Blanco Dunia. La simulación en el régimen de bienes gananciales a la luz de la jurisprudencia costarricense. Trabajo Final de Graduación. 1999, pág 117

“El adjetivo de anticipado , implica, que el derecho de gananciales se otorgará, y liquidará, antes de que ocurra alguno de los actos o hechos jurídicos mediante los cuales ordinariamente se otorgan o liquidan gananciales, como los son el divorcio o la separación judicial, o bien la muerte.”¹⁴¹

El tribunal en su voto número 1159-07 desarrolla brevemente la razón de ser de la Liquidación anticipada diciendo:

IV. Cabe destacar en primer término que pese a que nuestro sistema jurídico contempla un régimen de participación diferida en los bienes gananciales lo cual significa que cada cónyuge puede disponer libremente de los bienes constatados en su patrimonio y no es sino hasta que medien ciertos acontecimientos o circunstancias, (divorcio, separación, judicial, nulidad de matrimonio) que surge el derecho a gananciales como tal, perdiendo el carácter de perspectiva de derechos. Esa libertad de disposición, no ostenta un carácter de absoluta, el uso abusivo de la misma pone en riesgo el eventual derecho a gananciales de la contraparte; así el esfuerzo común, el trabajo y la cooperación de sendos cónyuges en la constitución del patrimonio familiar se invisibiliza. De modo tal que, nuestra legislación familiar, prevé bajo ciertos presupuestos, y vía excepción como un mecanismo para garantizar en forma efectiva el derecho a gananciales del otro cónyuge; la liquidación anticipada de bienes gananciales.

El Tribunal de Familia de la misma forma ha desarrollado ampliamente el tema de la Liquidación de bienes Gananciales refiriéndose de la siguiente forma:

¹⁴¹ **VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.-** San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

“C.- SOBRE LA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE BIENES GANANCIALES:

El artículo 41 del Código de Familia, párrafo segundo, regula lo siguiente:

“...Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos...”¹⁴²

En el extracto siguiente se narra claramente una situación de las muchas que se dan en cuando el vínculo matrimonial entró en crisis, describiendo los presupuestos fácticos que sustentan una petición de Liquidación Anticipada.

“... IV.- El principio de tutela jurídica de los derechos entra en juego en todas aquellas situaciones cuando un derecho es amenazado o está en peligro. Uno de los atributos del derecho mismo es la potestad de cada titular de defenderlo, demandando la tutela que le brinda el ordenamiento. La necesidad de la protección es lo que determina el interés legítimo de las personas para demandar el amparo. Entonces, lo que hay que analizar en el caso concreto, es si el derecho de la actora a una eventual y futura participación en el inmueble indicado, a título de gananciales, puede estar en peligro por actuaciones del demandado... Según se desprende del expediente, las partes han estado separadas de hecho por más de un año (punto que tampoco es ya objeto del debate, al haber sido narrado en la demanda y aceptado en su contestación, en folios 1 y siguientes y 20 y siguientes). Lo anterior puede considerarse como un indicador clásico de una eventual disolución del vínculo matrimonial y, por tanto,

¹⁴² VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

*como sustento jurídico suficiente de una solicitud de liquidación anticipada de bienes gananciales (ver en ese sentido TREJOS (Gerardo) Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, 1982, pp. 183-184). Mas, si además, durante el matrimonio el accionado ha actuado con evidente mala fe, respecto de su esposa, al punto de que ni siquiera ha respetado su integridad física (folios 92 y siguientes y 297 y siguientes), pues incluso fue denunciado y condenado por el delito de lesiones levísimas, en su perjuicio; cabe concluir, que hay indicios graves, precisos y concordantes, tal y como acertadamente lo consideraron los señores jueces del Tribunal, de que los intereses patrimoniales de su cónyuge están en peligro inminente. En consecuencia, es razonable que la actora ante las acciones de su marido, a todas luces reprochables, recurriera a pedir la liquidación anticipada de la finca de que se da cuenta.*¹⁴³

En el caso particular se analizan dos puntos determinantes para saber si es procedente la liquidación anticipada: primero tenemos que la pareja ha estado separada por más de un año, y segundo la mujer ha sido víctima de agresiones físicas, entre otros, lo que lleva a suponer que su cónyuge no respetará su derecho a gananciales si no le ha respetado como persona.

A continuación el Tribunal desarrolla el artículo 41 aplicándolo al caso concreto y desarrollando en forma bastante interesante el derecho del cónyuge que se siente amenazado a pedir una liquidación anticipada de los bienes gananciales.

“V.- El artículo 41 citado contempla dos supuestos, en los cuales es posible disponer la liquidación anticipada. El primero no tiene importancia para este proceso, porque se refiere a situaciones en que el peligro potencial o virtual está

¹⁴³ VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

determinado por una mala gestión del titular de los bienes, que puede estar condicionada por muchas causas, inclusive durante la convivencia efectiva de la pareja. Lo que la actora ha invocado como causa de pedir es que el demandado, con manifestaciones suyas hechas dentro de una situación fáctica de separación de hecho y de conflicto efectivo entre la pareja, y ha amenazado..... que le va a afectar el disfrute de su eventual derecho a gananciales. La situación que viven las partes, no corresponde a la de una convivencia normal, sino, todo lo contrario. La demandante no ha buscado una solución al problema que pudo haber alcanzado a través de una demanda de dispensa de vida en común o inclusive hasta de divorcio, lo cual, es sin duda potestativo. Su única preocupación se ha centrado en el tema de la tutela de su derecho patrimonial. Es cierto que no hay prueba directa de expresiones concretas del demandado acerca de la burla del derecho; pero es completamente de sentido común entender, y así lo enseña la experiencia, que en situaciones de hecho como éstas, las partes pretendan excluir al otro consorte de cualquier ventaja patrimonial, al punto de que muchas veces es el verdadero motivo de los conflictos jurídicos, sobre todo que en el expediente hay pruebas directas de esa actitud negativa del derecho, pues, en la misma contestación de la demanda, el actor se ha opuesto a la pretensión de la actora negando la existencia del derecho de gananciales que se reclama y necesariamente por la existencia de actos perturbadores. De esta manera, interpretadas todas esas cuestiones de hecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Familia y con un verdadero sentido protector, la realidad de lo que acontece en la pareja representa una situación de peligro virtual para el derecho de la actora, de modo que sí existe razón para tutelarla,

con independencia de la desvinculación de la pareja o de su separación judicial. La norma, es su segundo punto, o sea, aquel que autoriza la liquidación anticipada por hechos que amenacen el derecho, debe ser analizada a la luz de la situación real de las parejas; es decir, en cada caso concreto, de modo que existiendo comportamientos como lo son la misma separación de hecho, el impedimento del disfrute del bien y la negación misma del derecho, entre otros, sea un mecanismo efectivo de desprotección. Así las cosas, para la Sala, los actos a los que alude la norma, en modo alguno pueden circunscribirse a comportamientos efectivos de mala gestión, pues, en su segundo supuesto se contempla otros, como los constatados en este proceso, que no tienen esa naturaleza y que constituyen una real amenaza a los intereses patrimoniales de la esposa. En realidad de lo que se trata es de evitar que, un cónyuge, en este caso el demandado, ante las graves desavenencias con su esposa, pretenda lesionarla económicamente sustrayendo el único bien que fue comprado con el esfuerzo común, por haber sido adquirido durante el matrimonio...” (Voto 2002-00214 dictado a las quince horas diez minutos del nueve de mayo del dos mil dos. En el mismo sentido, voto 2002-00372 de las quince horas del veintiséis de julio de dos mil dos)”¹⁴⁴

La Sala Segunda también se ha encargado de determinar los requisitos necesarios para solicitar la liquidación anticipada mencionados en el artículo 41 del Código de Familia. Y dice así:

“IV-. REQUISITOS LEGALES DE LA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE BIENES GANANCIALES: En el recurso se afirma que la actora omitió acreditar

¹⁴⁴ **VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.-** San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

los presupuestos de hecho que ameritan la liquidación anticipada de bienes gananciales, establecidos en el segundo párrafo del artículo 41 del Código de Familia: “Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos”. Es decir, la ley contempla dos situaciones distintas: a) mala gestión de los bienes por parte de alguno de los esposos, y b) realización de actos por alguno de ellos que amenacen burlar el derecho a gananciales del otro. Esta segunda hipótesis es la que se plantea en el caso concreto y está plenamente demostrada en los autos.” ¹⁴⁵

Como se puede ver, los presupuestos básicos para que proceda la liquidación anticipada de bienes es que el tribunal compruebe que hay una mala gestión o mala fe por parte del cónyuge administrador; las situaciones que lleven al tribunal a arribar a esta conclusión dependerán del caso en particular.

2.4 Anotación de demandas

La anotación de demandas es una medida cautelar que se solicita al juez en aquellos casos en que sea necesario resguardar los bienes para que no sean sustraídos del patrimonio del deudor, con el fin de no responder a la deuda. El Juzgado envía un mandamiento, al Registro de la Propiedad en que ordena se anote que el bien tiene una demanda de divorcio, separación judicial, o liquidación anticipada.

¹⁴⁵ **Res: 2005-01010 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas treinta minutos del dos de diciembre del dos mil cinco.

En estos casos, el Tribunal de Familia ha considerado que si bien el derecho a gananciales es considerado en nuestro medio como un derecho de crédito que puede ser satisfecho con cualquier otro bien o dinero, en los casos que se esté ya ante una serie de bienes gananciales así determinados por una autoridad judicial sí es posible protegerlos por medio de esta medida; a continuación se cita un fallo del Tribunal en que consiente la aplicación de esta medida:

I. De la resolución de las quince horas del tres de diciembre del dos mil cuatro, en cuanto deniega la solicitud de imposición de una medida de orden cautelar específicamente la anotación de las fincas número 22828-000 y 169989-000 ambas del Partido de San José, así como en cuanto ordena a la parte efectuar el depósito de ley efecto de proceder al embargo preventivo artículo 273 del Código Procesal Civil, recurre la apelante y señala que el órgano aquo, no puede disponer en contra de lo que dispuso el Tribunal familiar, ya que existe sentencia hoy firme, de ese último que establece la ganancialidad de dichos inmuebles y que la anotación solicitada es el único mecanismo para proteger ese derecho declarado. Si eventualmente existiese otra anotación ello no impide que se practique una nueva por la ejecución, como fórmula de garantía hasta el efectivo pago. En relación al embargo solicitado cabe destacar que no se ha pedido un embargo preventivo. La situación es diferente en la especie existe sentencia firme, solo pendiente de cuantificar en relación a costas de manera que el embargo solicitado resulta totalmente procedente, no admite discusión en relación a que se puede decretar embargo por suma prudencial. Aclarando que no se trata de un embargo de orden preventivo sino ejecutivo (artículo 700 del Código Procesal Civil). Embargo que opera

también como mecanismo de garantía de pago de las costas. En consecuencia solicita se revoque el pronunciamiento y en relación a los extremos recurridos.

II. Mediante sentencia que hoy alcanzó firmeza de separación judicial y distribución de gananciales de este mismo despacho de las once horas treinta minutos del nueve de mayo del dos mil dos, se estableció que las fincas insertas en el Registro Público, Partido de San José, matrículas números 1.169989-000 y 1.228280-000 son bienes gananciales y consecuentemente, la parte impugnante tiene derecho al 50% del valor neto de las mismas. Ahora, la parte nuevamente concurre a estrados pretendiendo ejecutar lo que determina el pronunciamiento señalando y es en esa coyuntura que solicita la anotación de sendos inmuebles a fin de hacer efectivo su derecho a gananciales medida que deniega el órgano a quo, en total inobservancia a la condición de gananciales que ostentan las fincas. Independientemente de las anotaciones existentes la solicitada es procedente, en tanto se constituye en el mecanismo a través del cual, la parte logra no hacer nugatorio su derecho a gananciales. El desplazamiento de la materialidad del inmueble, será un problema a resolver dentro del proceso, pero que no impide el “efectivizar” el derecho a gananciales porque no se trata de un derecho real sobre la materialidad del inmueble. Doctrinaria y jurisprudencialmente el derecho a gananciales, ha sido conceptualizado en nuestro medio como un derecho de crédito, de modo tal, que el problema subyacente, en relación a las fincas, ideado a efecto de sustraerlas del haber patrimonial al familiar, en modo alguno puede prevalecer sobre ese derecho a gananciales establecido. En tal coyuntura, resulta impositivo,

*proceder revocando la resolución cuestionada en ese extremo y se ordena la anotación de los mencionados inmuebles o sea las fincas número 1.169989-000 y 1228280-000, ambas del Partido de San José.*¹⁴⁶

2.5 Levantamiento del velo societario

La sociedad podríamos decir que es una especie de contrato en el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica que les dé como beneficio ingresos económicos que se repartirán entre todas ellas.

La conformación de una sociedad conlleva una serie de formalidades constitutivas, que una vez cumplidas le da a la sociedad personalidad jurídica, distinta e independiente de los socios que la han formado.

Mediante la personalidad jurídica, la sociedad se convierte en una persona individual, con nombre propio, nacionalidad y domicilio, además de capacidad y de autonomía para actuar y contratar en su propio nombre con terceros, respondiendo la sociedad de las deudas sociales como norma general.

Esta característica de las sociedades de separación entre la sociedad y sus socios, es un tema que se ha convertido en instrumento para personas inescrupulosas que lo utilizan para realizar fraudes y abusos a los derechos de terceros, ya que los socios se escudan tras la sociedad para ocultar su identidad, su patrimonio e incluso su propia responsabilidad abusando de la personalidad jurídica.

¹⁴⁶ Voto No. 421-06 RIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE, al ser las ocho horas del seis de abril del dos mil seis.

Es debido al mal uso de la personalidad jurídica de las sociedades y el aumento de estos abusos que surgen las teorías denominadas del "levantamiento del velo", cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia norteamericana, pretendiéndose con ellas descubrir la verdadera situación en que se encuentra la sociedad, descorriendo el "velo" de la entidad. De lo que se trata es de prescindir de la ficción o forma legal que supone la personalidad y juzgar de acuerdo con la realidad. En supuestos en que la personalidad jurídica ha sido utilizada para realizar fraude, el ordenamiento jurídico permite a los tribunales penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, con el fin de evitar que al amparo de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude. Cuando se habla de velo social en concreto se refiere a esa característica de la sociedad de tener personalidad independiente de sus asociados y que no es posible que cualquier persona pueda tener acceso a toda la información de la situación real de la sociedad. En definitiva, el levantamiento del velo se dirige a impedir o contrarrestar los supuestos de abuso del derecho, reponiendo en sus justos límites una situación patrimonial alterada y menoscabada por una simulación fraudulenta que se realizó a través de la utilización de la personalidad jurídica de la sociedad.

Se dice que es en el derecho anglosajón donde nace esta figura. *“En casos donde los tribunales desconocieron la personalidad jurídica de la sociedad y el privilegio que acompaña a esta es decir la responsabilidad limitada; extendiéndose así, la responsabilidad a los socios por las deudas de la sociedad. Esto se denominó disregard of the entity doctrine.”*¹⁴⁷

¹⁴⁷ María Salomé Murillo, *El Levantamiento del Velo Societario a favor de la Protección de los bienes gananciales*, Tesis Universidad de Costa Rica, 2003 Pág.41.

Nuestra jurisprudencia resume estos orígenes diciendo que “es el profesor alemán Rolf Serick -mediante el libro “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, el abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, que fue publicado en español en 1958- quien traduce al derecho continental una tendencia del common law que en Estados Unidos se denominó “disregard of legal entity”, y en España la doctrina tuvo acogida a través de Federico de Castro y Bravo con sus libros “¿Crisis en la Sociedad Anónima? y La “Personalidad Jurídica”. Podemos dar amplio seguimiento en la literatura jurídica en castellano a la acogida jurisprudencial en España con libros como “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)” de Juan Dobson, “La Doctrina del levantamiento del Velo de la persona jurídica en la jurisprudencia” de Ricardo del Ángel Yagüez (libro que presenta clasificadas las sentencias españolas del tema desde 1950 a 1997), y “Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento” de Lorenzo Álvarez de Toledo....(En España la resolución que dio un giro importante y que utiliza por primera vez el concepto de “levantamiento del velo” data de 28 de mayo de 1984 dictada por el Tribunal Supremo.¹⁴⁸)... En Costa Rica podemos

¹⁴⁸ *CONSIDERANDO: que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código civil), la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuestos) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o ser utilizada como camino de fraude (art. 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando lo sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los “derechos de los demás”(art. 10 de la Constitución) o contra los intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho, (art. 7.2 del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en la sociedad anónima sujeta al derecho privado, sino solo constatar, a los efectos de los terceros de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o constitucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad ex contractu o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores, que existen exteriormente varias organizaciones*

identificar trabajos sobre el tema como el de Víctor Garita González en la Revista Judicial número 50, y el de Ricardo González Mora en una selección de textos de la Escuela Judicial titulada “Daños y perjuicios en el proceso de divorcio de la separación judicial”.¹⁴⁹

En el derecho brasileño esta teoría tiene origen doctrinal a diferencia de los demás países en que es de origen jurisprudencial; el tema fue abordado inicialmente por el profesor *Rubens Requião*, en una conferencia otorgada bajo el título “*abuso de Derecho e Fraude a través de la personalidad jurídica*” realizada en la Universidad Federal de Paraná¹⁵⁰

El profesor “Riquiao se opuso al derecho brasileño que en aquella época (aproximadamente 1977) absolutizaba el dogma del hermetismo de la personalidad jurídica. El propuso que se implementaran soluciones al menos éticas (si no legales) que evitaran las situaciones injustas.”¹⁵¹

independientes” y menos “cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de los testaferros o de otra sociedad”, según la doctrina patria.

CONSIDERANDO: Que también en el ámbito del Derecho Administrativo cuando se habla de los “entes públicos” o de gestión (“mutatis mutandis”), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al derecho privado (sociedades anónimas por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese derecho de modo instrumental del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho Privado, pero en realidad –internamente– de la pertenencia de la administración, tal como en caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el alcalde su Presidente del Consejo, es decir con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad circunstancia mas que suficiente para no considerar tercero o extraño al ayuntamiento con respecto a la sociedad como órgano integrante de ésta y ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos, determinados en el artículo 1973 del Código Civil, por consiguiente violado”

¹⁴⁹ Tribunal de Familia Voto No.674-05 de las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

¹⁵⁰ Rubens Requião, citado por J. López (Marcelo) y Ceano (José Daniel), citados por María Salomé Murillo, *op. Cit* p. 49.

¹⁵¹ *Ibid.* p 49.

Llegando al significado actual de la Doctrina del levantamiento del Velo: “Para De Ángel Yaguez el levantamiento del velo es *aquella actuación encaminada a prescindir de la forma externa de la persona jurídica y a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma levantando su velo y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior*”¹⁵²

La doctrina del Levantamiento tiene su razón de ser en diferentes conceptos como lo son el fraude, abuso del derecho, mala fe, etc.

Es debido precisamente al fraude, abuso, y mala fe que se ha dado en la relación conyugal cuando uno de los cónyuges desvía los bienes de la sociedad conyugal en perjuicio del otro cónyuge a través del fraude o por medio de la personalidad jurídica de la sociedad anónima escondiendo tras esta los abusos en contra de su pareja, es por eso que se ha debido proteger en el Derecho de Familia los bienes gananciales y comenzar a utilizar la figura del “levantamiento del velo societario”.

En este sentido nuestra jurisprudencia ha venido evolucionando y permitiendo el uso de este figura siempre que sea evidente la necesidad del mismo. Un tema que es importante en esta cuestión es “la libre disposición de bienes” que rige el régimen patrimonial de la familia en Costa Rica, que permite al dueño registral disponer de sus bienes a su voluntad, y que los cónyuges al momento de la separación buscan como distraerlos de los bienes gananciales, y es por eso que ha entrado en escena las sociedades anónimas como medio para lograr ese objetivo de despojar al cónyuge de sus derechos a gananciales, y como solución se ha comenzado a utilizar esta figura del Levantamiento del Velo.

¹⁵² De Ángel Yaguez, citado por Hurtado Cobles (José), citados por María Salomé Murillo, *Op. Cit* p. 60.

Primeramente transcribiremos el extracto de un voto del Tribunal de Familia en el que los jueces explican por qué se permite que la personalidad de la Sociedad sea desenmascarada en algunos casos; aunque la transcripción puede ser un poco extensa nos parece necesaria para abarcar todos los motivos del Tribunal para sustentar la aplicación de una figura como el levantamiento del velo societario, y que al respecto dice:

“QUINTO: Es novedosa la figura del levantamiento del velo social o societario, y su finalidad responde a la necesidad de limitar la utilización de la figura de la persona jurídica de la sociedad mercantil con fines distintos a los suyos propios. Quizás la cita de un extracto de resolución judicial dada en los tribunales españoles ayude a esclarecer. Señala ésta que "La Jurisprudencia ha admitido la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 Cód. Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar ‘levantar el velo jurídico’ en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de ‘los derechos de los demás’ (art. 10 Const. Esp) o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC), últimamente la sentencia de 9 Jul. 1986 prescindió de la forma social, por la particular composición de la sociedad recurrente” (BENAVIDES, Diego. Disregard y su efectividad en los procesos familiares. 2005, págs. 29,30) Es importante que la actividad jurídica haya admitido la

posibilidad de semejante progreso, dada la estructura jurídicamente independiente de la sociedad mercantil, al punto de hablar de 'penetrar' lo que ya deja ver, por un lado, la característica de hermetismo que ha venido fortaleciéndose a través de los años en esas entidades y, por el otro, la idea de que se necesita, más que un abordaje del tema para rescatar situaciones impunes amparadas a ese hermetismo, la analogía de un cincel tomado con firmeza para descubrir abusos, siendo el cincel el elemento de la buena fe tan defendido por el derecho, y siendo el mazo la voluntad del operador jurídico que no se deja confundir y está dispuesto, siempre dentro de un marco de legalidad, a desentrañar la verdadera voluntad que, caso de haber estado en concordancia con los fines propios de la naturaleza de las sociedades mercantiles, no tienen nada que esconder. Así continúa expresando el antecedente judicial citado: "...admitiéndose la posibilidad de penetrar 'levantar el velo jurídico' en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra el interés social, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho... La investidura de la personalidad que el legislador otorga a la sociedad anónima, cumplidas ciertas formalidades y, por tanto, su consideración como una realidad jurídica apta para ser un sujeto de derechos y obligaciones distinto de las personas físicas que agrupa, no han de impedir que la situación creada con ella se valore según criterios realistas y con superación del hermetismo tradicional, producto de rigores dogmáticos hoy en declive, a fin de conocer si la personalidad jurídica y, más propiamente, la distinción ontológica entre sociedad y socios ha sido utilizada con abuso de derecho o en fraude de ley, cual sucede si quienes efectivamente controlan o dominan la entidad se

serven del dualismo subjetivo para obtener, en perjuicio de acreedores, ventajas injustificadas sobre el patrimonio de aquélla mediante acuerdos que sustraigan de la acción agresiva de estos bienes que estarían, en otro caso, sometidos a la responsabilidad universal de la deudora. La doctrina jurisprudencial permite, por razones de justicia, equidad, buena fe y seguridad jurídica, penetrar en la estructura de la persona jurídica para descubrir y conocer las personas físicas, intereses y relaciones que encubre a fin de evitar que, al amparo de la ficción jurídica, se puedan perjudicar intereses privados o públicos...” (BENAVIDES; 31). Por su parte, señala Ricardo González que “...Y puesto que la llamada ‘persona jurídica’ no es realmente una ‘persona’, ¿qué cosa es? Pues esto es: desde el prisma del legislador, una técnica jurídica; desde el prisma del ciudadano, legislado, administrado y justiciable, una máscara para el hombre u hombres que la utilizan para intervenir en el tráfico jurídico. Como tal máscara que es, la personalidad jurídica tiene la utilidad de servir de instrumento a determinadas personas que desean intervenir, desde el anonimato, en el tráfico jurídico [...] La doctrina extranjera se ha ocupado de diversos razonamientos sobre la cuestión del hermetismo de la personalidad jurídica. Se habla de un ‘procedimiento intelectual complejo’, de carácter bifásico, que, a primera vista, muestra una cierta similitud con la labor médica de diagnóstico-tratamiento; así, en un primer momento, el juez levanta el caparazón social, sin saber, a priori, lo que va a descubrir, e inmediatamente diagnostica, esto es, constata la existencia o no de patología de abuso de la personalidad jurídica. A la vista de las circunstancias internas de la sociedad develada, resuelve si debe ‘penetrar’ el velo levantado, o lo que es lo mismo, ‘desenmascarar’ a quienes actuaban a su sombra en perjuicio del intereses y derechos ajenos; o, si, por el contrario, al

no existir anomalía de ninguna clase, debe respetar el hermetismo patrimonial de la entidad sujeta a su examen.” (GONZÁLEZ, Ricardo. Daños y perjuicios en el proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Antología. Escuela Judicial, 1999, pags. 102. 105)”¹⁵³

En el anterior fallo vemos cómo a pesar de que la personalidad de la sociedad se debe respetar, no puede ser esta un medio para que los socios quienes son en realidad los que manejan la sociedad se escondan tras ella para realizar fraudes en contra de terceros y por supuesto de la ley, y en el caso que nos interesa el posible fraude cometido por uno de los cónyuges en contra del otro, utilizando como escudo la personalidad jurídica de una sociedad.

El Tribunal de Familia además ha descrito el desarrollo que ha tenido esta figura en el extranjero y en nuestro país en las diferentes ramas del derecho; es por eso a continuación se transcribe literalmente mayor parte del voto No.674-05 de las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco que dice así:

“F. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIAL: Ahora bien, dentro de esta tendencia práctica de los abusos en el derecho de libre disposición en perjuicio del derecho de gananciales del cónyuge, hemos de identificar el escenario de las sociedades mercantiles. Esto es, que se acuda a la protección de la personalidad jurídica de las sociedades para evadir los derechos del cónyuge. La doctrina y jurisprudencia de muchos países de corte similar al nuestro han reconocido la posibilidad de desenmascarar o levantar la ficción societaria que

¹⁵³ VOTO No. 885-07 TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las ocho horas diez minutos del veintinueve de junio del dos mil siete.

se está abusando por un cónyuge (o conviviente) para evadir o defraudar los derechos de gananciales del otro esposo. Debe decirse que se ha reconocido esa posibilidad en general para los casos de abusos o fraudes en que se mal utiliza la sociedad mercantil para evadir por ejemplo derechos hereditarios o de acreedores de empresas en quiebra, o evadir impuestos o bien prohibiciones... En la jurisprudencia costarricense el tema se ha ido abordando desde diversas jurisdicciones, por ejemplo,...

Y en la sede jurisdiccional de familia el tema se ha ido abordando:

"...Por otra parte, aún cuando no es necesario emitir criterio alguno en lo concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin posibilidad de objeción alguna, que éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos (ver folios 30 y 31), se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia. Por consiguiente, ninguna infracción de los numerales 455 del Código Civil y 5 y 7 de la Ley de Tránsito fue cometida por el Tribunal Superior de Familia al emitir su pronunciamiento..." (Voto 322-97 de la Sala Segunda 14:30 horas del 17 de diciembre de 1997)

Y se han dado casos en los cuales se identifica problemas relacionados con las sociedades:

"... Según se desprende de las pruebas documental y testimonial, así como de la confesión ficta de los contrademandados, durante la separación de hecho de los cónyuges, el reconvenido, quien era dueño de la totalidad de las acciones de " ..., S.A.", procedió a traspasarlas a su compañera, aquí reconvenida,.... No obstante, continuó siendo representante de la sociedad, afirmando a terceros que era "dueño" de ésta. Tampoco se observa participación alguna de la señora..., en la administración de la sociedad y, mucho menos, ingerencia en la toma de decisiones relacionadas con ella. Sobre el particular, el testigo... expresó: "Don... siempre se expresaba de la sociedad... como suya, que es una síntesis de su nombre.... Y sobre la finca él también se expresaba como su finca, como su terreno, no como la finca de la otra señora... En el momento que don... se refería al precio de la finca o intención de venta fue que nos topamos con la señora. Ella no hizo ningún comentario, se comportó en una forma muy sumisa. Ella no participó en la conversación ni se dijo en ningún momento que la finca fuera de ella." (Folios 171 a 172 vuelto). En ese sentido también se pronunció..., para quien su padre siempre ha manifestado ser el propietario de las fincas (folio 183 frente y vuelto); inmuebles que, como se advirtió, eran propiedad de la Sociedad cuyo traspaso de acciones, mediante este proceso, se pretende anular. Si bien es cierto que la sociedad anónima, como sociedad capitalista que es, tiene como característica el que su administración pueda asignarse a personas que no ostenten la calidad de socios (artículo 181 del Código de Comercio); en el presente asunto, el hecho de que el contrademandado continuara representando a la sociedad, a pesar de haber

traspasado la totalidad de las acciones, a la señora..., con la cual mantenía una relación adúltera; a la par de sus manifestaciones, en el sentido de que él continuaba siendo el dueño de ellas; aunado a la falta de interés de la señora ..., en los asuntos relacionados con la sociedad y los bienes a su nombre y, además, tomando en cuenta los serios problemas que afrontaba el matrimonio de aquel con la señora ... todos ellos constituyen elementos más que suficientes para concluir que el traspaso de la totalidad de esas acciones, no fue real, sino aparente..." (Voto 188-98 dictado a las 10:05 horas del 24 de julio de 1998 por la Sala Segunda)

Es evidente que muchos de los casos en que haya abuso del derecho de disposición de los gananciales con intermediación de sociedades mercantiles, puedan ser abordados con la teoría del traspaso simulado, como pareciera ser este último, no obstante habrán casos en que sea necesario acudir al levantamiento del velo societario, al amparo de los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil... Ahora bien, es importante dentro de este desarrollo sistemático jurídico y para comprender los alcances de los conceptos aquí esbozados, enfatizar la siguiente distinción. G. DIFERENCIA DEL DERECHO A GANANCIALES Y SU GARANTÍA DE SATISFACCIÓN. Uno de esos temas que es importante aclarar en cuanto a gananciales es la diferencia entre el derecho a gananciales como derecho a un valor y el derecho a que un bien ganancial responda por ese derecho de valor. El voto 950-00 de la Sala Segunda, dictado a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil, desarrolla lo siguiente sobre el particular:

"... VI.- El hecho de que el bien estuviera, sólo formalmente, fuera del patrimonio del accionado al momento de plantearse la litis, no constituye, desde el punto vista jurídico, obstáculo alguno para declarar el derecho de la actora, sobre el cincuenta por ciento del valor neto de aquella finca; y, en tal sentido, la tesis del recurso, es legalmente improcedente. De acuerdo con el artículo 41 aludido, el derecho a gananciales, es de naturaleza personal o de valor, pero el mismo puede hacerse valer sobre el bien que lo genera; el cual, para ese efecto, se puede considerar gravado de pleno derecho, a partir de las resultas de la respectiva liquidación. Desde esta perspectiva, o sea, tomando en cuenta que es un derecho personal, pero que también puede llegar a gravarse el bien, como se dijo, a partir de las resultas de la respectiva liquidación; la parte que pretende la ganancialidad tiene dos caminos, para hacer valer su derecho; a saber; puede consistir en la nulidad de los actos de disposición y en la consecuente reintegración de los bienes, al patrimonio del deudor, a fin de hacer efectivo el gravamen previsto y lo cual se asemeja a una acción de naturaleza real (reipersecutoriedad); o bien, en el ejercicio del derecho personal, según se hizo en el proceso (véase la pretensión identificada con el número 2), a efecto de que se declare su derecho a la mitad del valor neto de los bienes; para lo cual, los Tribunales, pueden constatar el derecho, tomando en cuenta aquellos bienes con relación a los cuales se realizaron actos fraudulentos, para intentar burlar el derecho de la contraparte; de tal manera que su derecho se mantenga incólume, como si dichos actos no existieran, porque esa es la única forma de tutelar, efectivamente, el derecho en estos casos de conductas indebidas y preordenadas. A ambas vías es legítimo acudir. En un caso semejante, esta Sala manifestó: "...Tales reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las

juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho.- IV.- En esta sede, el recurrente insiste en que el automotor placas ciento sesenta mil trescientos treinta y siete no es un bien ganancial, tal y como se resolvió en segunda instancia, toda vez que ya no le pertenece y que su traspaso a otro sujeto de derecho está anotado y pendiente de inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos. Apoya su alegato en los ordinales 7 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y 455 del Código Procesal Civil. Es cierto que esas normas estipulan, como pauta general, que los títulos sujetos a inscripción perjudican a terceros desde la fecha de su presentación a la entidad indicada. También lo es que la señora... tiene ese carácter respecto de la compraventa del bien mueble de comentario. La conjunción y el aislamiento de esas verdades obligaría, entonces, a darle la razón al representante legal del señor ... Sin embargo, estando suficientemente acreditado, conforme lo está, que dicho acto jurídico de disposición fue realizado en fraude de ley, al emitirse con el propósito de frustrar los legítimos derechos de la actora, resulta imperativo reconocer que no puede tener la virtud de afectarle, aunque sea una tercera y no haya solicitado que se declarara su simulación ... Por otra parte, aún cuando no es necesario emitir criterio alguno en lo concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin posibilidad de objeción alguna, que éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No

cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos (ver folios 30 y 31), se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia. " (Voto Número 322, de las 14:30 horas, del 17 de diciembre de 1997)...

Aquí lo que volvemos a puntualizar es que en ocasiones cuando un bien ganancial ya ha sido distraído del patrimonio conyugal con la utilización de fraude, es posible anular el negocio fraudulento para que el bien regrese al patrimonio que se deberá liquidar; sin embargo, como el derecho a gananciales es un derecho de crédito y no real, el cónyuge perjudicado podría hacer efectivo su derecho en otros bienes del cónyuge que cometió el fraude.

2.6 Simulación

Este es un concepto que ha sido tratado por varios autores, entre ellos Jinesta Lobo que dice: *"La simulación en el lenguaje común implica un ocultamiento de la verdad, es decir quien simula crea una apariencia falsa para engañar a terceros. Desde un punto de vista puramente jurídico podemos separar el fenómeno de la simulación en sus dos componentes básicos: el visible que es el negocio simulado y el oculto que es el acuerdo simulatorio y eventualmente el negocio disimulado"*¹⁵⁴

¹⁵⁴ Jinesta Lobo (Ernesto) La simulación en el Derecho Privado, Costa Rica. Imprenta y litografía Mundo Grafico. 1990. Pág.19.

Este es un tema que va muy unido con el del levantamiento del velo societario, pues para que una sociedad sea utilizada como medio para despojar al cónyuge no dueño del bien tendrá que mediar una simulación. El Tribunal de Familia en muchos de sus votos ha desarrollado el concepto y características de la simulación, algunos de sus fallos versan así:

“La jurisprudencia ha decantado el significado de la simulación y para ilustrar sus supuestos acudimos al voto número 47 de las nueve horas cuarenta minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala Segunda que in extenso desarrolla la doctrina sobre el contrato simulado:

“...III.- Ahora sí y siempre con la intención de ir fijando la posición de la Sala, en punto a la esencia de lo que resolvieron el a-quo, la mayoría del ad-quem; así como sobre lo fundamental del recurso de casación por el fondo, incoado por la parte demandada (...); podemos transcribir, en materia de simulación de actos jurídicos y en lo conducente, lo que dijo la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia Nº 4, de las 15.15 Hrs. del 6-1-78, Considerandos V, VI y IX; veamos: "V.- En un sentido generalísimo, simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es; disimular, ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el individuo idéntico objetivo, es decir, el engaño. (El subrayado es nuestro) Estos dos conceptos similares aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación. Dichos términos al pasar del lenguaje corriente al campo jurídico, no cambian de sentido. Conforme con la mayoría de los tratadistas modernos, el acto simulado consiste en el acuerdo de partes,

de darán una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta ese acto. Entonces, cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico sólo aparente, con interés de efectuar otro distinto - simulación relativa- o no verificar ninguno -simulación absoluta-; de ahí la diferencia entre simulación absoluta y relativa... Los jurisconsultos modernos, más o menos uniformemente, reconocen como elementos constitutivos e indispensables del negocio jurídico aparente: a) el acuerdo entre partes; b) el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley; c) la disconformidad consciente entre la voluntad y la declaración" (Héctor Cámara, *Simulación en los Actos Jurídicos*, 2a. edición, Buenos Aires, 1958, páginas 28 y 29). En igual sentido, Francisco Ferrara, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, 2a. edición, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1960, páginas 77 y siguientes. En la simulación relativa los contratantes siempre han tenido la intención de celebrar un negocio jurídico y de efectuar el traspaso, si es que el acto es de enajenación. Tal sería por ejemplo el caso en que el padre traspasa al hijo un inmueble, lo que hace gratuitamente, sea en donación, pero para evitar el pago de un impuesto fuerte en la escritura se expresa como compra-venta. Aquí hay simulación, pero como en todo momento ha sido intención de las partes de celebrar un negocio jurídico que es la donación y de efectuar y mantener el traspaso, por eso es que declarado ineficaz como compra-venta el acto y el traspaso siempre se mantienen como donación (Sentencia de Casación de las 9.20 horas del 9 de junio de 1934). En la simulación absoluta en cambio, no obstante el acto que aparecen

*celebrando las partes, en realidad éstas en ningún momento han tenido la intención de efectuarlo ni de llevar a cabo el traspaso, manteniéndose el bien en poder del transmitente, quien sigue siendo su legítimo dueño y poseedor. Como elemento constitutivo de la simulación se ha señalado el propósito o intención de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley. Por eso es que hay que distinguir la intención de engañar de la intención de dañar, porque si bien el fraude es de la naturaleza de la simulación no es de su esencia, por lo que puede haber casos de simulación en que está ausente la idea del fraude, ya sea en perjuicio de acreedores o de terceros, *fraus creditorum* o fraude pauliano, como en perjuicio de la ley, fraude a la ley o *fraus legis*...*

...Es entonces, que en realidad lo que ocurre en el supuesto de la simulación que las partes en el contrato en ningún momento han tenido la intención de efectuarlo ni de llevar a cabo el traspaso, manteniéndose el bien en poder del transmitente, quien sigue siendo su legítimo dueño y poseedor.”

155

Como podemos ver, la simulación según la doctrina y la jurisprudencia es el deseo de ocultar una verdad, y esta simulación tiene varios elementos constitutivos e indispensables del negocio jurídico aparente o simulado: a) el acuerdo entre partes; b) el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley; c) la disconformidad consciente entre la voluntad y la declaración. Dentro del Derecho de Familia tratándose de bienes gananciales, la simulación es una figura usada con

¹⁵⁵ VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.

bastante frecuencia ya que en muchas ocasiones los cónyuges recurren a negocios simulados para impedir que su cónyuge pueda exigir su derecho a gananciales.

En derecho familiar, como lo hemos aclarado ya en varias ocasiones, cuando se habla de derechos a gananciales, se refiere a un derecho personal y no real sobre el bien; esto significa que se tiene derecho a la mitad sobre el valor del bien y no del bien como tal, dando esto como resultado que los cónyuges puedan hacer efectivo su derecho en otros bienes. El cónyuge que se ha visto afectado por una fraude de simulación podrá pedir al juez que anule el negocio fraudulento; sin embargo, por ser un derecho personal esto no es necesario y el juez puede permitir que su derecho sea resarcido con otro bien.

El Tribunal de familia lo aclara así:

En nuestro caso, la suma de varios datos graves nos lleva inequívocamente, en forma concordante y convergente a la conclusión diáfana que hemos dicho, razón por la cual se ha de acoger la nulidad del traspaso de dichas ocho acciones. Ahora bien, la petitoria de la actora respecto a estas acciones es que se le otorgue cinco de las diez. Este pedimento tiene un doble problema pues primeramente, las acciones que pertenecen al esposo son ocho y no diez, las otras dos no estaban incluidas en el negocio anulado, sino que fueron adjudicadas en la constitución de la sociedad a los codemandados J.E.y W.U.C, y en ninguno de los hechos se han alegado situaciones relacionadas con esas dos acciones iniciales, razón por la cual no existiría causa petendi para presumir o partir que esas dos acciones realmente fueran de don Jorge Ureña Morera. El derecho a gananciales que se debe declarar es sobre las ocho acciones respecto de las cuales se anula el traspaso en esta sentencia. De esta manera lo otro que

ha de aclararse es que el derecho a gananciales como lo explicamos al inicio de esta sentencia, no es un derecho real, sino un derecho personal de valor, traducible en una suma de dinero. Por ello no puede acogerse que se otorgue una titularidad real sobre las acciones, ni tampoco que se le rindan cuentas como accionista, ni tampoco que en ese carácter se le ponga en posesión del negocio. Así, el derecho que se debe otorgar de acuerdo con la ley es el que se dijo al acogerse la liquidación anticipada, es decir el cincuenta por ciento del valor neto de esas ocho acciones lo que ha de liquidarse en la fase de ejecución de sentencia. Dichas acciones quedan gravadas a las resultas de la liquidación final.¹⁵⁶

En cuanto a la simulación, en nuestro país existe una nota interesante ya que el resarcimiento del perjuicio causado puede ser solicitado judicialmente en sede civil o sede penal, cada una de estas teniendo posibilidades diferentes de resolver, en sede civil y que es la seguida generalmente por los jueces de familia; lo que se da a la parte afectada es un derecho a ser compensado en los daños y perjuicios causados con el negocio simulado.

Por otra parte, en sede penal el negocio simulado sí se anula y se restituye el bien a la condición inicial. Además de las consecuencias que podría tener como privación de libertad.

Decimos que en derechos de familia se sigue la tesis civilista por los motivos expuestos anteriormente sobre el derecho personal que existe en los bienes gananciales, lo que no hace necesario anular todo el negocio para permitir que el cónyuge afectado reciba lo que le corresponde.

¹⁵⁶ **Voto N°674-05 Tribunal de Familia.** San José, a las ocho horas del seis de junio de noviembre???? del dos mil cinco.

En el extracto siguiente podemos ver cómo los jueces penales también defienden el derecho a gananciales que pueda ser menoscabado mediante un fraude de simulación como debemos llamarle a este delito.

Por ello, la maniobra de Guido Quirós Soto se entiende como un mecanismo que perjudicó la expectativa de Derecho de Silvia Meléndez Marín consistente en una pretensión legítima de que una futura sentencia declarativa llegara a pronunciarse con certeza sobre la naturaleza ganancial del inmueble con los efectos que contempla el artículo 41 del Código de Familia: la participación en la mitad del valor de los bienes gananciales constatados en el patrimonio de Guido Quirós Soto a partir de la disolución del vínculo matrimonial. De ese modo, pretendía este imputado evitar el posible reclamo que por concepto de gananciales pudiera hacer Silvia Meléndez Marín en caso de disolverse el vínculo matrimonial, como consecuencia de los problemas conyugales ya existentes –dentro de los cuales el marido incluso pretendía la salida forzosa de la esposa–, reclamo que, en efecto, luego se materializó en la demanda de divorcio tal cual se aprecia en el propio documento...

“... A partir de ello se puede colegir que la venta simulada de la que son responsables los imputados y hermanos Quirós Soto constituyó un acto discriminatorio y anímicamente violento para menoscabar las expectativas legítimas que Silvia Meléndez Marín, como mujer y esposa de uno de los encartados, poseía sobre la mitad del valor de los bienes gananciales en cuya adquisición durante la vigencia del matrimonio había participado y colaborado. De modo que la sentencia recaída, tanto en lo penal, como en lo civil, constituye una medida positiva por parte del Estado –a través de los Tribunales de Justicia– dirigida no sólo a respetar sino también a garantizar y

hacer efectivos los derechos de Meléndez Marín, cumpliendo el Estado de Costa Rica con las obligaciones contraídas en virtud de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1, 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, de manera especial respecto de los derechos humanos de la mujer, de los artículos 2 incisos a) y c), 3 y 16 incisos c) y h) de la CEDAW y de los artículos 3, 4 incisos b), e) y f), 6 inciso a) y 7 incisos b), d), f) y g) de la Convención de Belém do Pará. VII) Por lo expuesto, el Tribunal sentenciador obtuvo un grado de certeza acerca de la comisión del ilícito por parte de los imputados y hermanos Quirós Soto, como consecuencia necesaria de la valoración en conjunto de la prueba con arreglo a las reglas del entendimiento humano, sin que se aprecie en ello vicio alguno".¹⁵⁷

Es importante en este tema decir que aunque exista un intento de desviar bienes con vocación ganancial mediante la simulación, existen mecanismos sea para defender los derechos a gananciales de los cónyuges y permitir el respeto al esfuerzo realizado durante la vida en común.

CONCLUSIÓN

Podemos decir que al hablar de bienes gananciales, tanto en doctrina como normativamente, se encuentra definido el concepto de estos; pero el problema existente es su mala interpretación y que nuestro ordenamiento no da la protección

¹⁵⁷ **Resolución 2006-00601 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de junio del dos mil seis.

que se necesita; no obstante que las medidas de protección existen, en la práctica no se aplican.

En nuestro ordenamiento se consideran bienes gananciales, todos los bienes adquiridos dentro del matrimonio, mediante el esfuerzo común de los cónyuges y que hayan sido adquiridos a título oneroso, siempre y cuando no se encuentren contemplados en la lista taxativa que se indica en el artículo 41 del Código de Familia.

Se pudo comprobar que la problemática existente con relación a los bienes gananciales, no se da en la interpretación de su concepto, sino más bien en determinar cuáles bienes pueden tener esas características que da el concepto.

Como se observó, los regímenes existentes en Costa Rica son adecuados, pero estos necesitan ciertas modificaciones para que se conviertan en regímenes que puedan dar toda la protección y seguridad que los cónyuges requieren para sus bienes.

Los regímenes patrimoniales están encargados de regular la manera como se manejan las relaciones económicas dentro de la relación matrimonial; estos lo que buscan es determinar a quién le corresponderá el derecho de propiedad de los bienes que se adquieran dentro del matrimonio.

En nuestro país, los cónyuges tienen la opción de escoger, mediante el régimen convencional, la forma como se administrarán, disfrutarán y liquidarán los bienes.

Como ya se sabe, en caso de que los cónyuges no escojan el régimen convencional se aplicará supletoriamente el régimen legal de participación diferida; se puede concluir que el mayor problema que sufre nuestro régimen es la libre disposición que posee cada cónyuge sobre los bienes que se encuentran a su nombre, ya que esto permite que los cónyuges distraigan del patrimonio ganancial bienes que aunque estén a su nombre tienen vocación de ganancial. Ante este problema, es necesario encontrar una solución que permita a los cónyuges prevenir este tipo de controversias; para lo cual sería muy provechoso que vía ley se les ordene a los cónyuges que decidan sobre cuál régimen desean que se aplique a una eventual disolución del vínculo conyugal. O si fuera el caso de que los cónyuges escojan un régimen el cual no les beneficie o se sientan incómodos, que tengan la posibilidad de optar por uno nuevo y se estará liquidando los bienes existentes en ese momento e iniciando un nuevo régimen.

Para evitar los problemas relacionados a la disposición de bienes durante el matrimonio, proponemos que cada uno de los cónyuges pueda tener a su nombre bienes gananciales, pero que si desea disponer de estos deberá contar con la autorización o consentimiento expreso del otro cónyuge; con esto se evitará que se dé la distracción de bienes que cuentan con vocación de ganancial.

Podemos decir que si la legislación se mantiene como está, existen algunas maneras de proteger los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, las cuales son:

Que los bienes sean puestos a nombre de ambos cónyuges; cuando un bien sea adquirido por ambos cónyuges que este se inscriba a nombre de los dos y no a nombre

de uno solo, como sucede en la mayoría de casos, previniendo con esto que uno de los cónyuges disponga del bien en perjuicio del otro.

Si se diera el caso de que el bien es adquirido con dinero de bienes no gananciales, lo recomendable es que al momento de su inscripción, se indique, ya que si no se hace, ese bien aunque haya sido adquirido con dinero proveniente de un bien no ganancial, se estaría considerando con su inscripción como ganancial.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, revistas y tesis

1. Albaladejo, Curso de Derecho Civil, t. IV, 8º Ed. Barcelona, 1997.
2. Camacho, Eva. Consideraciones Práctica y Jurisprudenciales de los artículo 40 y 41 del Código de Familia, San José. Taller Mundo Gráfico S.A., 1991.
3. Diego Benavides Santos, Disregard y su efectivización en los procesos familiares, IVSTITIA, año 20, N 229.
4. Expediente de la Asamblea Legislativa, N4304. Departamento de Archivo. Tomo 6 folios 30-31 Decreto 5476, del 7 de diciembre de 1973, La Gaceta Nº 24 del 2 de febrero de 1974.
5. Francisco Javier Gardezabal del Río, La sociedad de gananciales, volumen 4. página 43.
6. Gastón Certad Maroto, De los Títulos Valores y de los Títulos Cambiarios en General. Revista Judicial, Costa, Año 2, Nº 5, Setiembre 1977.

7. Jinesta Lobo, Ernesto. La simulación en el Derecho Privado, Costa Rica. Imprenta y litografía Mundo Gráfico. 1990.
8. María Salomé Murillo González, El Levantamiento del Velo Societario a Favor de la Protección de los Bienes Gananciales, Tesis UCR, Facultad de Derecho, junio 2003.
9. Marienhoff, Miguel. "Dominio Publico". Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1955.
10. Navarro Blanco Dunia, La simulación en el régimen de bienes gananciales a la luz de la jurisprudencia costarricense. Trabajo Final de Graduación. 1999.
11. O'callaghan, Xavier, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, 5° Edición, Editorial Edersa, 2000.
12. Odio Benito, Elizabeth, "Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una Reforma". Revista Justicia de Costa Rica, Año IX N°33, junio 1985, pág 66.
13. Raúl Tierra, Sociedad Conyugal, Bienes de Dudosa Ganancialidad, 1 Edición, editorial Juris, 2005, pág. 30.
14. Silva Ruiz Pedro. Régimen Patrimonial del Matrimonio en el derecho Puertorriqueño, Revista Judicial, San José, N°26, setiembre 1983.
15. Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, 5° edición, Editorial Juricentro, 1999, San José; Costa Rica.
16. Vargas Fernández, Eladio. Comentario al Código de Familia. Revista de Ciencias Jurídicas, número 23. Editorial Colegio de Abogados. 1975.
17. Vargas Soto, Francisco. Manual de Derecho Sucesorio, Volumen I, San José. Editorial. Universidad San José, 1991.
18. Vidal Taquini, Carlos. Regímenes de Bienes en el matrimonio. Editorial Astrea, Edición 3°, Buenos Aires, 1990.
19. Código de Familia Costarricense.
20. Código Civil Español.
21. Código Civil Argentino.

Páginas de Internet

1. www.iabogados.com
2. www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.sthm/#matri

3. <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>
4. <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Aspectos%20Generales%20de%20los%20T%C3%ADtulos%20Valores.doc>. **Aspectos Generales de los Títulos Valores. Por Anayansy Rojas Chan.**

Resoluciones

1. Cámara Nacional de Apelaciones de España en lo Civil, trece de marzo de mil novecientos
2. Cendoj: 28079110012007100396, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 1, N° de Recurso: 1555/2000, Procedimiento: CIVIL, Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA Tipo de Resolución: Sentencia.
3. Id Cendoj: 28079110002003101697 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 0, N° de Recurso: 3896/1997, N° de Resolución: 963/2003, Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN, Ponente: LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Tipo de Resolución: Sentencia.
4. No. 654-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de abril del dos mil cuatro.
5. Res: 2005-00364 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del trece de mayo del año dos mil cinco.
6. Res: 2005-01010 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del dos de diciembre del dos mil cinco.
7. Res: 2005-01010 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del dos de diciembre del dos mil cinco.
8. Resolución N° 115 del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de España
9. Resolución N°: 251 del 15/04/1998 14h 50m Tribunal de Familia, Primer Circuito, San José.
10. Resolución N°: 574 del 09/06/1999 08h 30m Tribunal de Familia, Primer Circuito, San José.
11. Resolución N°337/2001 del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil Española

12. Sala Segunda de la Corte resolución número 2007- 634
13. de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de noviembre del dos mil siete.
14. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , Sentencia número 82 de las quince horas veinte minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y siete.
15. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 156 San José, a las nueve horas del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.
16. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 298-98 San José, a las diez horas diez minutos del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.
17. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 169 San José, a las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.
18. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 116 San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.
19. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 116 San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.
20. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 116 San José, a las nueve horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco.
21. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 169 de las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.
22. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 266 San José, a las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres.
23. Sentencia 169 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cinco.
24. Sentencia 174 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete.

25. Sentencia 217 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y dos.
26. Sentencia 293 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas diez minutos del diecinueve de junio del dos mil tres.
27. Sentencia 298 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas diez minutos del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.
28. Sentencia 389 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 625 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas diez minutos del diecinueve de octubre del dos mil uno.
29. Sentencia 754 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veinte minutos catorce de diciembre del dos mil uno.
30. Sentencia de Audiencia Provincial - Madrid, Sección 22ª nº 670/2006, de 13 de noviembre de 2006.
31. Sentencia de Audiencia Provincial - Madrid, Sección 24ª nº 37/2007, de 11 de enero de 2007.
32. Sentencia de Audiencia Provincial - Palencia nº 117/2000, de 20 de marzo de 2000.
33. Sentencia de Audiencia Provincial - Pontevedra, Sección 5ª nº 373/2003, de 26 de mayo de 2003.
34. Sentencia de Audiencia Provincial - Sevilla, Sección 2ª nº 261/2004, de 08 de junio de 2004.
35. Sentencia de la Sala Cuarta Cuarta. Camara en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial.
36. Sentencia de Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil nº 523/2004, de 10 de junio de 2004.
37. Sentencia Nº 266 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y tres.
38. Sentencia Nº 558 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del doce de setiembre del dos mil uno.
39. Sentencia Nº 950 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del año

dos mil.

40. Sentencia: 00169 Expediente: 95-000169-0005-FA Fecha: 31/05/1995 Hora: 9:30:00 AM Emitido por: Sala Segunda de la Corte.
41. Tribunal Superior de Familia de San José, resolución número 637 de las 10:30 hrs. del 12 de agosto de 1998.
42. Tribunal de Familia resolución número 181 de las nueve horas veinte minutos del quince de febrero del dos mil cinco.
43. Tribunal de Familia resolución número 181 de las nueve horas veinte minutos del quince de febrero del dos mil cinco.
44. Tribunal de Familia Sentencia: 00255 del 19 de febrero del 2004.
45. Tribunal de Familia Voto No.674-05 de las ocho horas del seis de junio de noviembre del dos mil cinco.
46. Tribunal Superior Segundo Civil, resolución 660 del 13 de diciembre de 1991.
47. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A(CNCiv)(SalaA), fecha veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.
48. Voto 2087-04 TRIBUNAL DE FAMILIA , San José, a las nueve horas con cinco minutos del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro.
49. Voto 289 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas cuarenta minutos del veinte de febrero del dos mil cuatro.
50. Voto 298-98 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
51. VOTO N° 1933-05 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las trece horas veinte minutos del quince de diciembre del dos mil cinco.
52. VOTO N° 1933-05 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las trece horas veinte minutos del quince de diciembre del dos mil cinco.
53. VOTO N°1997-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas del dieciséis de noviembre del dos mil cuatro.
54. VOTO N°289-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas cuarenta minutos del veinte de febrero del dos mil cuatro.
55. VOTO N° 478-06 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas diez minutos del veintiséis de abril del dos mil seis.
56. Voto No. 319-04 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las once horas cuarenta minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.
57. Voto No. 421-06 RIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las ocho horas del seis de abril del dos mil seis.

- 58.VOTO No. 1566-05 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas treinta minutos del doce de octubre del año dos mil cinco.
- 59.Voto No. 203-07 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las diez horas diez minutos del seis de febrero del dos mil siete.
- 60.VOTO NO. 2087-04 TRIBUNAL DE FAMILIA , San José, a las nueve horas con cinco minutos del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro.
- 61.VOTO NO. 218-04 TRIBUNAL DE FAMILIA , San José, a las ocho horas con treinta minutos del doce de febrero del dos mil cuatro.
- 62.VOTO NO. 2204-04 TRIBUNAL DE FAMILIA, San José, a las ocho horas con treinta minutos del catorce de diciembre del dos mil cuatro.
- 63.Voto No. 255-03 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las once horas cuarenta minutos del diecinueve de febrero del año dos mil tres.
- 64.VOTO No. 274-06 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas cuarenta minutos del nueve de marzo del año dos mil seis.
- 65.Voto No. 561-07 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las nueve horas veinte minutos del veinticuatro de abril del dos mil siete.
- 66.VOTO No. 885-07 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas diez minutos del veintinueve de junio del dos mil siete.
- 67.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.
- 68.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.
- 69.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.
- 70.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.
- 71.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA.
- 72.VOTO No.674-05 TRIBUNAL DE FAMILIA..
- 73.VOTO No.761-02 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil tres.
- 74.VOTO No.761-02 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil tres.
75. VOTO No.761-02 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil tres:
- 76.VOTO No.761-02 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las ocho horas del treinta de mayo del dos mil tres. En este mismo sentido ver Voto No. 1615-03 del TRIBUNAL DE FAMILIA de las quince horas treinta minutos del doce de noviembre del dos mil tres.

77.VOTO No.922-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las diez horas cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro.