

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: REGÍMENES PATRIMONIALES DENTRO DEL MATRIMONIO

RESUMEN: En el desarrollo del presente informe investigativo se aborda el tema de los distintos regímenes patrimoniales existentes, en torno al vínculo matrimonial. De esta forma, se analiza la naturaleza jurídica del régimen patrimonial, sus generalidades, la protección al patrimonio individual de los cónyuges, así como una clasificación sobre los distintos regímenes matrimoniales en el derecho comparado. Posteriormente se examina el régimen de participación diferida sobre los bienes gananciales, que es el que prima en nuestra legislación de familia, para por último incorporar la normativa y jurisprudencia relacionada, donde se abordan múltiples aristas del régimen patrimonial matrimonial costarricense.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Naturaleza Jurídica del Régimen Patrimonial del Matrimonio.....	2
b. Generalidades del Régimen Patrimonial del Matrimonio.....	3
c. La Protección del Patrimonio Individual de los Cónyuges.....	4
d. Clasificación de los Regímenes Matrimoniales.....	6
i. Régimen de Comunidad de Bienes.....	6
ii. Régimen de Comunidad Universal.....	6
iii. Régimen de Comunidad Restringida.....	6
iv. Régimen de Separación de Bienes.....	7
v. Régimen de la Simple Unión.....	7
e. La Participación Diferida en los Gananciales en el Sistema Costarricense.....	9
i. Administración de los Bienes durante el Matrimonio.....	9
ii. Liquidación del Régimen.....	11

2. Normativa.....	13
a. Código de Familia.....	13
3. Jurisprudencia.....	15
a. Alcances del Régimen Matrimonial Patrimonial Primario.....	15
b. Análisis del Régimen Legal de Participación Diferida.....	21
c. Análisis Normativo, Características y Fundamento del Régimen Patrimonial Familiar.....	22
d. Análisis con Respecto al Régimen de Participación Diferida y la Necesaria Constatación al Momento de la Declaratoria del Derecho.....	24

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Naturaleza Jurídica del Régimen Patrimonial del Matrimonio

[SILVA-RUIZ, Pedro F.]¹

"2. En el Código Civil de Puerto Rico se destaca el aspecto contractual del régimen patrimonial del matrimonio. Así, como parte del Libro Cuarto (De las obligaciones y contratos), el Título III regula el "contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio" (3).

3. Pero esta configuración legal ha sido criticada por nuestra doctrina que atribuye un carácter preferentemente institucional a dicho régimen (4). Pueden aducirse las siguientes razones para fundamentar esa censura: (i) rompe la unidad de la doctrina al disgregarse las instituciones relativas al derecho matrimonial; (ii) las relaciones económicas del matrimonio pueden existir sin necesidad de contrato y (iii) aún las capitulaciones matrimoniales tienen un aspecto contractual muy limitado, ya que aún las obligaciones que pueden contener son consecuencia de un orden general de derecho que se ha preestablecido para el régimen matrimonial.

4. En análogo sentido se ha manifestado la doctrina española. Para Gastan, la naturaleza del régimen económico matrimonial "es más que contractual, institucional. Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella".

5. El Código Civil consagra el sistema de libertad de pacto. Pero de modo supletorio, para el caso de falta de pacto, establece el de comunidad de adquisición a título oneroso que, como señalamos anteriormente, denomina sociedad legal de gananciales. Dispone la ley:

"Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este título".

Y el régimen legal supletorio se establece inmediatamente en el apartado o párrafo que sigue al anterior:

"A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".

b. Generalidades del Régimen Patrimonial del Matrimonio

[GONZÁLEZ ÁVILA, Juan Diego y GUTIÉRREZ AIZA, Randall]²

"La celebración del matrimonio da origen a diversas situaciones de carácter patrimonial, que giran en torno a los bienes introducidos o adquiridos en la esfera de la vida conyugal.

Como efecto directo de ello, surge el llamado régimen económico matrimonial o régimen patrimonial del matrimonio, que es un sistema jurídico, cuyo fin es la organización de las relaciones de los cónyuges respecto de sus bienes.

Para Odio Benito, régimen patrimonial del matrimonio, es : "... el conjunto de reglas que prolongan en el orden de los bienes y de las actitudes patrimoniales de los cónyuges, los lazos específicos que la institución del matrimonio establece entre los mismos". Más propiamente es: "...el estatuto matrimonial de los esposos, y el régimen de sus actividades económicas".

No debemos confundir este instituto, con el régimen legal familiar o régimen patrimonial de la familia, en este último, la regulación es más amplia, ya que abarca relaciones patrimoniales de los cónyuges y de otros miembros del grupo familiar.

El régimen patrimonial del matrimonio puede ser de carácter legal, cuando deriva de la voluntad del legislador a través de una imposición legal o de carácter convencional, cuando el sistema regulador nace en virtud de un acuerdo de voluntades de los cónyuges.

Este es el caso del llamado contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales.

Para Gerardo Trejos, los aspectos básicos que debe regular, el régimen patrimonial, son los siguientes:

- "a. Derecho de propiedad sobre los bienes de los cónyuges.
- b. Facultades de disposición y administración de los bienes (poderes y capacitación de los cónyuges).
- c. Extinción del régimen y su liquidación."

La doctrina, ha elaborado una clasificación en torno a los regímenes matrimoniales agrupándolos en tres tipos: régimen de separación, régimen de comunidad, y un régimen mixto o de participación.

En el régimen de separación los cónyuges conservan la propiedad, administración y goce de sus bienes. Crean una total independencia patrimonial entre ambos; y cada uno es responsable de las deudas que contraigan.

El régimen de comunidad o también llamado régimen matrimonial de

sociedad conyugal, tiene como característica principal, la creación de una masa común de bienes que pertenece a ambos cónyuges y que al disolverse el régimen, se distribuyen por partes iguales entre ambos o sus herederos.

Finalmente el régimen de participación es un régimen mixto que reúne las ventajas de los dos regímenes anteriores.

Según Gerardo Trejos el régimen de participación funciona durante el matrimonio como el régimen de separación; pero se liquida, como el régimen de comunidad.

"Vigente el vínculo rige la separación, en cuanto a la propiedad y la administración, pero al disolverse, o antes, en algunas legislaciones, se procede a la división de los bienes, liquidándose la sociedad conforme al sistema de comunidad"

Este último régimen, el de participación, presenta tres variantes, atendiendo a la extensión de la masa de bienes que entran a formar parte en la distribución final; así podemos distinguir: la participación en los gananciales, la participación en muebles y gananciales y la participación universal.

La modalidad de participación en los gananciales es el sistema legal patrimonial aplicable en Costa Rica, regulado en el Capítulo VI del Código de Familia Costarricense.

A través de este sistema se logra una mayor igualdad e independencia entre los cónyuges, en lo que concierne a sus facultades de disposición y administración de bienes.

Se asegura la participación igualitaria de la mujer de los gananciales de su esposo, pues se compensa su trabajo, como aporte común, aun cuando fuere trabajo doméstico no remunerado.

Finalmente, autores como Gerardo Trejos, consideran que su procedimiento limita más equitativamente la masa de bienes comunes o sociedad conyugal los cuales son el objetivo principal de regulación jurídica, por parte de los diferentes Regímenes patrimoniales."

c. La Protección del Patrimonio Individual de los Cónyuges

[BAUDRIT CARRILLO, Diego]³

"Si no hay contrato matrimonial, esto es, una convención relativa a capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges es libre de disponer de los bienes de los que aparezca como propietario. Esa es la regla sentada por el artículo 40 del Código de Familia, copiada del antiguo artículo 76 del Código Civil.

Ese principio sería razonable que se aplicara a situaciones de mero interés privado, o de sujetos involucrados en una actividad

común desligada de sus patrimonios. Tal Asería el caso, por ejemplo, de dos hombres que se encuentran cotidianamente para realizar un trabajo común en una oficina pública. Tienen alguna relación entre sí, es necesaria su colaboración para salir adelante con la tarea de la oficina, pero sus patrimonios individuales no se

confunden: lo que uno de ellos haga no tiene repercusión alguna en la esfera patrimonial del otro.

Pero ese no es el caso del matrimonio. Los cónyuges están obligados a tener una vida en común. Como consecuencia de esa vida en común, los bienes de uno y de otro de los cónyuges se mejoran o sufren menoscabo. La actividad de uno de los cónyuges no puede aislarse de la actividad del otro, tanto en su ámbito personal como en la esfera patrimonial.

Es admitido en nuestro derecho privado el principio de que quien con consentimiento del propietario coopera en aumentar el valor de un bien, adquiere derechos sobre éste, según las reglas relativas a la accesión (cf. arts. 507 y ss. del Cód. Civ.). En materia de matrimonio nuestro derecho privado se muestra resistente a aplicar ese principio de equidad: se deja en libertad al cónyuge titular de un derecho para que disponga de él durante la vigencia del matrimonio.

De esta manera el esfuerzo común que exige la ley a los cónyuges al obligarlos a una vida en común, no tiene en sus resultados protección alguna del derecho.

La libre disposición es principio que protege a quien aparece como titular de un derecho entre los cónyuges. Pero no puede considerarse una simple protección, es un privilegio otorgado sin fundamento alguno.

Si hay comunidad de vida, pareciera elemental que los bienes adquiridos durante la vida en común sean igualmente comunes.² Ahora bien, como la cuestión se refiere a intereses meramente patrimoniales, que son de índole privada, una convención que garantizara la igualdad de los esposos (como pretende serlo la de capitulaciones matrimoniales), podría derogar esa presunción de comunidad.

Por otra parte, como en nuestro derecho hay libre disponibilidad de los bienes de los cónyuges, las deudas que contraigan individualmente para atender a las obligaciones derivadas del matrimonio, no tendrán repercusión más que en el patrimonio del esposo deudor. Es decir, que si el marido contrae deudas para atender las obligaciones conyugales, los créditos se cobrarán únicamente sobre el patrimonio de éste.

Libertad de disposición, separación absoluta de derechos y obligaciones, tal es el régimen legal básico de las relaciones patrimoniales del matrimonio en Costa Rica. El resultado es la constitución de privilegios injustos para quien aparece como titular de los derechos y de cargas excesivas para quien aparece como deudor de las obligaciones necesarias para la comunidad de vida. Una ambigüedad tal se refleja en los efectos que tiene tal régimen con respecto de terceros.”

d. Clasificación de los Regímenes Matrimoniales

[LEDERMAN APOZDAVA, Evelyn]⁴

i. Régimen de Comunidad de Bienes

“Proviene de las antiguas costumbres germánicas que le concedieron a la cónyuge supérstite derechos sobre los bienes sucesorales provenientes de su cónyuge; sobre los bienes propios del marido se les reconocía usufructo, mientras que sobre las ganancias podía disponer del título de propietaria. Este sistema fue evolucionando hasta el régimen matrimonial de comunidad de bienes entre los esposos, caracterizado por el amplio poder del esposo en cuanto a la administración de los bienes que integran la comunidad, la injerencia de la esposa es muy poca ya que se le ve como incapaz relativamente, así que el marido responde ante terceros.”

ii. Régimen de Comunidad Universal

“El matrimonio hace que entre los cónyuges se llegue a formar un solo cuerpo, una sola alma, un solo patrimonio. Se dio en países como Portugal, Brasil, Guatemala y Paraguay, supone que por el hecho del matrimonio surge una comunidad formada por todos los bienes que los cónyuges lleven a él, la administración de los bienes está a cargo del marido porque la mujer se vuelve incapaz por el hecho del matrimonio, incapacidad que termina si este se disuelve.

Disuelta la comunidad, la masa social se divide en partes iguales, y crea así un empobrecimiento a un cónyuge que hubiera aportado más, causando muchos matrimonios por interés y además marginando a la mujer.”

iii. Régimen de Comunidad Restringida

“Se adoptó en el Código de Napoleón. Se usó en Europa occidental en el S. XVIII y comienzos del XIX, y en la mayoría de los países latinoamericanos.

Se forma una masa común restringida a los bienes que determine la ley respectiva. Se daba también la incapacidad de la mujer casada y su representación a cargo del marido.

El hecho del matrimonio daba origen a tres categorías de masas de bienes: Los de la comunidad social, los del esposo, los bienes propios de la esposa."

iv. Régimen de Separación de Bienes

"Obedece a una concepción jurídica opuesta a la del régimen de la comunidad; se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de cualquier comunidad o masa común de bienes entre los esposos. Se concede plena capacidad a la mujer, cada cónyuge es responsable ante terceros y están obligados a contribuir a las cargas del hogar según sea su capacidad económica y a la crianza y educación de los hijos comunes.

Este régimen puede originarse en la ley o una convención, surge en el primer caso con el solo hecho del matrimonio y es obligatorio para todos. En el segundo, es opcional y accesorio. Es común en Suecia, Estados Unidos, países nórdicos, en Inglaterra, Alemania Federal y Europa central."

v. Régimen de la Simple Unión

"Acogido legislativamente en algunos lugares como Suiza y Alemania. Características:

1. Es un régimen de bienes, intermedio entre la comunidad y separación; se parte de un supuesto perfectamente definido: los patrimonios de los esposos permanecen separados. No obstante, con respecto a los bienes de la esposa se opera una división en bienes aportados y bienes reservados.

2. El patrimonio del marido, que por el hecho del matrimonio no se afecta, es administrado libremente por él; en razón de esto, goza de su libre disposición y disfrute.

3. La esposa, con respecto a los bienes aportados, conserva la nuda propiedad, y le transmite al marido el usufructo, cuyo producido debe destinarse para atender necesidades domésticas y de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. El esposo no puede disponer de los bienes aportados sin el consentimiento de su esposa, pues esta es, en últimas, la propietaria; el esposo es, además, responsable por la mengua que sufran los bienes aportados por su esposa, por hecho debido a su culpa o dolo.

4. El marido tiene la libre administración de los bienes aportados por su esposa, pero carece de la facultad de disposición, por cuanto le está reservada a la esposa.

5. Los productos de los bienes aportados, ingresan al patrimonio del marido como consecuencia del usufructo que ejerce sobre ellos. Por el contrario, los frutos provenientes de los bienes reservados por la esposa acrecen el patrimonio propio por virtud de esa accesión.

6. Los bienes reservados. Que lo son por ley o por negocio jurídico- están sujetos a la libre administración de la esposa, así como a su disfrute.

Dentro de esta categoría de bienes se encuentran los de uso personal, las ganancias provenientes del trabajo personal o del ejercicio de una profesión liberal, y los que adquiere mediante la explotación de un negocio con independencia de su marido.

Por negocio jurídico, son bienes reservados aquellos que se sustraen del usufructo del marido mediante capitulaciones matrimoniales o que han sido debidamente subrogados, como también adquiridos por la esposa a título gratuito.

7. El pasivo se mantiene separado: cada cónyuge conserva plena capacidad y, por consiguiente, la facultad de obligarse con independencia de otro, sometiéndose en todo ello al derecho común.

8. El principio de la separación es aplicable también a los bienes adquiridos después del matrimonio.

9. Al terminar el régimen de simple unión por cualquier causa, el esposo continúa siendo el titular de los bienes que figuran a su haber. Lo mismo ocurre con la esposa, quien mantiene sus bienes reservados pero consolida la propiedad plena sobre los bienes aportados y sobre los cuales el marido había adquirido el usufructo al contraer matrimonio.

10. Régimen dotal. Deriva su nombre de la palabra dote, que consistía en que la esposa o un miembro de su familia entregaba al marido para la atención de sus necesidades domésticas. Tiene su origen en el derecho romano, dividía los bienes en dótiles que pasaban a la administración del marido y parafernales, sobre los que disponía la mujer.

La dote apareció porque al comienzo, como ya había comentado anteriormente, la mujer al casarse pasaba a formar parte de la familia de su marido y no heredaba de su paterfamilias, así que la dote corregía esto. Tanto si el matrimonio iba acompañado del manus como si no, los bienes se consideraban propiedad del marido, cuando empezaron a haber numerosos divorcios, el marido prometía al constituyente, mediante convención estipulatoria, la restitución de la dote, para el caso en que se disolviera el matrimonio. De tal promesa nacía la actio ex stipulato, luego nace una actio rei uxoriae, por la cual la mujer, si acaecía divorcio podía exigir judicialmente su restitución, y el marido se ve reducido a usufructuario de los bienes dótiles.

El régimen total ha desaparecido en las legislaciones modernas, porque no era práctico y por la inferioridad que representaba para la mujer.

11. Régimen de la participación de gananciales. Según Somarriva: "El régimen de participación de los gananciales es aquel que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra los bienes que poseía al contraerlo y los que después adquiriera; pero

disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y por otro pasan a constituir una masa común para su efecto de su liquidación y división entre ellos. (Es el que tenemos hoy en día)."

e. La Participación Diferida en los Gananciales en el Sistema Costarricense

[TREJOS, Gerardo]⁵

i. Administración de los Bienes durante el Matrimonio

"a) Cargos del hogar. Como observa Carbonnier, Por-talis apuntaba que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para ayudarse mutuamente a sobrellevar las cargas de la vida. De esta unión arrancan todas las consecuencias implícitas en la existencia de los regímenes matrimoniales que no son otra cosa que la puesta en práctica del deber de recíproco auxilio. Se trata de un deber que vincule a cada uno de los cónyuges en provecho del otro.

El Código de Familia dispone que el marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia, estando la mujer solidariamente obligada en forma proporcional, cuando tuviere recursos propios.

El incumplimiento de este deber por parte de cualquiera de los cónyuges, faculta al otro para pedir la separación judicial.

Si bien esta solidaridad de los esposos es clara en cuanto se refiere a alimentos recíprocos y para la prole, no sucede lo mismo tratándose de otros gastos propios del hogar, como servicios o adquisición de muebles y otros enseres, como veremos adelante al tratar de las deudas de los cónyuges.

b) Libertad de disposición de los bienes. En razón de la separación de bienes existente durante el matrimonio "cada cónyuge dispone libremente de los que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros" (art. 40 CF). No existe en nuestra legislación ninguna limitación expresa a la libertad de disposición y administración de los bienes de cada cónyuge durante el matrimonio. Ello ha dado lugar a que en la práctica la participación diferida en los gananciales ha venido a ser un derecho constantemente burlado, ya que los cónyuges propietarios de bienes que habrían de reputarse gananciales (o con "vocación" de gananciales podríamos decir) disponen muchas veces de ellos con perjuicio directo del otro cónyuge, que ve desvanecerse así su derecho de participación en esos bienes.

Es importante destacar aquí que el Proyecto de Código de Familia incluía un artículo de gran importancia relativo a la imposibilidad de enajenar o gravar bienes que hubieren de

considerarse comunes, sin el consentimiento del otro cónyuge, norma que fue suprimida al emitirse el Código.

La disposición proyectada pretendía implantar, no hay duda, una especie de comunidad restringida de bienes gananciales, pues si bien no privaba al cónyuge propietario de su derecho de propiedad exclusivo, ni le mermaba poderes de administración sobre los bienes propios, sí venía a imponer límites a esa libertad de actuación con relación a los bienes gananciales, en resguardo de los derechos del otro cónyuge. Pero, como dijimos, esa norma no llegó a tener vigencia.

Existen no obstante, dos limitaciones indirectas o tácitas que impone la ley.

Una de ellas es la necesaria legalidad que deben tener los actos de disposición de estos bienes, pues su finalidad debe ser aumentar el patrimonio, actuando el cónyuge de buena fe, ya que la libertad que otorga el artículo 40 del Código de Familia no podría justificar los actos simulados hechos en perjuicio del otro.

El cónyuge que fuese burlado en sus derechos por actos de mala fe del consorte tendría a mano la acción de simulación para intentar su nulidad, la cual incluso podría tramitarse acumulada con la acción de divorcio o separación, a fin de que se resuelva sobre los bienes en el mismo juicio.

Con un criterio amplio, los Tribunales han acogido recientemente algunas acciones de este tipo tendientes a decretar la nulidad de actos simulados que han perjudicado directamente al cónyuge al privársele de sus gananciales, con lo que encuentran así mayor protección los derechos patrimoniales derivados del matrimonio. La jurisprudencia ha llegado a afirmar incluso que la separación de bienes tiene plena vigencia cuando el matrimonio está en armonía, mas no cuando se vislumbra su disolución, caso en el cual la libre disposición de los bienes no es absoluta. Un caso de interés en este aspecto, es el que versó sobre gananciales constituidos por un capital en dinero y otros valores colocados en sociedades, capital que fue formado en el matrimonio de las partes. Aquí la demanda, tendiente al reconocimiento de una suma de dinero en concepto de gananciales, fue acogida porque, aun cuando no se discutía la validez de los actos, lo cierto es que se comprobó que el demandado trató de burlar los derechos de su cónyuge empleando el capital ganado en distintas formas de sociedades mercantiles, cuyos socios eran generalmente sus familiares e incluso la mujer con que estableció la relación concubinaria que causó el divorcio.

Otra limitación a la libre disposición de bienes lo constituye la facultad otorgada a cualquiera de los cónyuges de solicitar la liquidación anticipada de los gananciales, en caso de mala gestión

del otro que comprometa sus intereses o en presencia de actos que amenacen burlarlos, lo que en forma indirecta impuso también a los cónyuges la obligación de actuar de buena fe en sus negocios, con respeto al derecho eventual del otro sobre los bienes.

c) Deudas de los cónyuges. Nuestra legislación de familia no dispone nada respecto a las deudas de los esposos, ya sea durante la vigencia del vínculo matrimonial o después de su disolución."

ii. Liquidación del Régimen

"Al sobrevenir la disolución del vínculo matrimonial, se procede a la liquidación conforme a las normas de la comunidad, sea repartiendo por mitades las "ganancias de la sociedad", o más propiamente el valor neto de los bienes gananciales que se constaten en el patrimonio de los cónyuges.

La liquidación puede tener lugar por distintas causas: por muerte de uno de los esposos, por separación o divorcio, en caso de que el matrimonio sea declarado nulo, al otorgarse capitulaciones matrimoniales, o por mala gestión de los bienes por parte del propietario en perjuicio del consorte (liquidación anticipada).

Existen además otras causas implícitas de liquidación que resultan de algunas situaciones contempladas en el Código, como son la declaratoria de ausencia, la interdicción declarada y la prisión de uno de los cónyuges; todos estos hechos en el tanto en que constituyen a su vez causales de divorcio o separación.

La presunción de muerte que regula el artículo 60 del Código Civil, daría lugar también a la liquidación por cuanto produce los mismos efectos que la muerte efectiva.

a) Liquidación anticipada. Este es un caso excepcional de liquidación que se efectúa estando vigente el vínculo matrimonial y que se ha establecido en resguardo del cónyuge que se ve o puede verse perjudicado en sus intereses por la mala gestión del otro. Fue introducido por Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976. Quien se crea afectado debe solicitarla ante el Tribunal de Familia y éste la decretará si hubiere prueba suficiente del perjuicio causado o del posible fraude en contra del interesado. En nuestro criterio esta figura es utilizable independientemente de que exista planteada una acción de divorcio o separación, pues aquí los intereses del cónyuge se protegen con la anotación de la demanda en los registros respectivos o con los medios supletorios que por jurisprudencia se han establecido en los casos de bienes no registrables. La liquidación anticipada procedería así cuando, sin existir interés de parte del cónyuge en la separación o el divorcio, sí se hace necesaria la distribución de los bienes por la mala administración del cónyuge propietario, lo que bien puede

ocurrir si existe separación de hecho. Puede tramitarse también por vía incidental dentro del juicio de divorcio o separación, y tal incidente puede anotarse al margen de las inscripciones de bienes que afecte, pues "es un asunto que atañe al importante aspecto de los bienes familiares cuya liquidación debe ser decidida en sentencia", según han considerado los tribunales.

Decíamos atrás que esta posibilidad de liquidación anticipada del régimen impone a los cónyuges tácitamente una obligación de actuar de buena fe, lo cual redundaría en una mayor protección del derecho eventual de cada uno de ellos sobre los bienes gananciales. Pero, aunque esta norma impone un deber de diligencia en la administración de los bienes durante el matrimonio, no obstante la separación de bienes y la libertad de contratación que establece el artículo 40 CF, no constituye una garantía suficiente para el resguardo del derecho de los cónyuges, pues aun cuando evidentemente viene a constituir una limitación a lo dispuesto en este artículo, esa limitación es muy indefinida, ya que no se dictaron normas concretas reguladoras de las facultades de disposición de los cónyuges.

De este modo, la consideración en cada caso, de qué actos perjudican o pueden perjudicar al cónyuge que solicita la división anticipada se deja fundada en aspectos puramente probatorios, y en mucho, sujeto al criterio del juzgador.

Por otra parte la liquidación anticipada supone en nuestro derecho una conducta continuada del consorte que pueda calificarse de "mala gestión", lo cual implicaría hechos consumados, de donde la figura resultaría inoperante si se tratara de un solo bien ganancial. En cuanto a la posibilidad de solicitarla cuando algún acto del cónyuge "amenace violar los derechos del otro" se presenta el problema de que estos hechos son sumamente difíciles de probar, dado que por lo general los actos fraudulentos se realizan en forma oculta.

b) Liquidación con ocasión de divorcio o separación. Tanto para el caso del divorcio como para la separación, es procedente la liquidación de los bienes gananciales. En este aspecto importa considerar algunos puntos:

b.1) la pérdida del derecho a gananciales por parte del cónyuge culpable del divorcio o la separación.

b.2) el momento a partir del cual surge el derecho de cada cónyuge sobre los bienes del otro-en el porcentaje legal.

b.3) la trascendencia de la reconciliación sobre los aspectos patrimoniales del convenio que se hubiere celebrado, en caso de divorcio o de la separación por mutuo acuerdo, o sobre el pronunciamiento dictado, en los casos contenciosos."

2. Normativa

a. Código de Familia⁶

Artículo 37.-

Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.

Artículo 38.-

El menor hábil para casarse puede celebrar capitulaciones matrimoniales. La escritura será otorgada por su representante, mediando autorización motivada del Tribunal.

Artículo 39.-

Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal.

El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Artículo 40.-

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.

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 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.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo induditable, 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 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.

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997. LG# 172 de 8 de setiembre de 1997.

NOTA: En el momento de entrar en vigencia la presente reforma, los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se hubiere dictado sentencia en primera instancia, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones.

Artículo 42.- (*)

(Afectación del inmueble familiar, privilegios). El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviese ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos

cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990.

Artículo 43.- (*)

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

Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990.

3. Jurisprudencia

a. Alcances del Régimen Matrimonial Patrimonial Primario

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁷

"IV.- SOBRE EL MENAJE DE CASA: Cabanellas define el menaje como los "muebles y enseres de una casa". En otros derechos como el español se le da otro nombre como el de "ajuar" definido por el mismo autor Cabanellas como "conjunto de muebles y enseres de uso común de la casa". Por ejemplo los artículos 984 del Código Civil y el 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica se refieren al menaje de casa. El 984 del Código Civil en lo que interesa señala: "... ARTÍCULO 984.- No pueden perseguirse, por ningún acreedor, y en consecuencia no podrán ser embargados ni secuestrados en forma alguna: (...). 3) El menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesarios para uso personal de él, de su cónyuge y de los hijos dependientes que con él vivan ..." . Y el 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica sobre el menaje de casa dispone: "ARTICULO 3.- Medidas de protección. Cuando se trate de situaciones de violencia doméstica, la autoridad competente podrá acordar cualesquiera de las siguientes medidas de protección: (...) n) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional, en particular el menaje de casa u otros que le sirvan como medio de trabajo a la persona agredida. ñ)

Otorgar el uso exclusivo, por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparado al régimen de patrimonio (...)" Sobre estos bienes muebles y enseres de la casa es que trata uno de los puntos de la apelación. No obstante es importante, explicar en forma general el sistema matrimonial patrimonial de Costa Rica, en el que vamos a notar que se toma en cuenta los derechos de los adultos, más se invisibilizan los derechos de los hijos. V.- SOBRE NUESTRO REGIMEN PATRIMONIAL: Nuestro régimen patrimonial matrimonial, siempre ha llamado la atención en el derecho comparado, y es citado en la doctrina, como el primer país que normativizó un régimen de participación , es decir mixto que combina características del régimen de comunidad y el de separación. Se ha denominado diferido , puesto que la participación surge al momento de producirse el divorcio, la muerte, la separación judicial, la nulidad de matrimonio para el cónyuge que ha obrado de buena fe, cuando se otorgan capitulaciones y no se ha dispuesto sobre bienes presentes o pasados, y con la liquidación anticipada de gananciales. Diferir significa, suspender, aplazar o dilatar la ejecución de algo. En nuestro caso el derecho de gananciales nace con esos supuestos que se han dicho. Se ha reconocido que fue alguno de los derechos de Europa oriental que surgió por costumbre un sistema de estos, pero que fue el de nuestro país el primero que lo consagró en ley. Por ejemplo los autores Imre Zatjay de la Universidad de París y Eduardo Vaz, de la Universidad de Montevideo hicieron en 1950 un estudio de derecho comparado denominado "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación" y el mismo comienza con las siguientes frases: "...Desde hace algunos años empezó a llamar la atención de los juristas un régimen matrimonial que comenzó a expandirse en el mundo a partir de su adopción por la ley sueca de 1920 y que va ganando cada vez más terreno sobre los regímenes tradicionales...Se puede caracterizar en síntesis este régimen diciendo que, en regla general, funciona como el de separación y se liquida como el de comunidad. Y no es en realidad un régimen nuevo: surgió hace siglos en el derecho consuetudinario de Hungría como régimen de derecho común de ciertas clases sociales y es también desde hace más de medio siglo el régimen legal del Código Civil de Costa Rica. Posteriormente se extendió en Escandinavia y en algunos países de América Latina..." (Zatjay, Imre-Vaz Ferreira, Eduardo: Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación, Montevideo, 1950, pp. 3 y 4) . Carlos Vidal Taquini también explica que: "...El Código Civil costarricense, que entró en vigor el 1º de enero de 1888, es el primero código que adopta el régimen patrimonial matrimonial llamado de participación en los gananciales..." Agrega que con el Código de Familia "...El régimen sigue siendo el de participación

en los adquiridos..." (pp. 158-159) . Este autor ya había explicado que el sistema se había originado en el sistema costumbrista húngaro, señala que el Código polaco de 1825 fue el primero en regularlo como régimen convencional, pero que es el nuestro el primero que lo regula como régimen legal supletorio: "...Pero ya en 1888, Costa Rica había sancionado su código, que fue el primero en el mundo que lo consagró en los arts. 76 y 77 como régimen legal supletorio. Durante el matrimonio: separación de bienes; a la disolución: partición de gananciales..." (pp. 21 y 22) (Vidal Taquini, Carlos H: Régimen de bienes en el matrimonio, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978) . Pero también ha de puntualizarse que nuestro sistema principal es el de las capitulaciones matrimoniales, que se trata de un contrato realizado por los cónyuges o bien por los futuros cónyuges respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio. Es decir, nuestra primera opción es el sistema convencional. Existen requisitos formales para esas convenciones como lo son el otorgamiento en escritura pública, y la inscripción en el Registro Público, y tratándose de modificaciones de dicho contrato inicial, ha de agregarse la publicación de un aviso. El sistema subsidiario, es decir la opción legal en ausencia de la convencional, es como ya se ha dicho el sistema de participación diferida en el valor de los bienes. Así, en nuestro sistema supletorio, el derecho a gananciales es un derecho personal a una suma de dinero, así que la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones como tales, nos da la clave. El derecho personal es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en el que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos, un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna de por medio. El derecho real puede definirse como la potestad sobre una o más cosas, constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa. Es importante puntualizar que en nuestro ordenamiento y jurisprudencia - a la luz del otrora artículo 76 y 77 del Código Civil de 1888- en algún momento se tuvo que el derecho a gananciales constituía un derecho real de copropiedad, es decir podríamos decir que se trataba de una participación en especie no como valor. Esto se dio porque el término que utilizaba la ley era que los bienes se considerarían comunes y se distribuirían por igual. Esa misma fórmula se utilizó en la versión original del Código de Familia Código de Familia, es decir en la Ley número 5476 del veintiuno de diciembre del mil novecientos setenta y tres. Pero la primera reforma que se le hizo a dicho Código, a saber la ley número 5895 del veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, introdujo la fórmula de el derecho a gananciales constituía la participación en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes con esa naturaleza que se constaten

en el patrimonio del otro cónyuge. Participar en un valor no implica copropiedad, sino la definición de una suma de dinero que ha de pagar un cónyuge al otro. El derecho a gananciales es entonces un derecho personal, a saber un cónyuge como acreedor y otro como deudor. VI.- SOBRE LA PREMISA DE LA PROTECCION DE LOS HIJOS ANTE LA DISOLUCION: Es claro que este sistema que con diferencia de matices nos rige desde 1888 claramente toma en cuenta a los miembros adultos de la pareja, es decir a los cónyuges. ¿Pero qué hay de los miembros menores de edad ante el conflicto de los adultos? ¿Se toman en cuenta ellos? ¿Y tienen alguna importancia para las personas menores de edad de la familia los bienes de la misma? Unas autora comentan lo siguiente: "...Nadie escapa al trauma de una familia que se divide -padres, hijos, abuelos y demás familiares; todos sufren consecuencias. Los niños son a menudo, el elemento olvidado del problema. Los padres tienen la sartén por el mango; tienen acceso a sus amigos, a grupos para recuperarse, grupos de apoyo, grupos religiosos, abogados y consejeros. Pero a los niños por lo general, les toca valerse por sí mismos. Para un adulto, un matrimonio -incluso con niños- puede ser un evento relativamente reciente en su vida; pero para los niños, el núcleo familiar es la totalidad de su universo conocido. Es su mundo. Contiene sus primeros recuerdos y sus más profundas emociones (Johnson, Laurence y Rosenfeld, Georglyn: Cuando papá y mamá ya no viven juntos, Norma, San José, 1997, p.3) . Sucede a menudo que los padres, en su conflicto, olvidan los derechos de sus hijos, y los someten a circunstancias crueles y muchas de ellas relacionadas con cambios de entorno y de nivel de vida. Como dice el anterior párrafo, esas personas menores de edad, son olvidadas o desconsideradas por los adultos que son responsables de ellos, durante el conflicto con su pareja. Pero de acuerdo con nuestra legislación de rango superior, nunca pueden ser los niños y adolescentes el elemento olvidado del problema. Por ejemplo el artículo 17 párrafo cuatro in fine de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de naturaleza auto ejecutiva, señala: "...En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos..." En cuanto a la autoejecutividad de los instrumentos internacionales se ha dicho que: " II.- De conformidad con la doctrina derivada del artículo 7º de nuestra Constitución, los tratados o Convenios Internacionales, como fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, ocupan una posición preponderante a la de la ley común. Ello implica que, ante la norma de un tratado o convenio,

-denominación que para efectos del derecho internacional es equivalente- cede la norma interna de rango legal que es precisamente el problema jurídico que nos ocupa. En efecto, las

normas internacionales no surgen de la potestad legislativa inherente a los congresos o parlamentos de cada país, en los que los representantes popularmente electos (hablamos de las democracias representativas) participan como sujetos activos del proceso de formación de la ley, sobre todo en la etapa de la iniciativa del proyecto en cuestión, con la posterior intervención del ejecutivo como elemento de fiscalización. Caso contrario ocurre en el derecho internacional, campo en el que el ejecutivo, en su función exclusiva y autónoma de conducir las relaciones internacionales del Estado mismo, define el contenido de las negociaciones y con ello vincula u obliga a los demás órganos internos. Aquí, el legislativo no juega un papel preponderante en el contenido de las negociaciones, sino más bien como órgano de refrendo posterior aprobando o improbando el instrumento pero no modificándolo. III. - Ahora bien, una vez suscrito por el ejecutivo (Presidente y Ministro de Relaciones Exteriores), aprobado por la Asamblea Legislativa y ratificado por el Ejecutivo el tratado, en este caso, el Convenio se incorpora al régimen legal interno de nuestro país, imperando sobre toda otra norma común que se le oponga, salvo que, por el propio contenido de sus cláusulas, su ejecución haya sido condicionada a su perfeccionamiento mediante acuerdos menores o protocolos como los designa la Constitución. (voto N°0588-94 de las 18:00 del 26 de enero de 1994 de la Sala Constitucional) . La norma es clara y específica y no está sujeta a la suscripción de algún protocolo o norma interna: En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Así, resulta autoejecutable e incluida en el ordenamiento costarricense a un nivel supralegal, superior al Código de Familia por ejemplo (Al respecto consúltese: Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Guía sobre la aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna, San José, 1996). Y podemos encontrar en otras normas de protección a los niños a nivel de principio, que enfatizan la necesidad de proteger el modo de vida de éstos. Por ejemplo en la Convención sobre Derechos del Niño, véanse los numerales 6, 19, 20, 27 y 39. Así, que al menos en el tema patrimonial -que es el que nos ocupa-, han de tomarse las medidas necesarias para asegurar la estabilidad del niño, y sin duda alguna, unos de los bienes de la familia tienen una vocación de cumplir un papel en torno a la satisfacción de sus necesidades, básicamente la vivienda familiar y los enseres de la misma. Aún y cuando, entonces, el Código de Familia no mencione a los hijos en la distribución de los bienes, ha de entenderse insertado el deber de asegurar la protección de ellos, en los conflictos matrimoniales que dan pie a divorcios, separaciones judiciales y todos los otros que hacen nacer el derecho a la distribución de

los bienes. Ha de asegurarse la estabilidad del espacio vital de los niños en la medida en que ello sea posible. Y por ende, ha de llegarse a la conclusión de que implícitamente existe un régimen patrimonial matrimonial primario que ha de incluir el menaje de casa. De esta manera es que este Tribunal ha interpretado que: "... cabe destacar que ha sido criterio de este Tribunal, que el menaje de casa, quede en cabeza del núcleo familiar a través del cónyuge, que se mantenga en convivencia con este, en este caso la esposa, porque dichos bienes ostentan un carácter de orden funcional y resultan necesarios para el desarrollo de las labores diarias, en la dinámica de interrelación de la familia, de manera que no existe justificación alguna a efecto que se proceda a su distribución. En consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto otorga el derecho a gananciales de ambos cónyuges sobre el menaje de casa y en su lugar se le otorga el mismo a la señora ... y en lo demás se confirma la sentencia recurrida..." (voto 1159-03 de la 9:30 horas del 27 de agosto del 2003). En virtud de todo lo anteriormente explicado, es que el punto que ha sido objeto de apelación en torno al menaje de casa ha de ser confirmado. No obstante, resulta necesario aclarar el concepto de régimen primario, que se ha entendido implícito.

VII.- SOBRE UN REGIMEN PRIMARIO IMPLICITO PARA PROTECCION DE LOS HIJOS: En el aparte anterior hemos mencionado el concepto de régimen matrimonial patrimonial primario, pues en muchos ordenamientos existe un régimen básico de protección a bienes con vocación familiar especialmente el menaje de casa o ajuar y el uso de la vivienda familiar, independientemente del régimen económico matrimonial que se haya elegido (Al respecto consúltense: Medina, Graciela: Régimen patrimonial matrimonial primario y reforma del Código Civil en www.eldial.com.ar ; Fanzolato, Eduardo: El régimen patrimonial primario en el Mercosur, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia-Abstracts aceptados, Sevilla y Huelva, 2004; Lasarte, Carlos: Principios de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo VI, Marcial Pons, 2002, pp. 160 a 162; Montero Aroca, Juan: El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales, tirant lo blanch, 2002, pp. 48 y siguientes; Rodríguez Chacón, Rafael: El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad, causas y remedios, en La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 117 y ss). Y por ejemplo en el artículo 96 del Código Civil español se dispone: "...Artículo 96. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y lo restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que

prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial..." . Así, en esa línea de ideas es que se habla de un régimen matrimonial patrimonial primario, básico de protección a los hijos, independientemente de la distribución de derechos de los adultos, implícito en los artículos 37 a 41 del Código de Familia, asegurando el espacio vital de las personas menores de edad hijos de la pareja. Dentro de ese régimen primario, como normas expresas podríamos encontrar los numerales 42 a 47 del Código de Familia con la interpretación del voto 169-98 de las 15:30 horas del 15 de julio de 1998 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la afectación a habitación familiar se entenderá a favor de los hijos menores aún y cuando así no conste en el Registro Público. Igual podríamos intentar sistematizar con la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos que en su artículo 86 dispone: " ARTICULO 86.- Nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial. En los casos de nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial, a menos que haya otro acuerdo entre el arrendador y los cónyuges, el Juez que tramita el proceso determinará cuál de ellos continuará con todos los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento. En caso de subrogación, el interesado deberá notificar la decisión judicial recaída al arrendador, dentro de los treinta días siguientes a la firmeza de la sentencia, acompañando certificación de la resolución judicial. La falta de notificación facultará al arrendador para invocar la resolución del contrato. " Y podría corresponder a esta línea de ideas, uno de los párrafos del artículo 922 del Código Procesal Civil que establece: "... Sin embargo, el cónyuge sobreviviente y los hijos que con él vivan, podrán continuar habitando la casa que ocupaban en el momento del fallecimiento del causante, mientras no resulte adjudicada a otra persona..."."

b. Análisis del Régimen Legal de Participación Diferida

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁸

"[...] III El régimen de participación diferida que regula el Código de Familia en el artículo 41, se sustenta en la Teoría de la Solidaridad Familiar, cuyo pilar fundamental es el apoyo mutuo y la cooperación entre los cónyuges que deviene del deber personal atribuido a los esposos en el artículo 34 del mismo cuerpo normativo. Así entonces, esta colaboración permanente que se brindan los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, hace que se pueda presumir sin duda alguna que los bienes adquiridos

durante la vida conyugal, son producto del esfuerzo de ambos y cuando este apoyo mutuo es inexistente, como en el caso de la separación de los cónyuges, los bienes que se adquieren durante este lapso de interrupción de la vida matrimonial, pierden esta vocación, ya no son gananciales y solamente son propiedad del adquirente, precisamente porque no son parte de este esfuerzo mutuo que deviene de la vida en común. Igual suerte corren los restantes bienes que de acuerdo con la misma norma precitada no son gananciales, es decir son presupuestos en donde no está presente el esfuerzo y la colaboración mutua de los cónyuges.

IV Ahora bien, esta circunstancia de la vida en común, presupone también, más que la cohabitación, el compartir proyectos, aportar apoyo mediante el esfuerzo y sacrificio que compete a cada uno de los esposos cuando de incrementar el patrimonio familiar se trata, de forma que al residir, como en el caso en estudio de una forma sui generis, pues cada uno los esposos lo hace en lugares distintos, no obstante la procreación de dos hijos, según se ha comprobado, resulta insuficiente para considerar que el bien en disputa tiene carácter de ganancial, pues precisamente no existe esta comunidad de vida que hace presumir el apoyo y la colaboración recíprocas para determinar que los bienes adquiridos durante la vida matrimonial, por causa onerosa son bienes gananciales.

V Lo anterior se torna un poco salido de lo común, pues como bien se infiere de la prueba allegada y lo dispone correctamente el juzgado de primera instancia, el señor Calderón Rojas y la señora Vásquez Carpio, convienen en este tipo de vivencia y se puede establecer que tenían una buena relación a nivel de pareja, a tal punto que procrean dos hijos y en forma conjunta inscriben el bien a nombre de ambos, no obstante, de la mismas probanzas se infiere que no existió el esfuerzo conjunto, pues la finca se adquiere estando interrumpida la vida conyugal, sea durante la separación que mantuvieron y en la que no se logró acreditar fehacientemente que existiera reconciliación, pese al nacimiento de los dos hijos, dado que se mantuvo la situación de vivir cada uno en lugares distintos por lo que es inexistente la comunidad de vida entre los esposos.

VI Atendiendo las consideraciones hechas y teniendo en cuenta que bien pueden acudir las partes al proceso de división material previsto en la normativa vigente a fin de terminar con la copropiedad que hoy mantienen si fuera del interés de las partes, procede rechazar la nulidad que se invoca por no existir justificación para tal remedio y confirmar la resolución recurrida en lo que es objeto del recurso de alzada."

c. Análisis Normativo, Características y Fundamento del Régimen Patrimonial Familiar

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁹

"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 plantearse 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."

d. Análisis con Respecto al Régimen de Participación Diferida y la Necesaria Constatación al Momento de la Declaratoria del Derecho

[SALA SEGUNDA]¹⁰

"V.- DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES GANANCIALES Y DEL FRAUDE DE LEY. El Código de Familia contempla un régimen de participación diferida de los bienes gananciales. Este se desprende de los artículos 40 y 41, que pretende que cada uno de los cónyuges disponga libremente de los bienes que consten en su patrimonio, esto es, de los que tenía al contraer matrimonio y de los que por cualquier título adquiriera durante la existencia del vínculo. De manera que, al declararse disuelta o nula la unión matrimonial o al disponerse la separación judicial o celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges 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. Sobre este régimen de participación, la doctrina ha dicho: "Se suele aludir a él como régimen mixto, porque operando como el régimen de separación durante el matrimonio, acuerda derechos de participación entre los cónyuges... a su disolución. Pero, he aquí lo fundamental, no se constituye una masa partible (lo típico en los regímenes de comunidad), sino que la participación se resuelve en un crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro para equiparar las ganancias operadas durante el matrimonio. Adviértase: a la disolución del régimen no se constituye una comunidad o masa común con los bienes adquiridos o ganados por ambos cónyuges, sino que los patrimonios de cada cual mantienen su independencia, naciendo en cabeza de uno de ellos el derecho a obtener, mediante un crédito, una participación en las ganancias del otro..." (ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, cuarta edición, 2.002, p. 456)". Por lo tanto la ganancialidad del bien, implica el derecho del cónyuge que no aparece como copropietario de los bienes adquiridos durante el matrimonio, a recibir, en igualdad de condiciones, las ganancias operadas durante esa unión, lográndose, así, una justa repartición de las ganancias obtenidas por el esfuerzo común y la cooperación de la pareja. Es por eso que la doctrina nacional ha señalado que

los "...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. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos." (TREJOS SALAS, G. y RAMÍREZ, M. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, 2º edición, 1998, p. 225). Ese esfuerzo común de la pareja, según la jurisprudencia de esta Sala "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..." (voto N° 116, de las 9:40 horas del 25 de febrero de 2004). De conformidad con la reforma introducida al artículo 41 del Código de Familia, por la Ley N° 7689, del 21 de agosto de 1997, ambos cónyuges adquieren el derecho a participar de la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro una vez disuelto el vínculo o cuando se haga legalmente la liquidación anticipada de éstos (artículo 41, párrafo segundo, del Código de Familia y votos de esta Sala N°s 241 de las 15:10 horas del 9 de mayo y 372 de las 15:00 horas del 26 de julio, ambos de 2002). En cuanto a la libertad de disposición de bienes por parte los cónyuges, conviene señalar que esa libertad tiene límites. Al respecto esta Sala ha dicho: "...a pesar de la libertad indicada de cada uno de los cónyuges para poder disponer de los bienes que adquieran durante la vigencia del matrimonio, la Sala también ha indicado que esa libertad no resulta ser plena cuando el vínculo entra en conflicto y se vislumbra su disolución; pues, en tal caso, la validez de los actos quedaría necesariamente sujeta a la existencia de la buena fe (Al respecto pueden consultarse las sentencias números 372, de las 15:00 horas del 26 de julio; y, 451, de las 10:40 horas del 6 de setiembre, ambas del 2.002)" (voto 116, de las 9:40 horas del 25 de febrero de 2004). Asimismo, los actos han de calificarse de mala fe o como "fraude a la ley" cuando tienden a intentar hacer nugatorio el derecho a gananciales por parte de su cónyuge, o sea cuando se realiza un abuso o ejercicio antisocial al derecho a la libertad de disposición prevista por el artículo 40 del Código de Familia, que no puede ser tutelado por los juzgadores en materia de familia, pues la protección especial que está prevista en el artículo 51 de la Constitución Política, 16.3 de la Declaración de

Derechos Humanos y desarrollada, en parte, en los artículos 41 a 47 del Código de Familia, debe llevar a los juzgadores (as) al análisis cuidadoso del caso para evitar causar daño patrimonial a uno de los miembros de la familia (uno de los cónyuges), cuando el/la titular del derecho patrimonial dispone de éste con la finalidad antes señalada; o sea, en "fraude de ley" (artículos 20, 21 y 22 todos del Código Civil). Así, en el voto N° 322, de las 14:30 horas del 17 de diciembre de 1997, esta Sala, en lo que interesa dijo: " 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 capitulaciones matrimoniales después del enlace marital o en el momento en que se declare su nulidad o su disolución, o bien, cuando se decreta 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 ". VI.- SOBRE LOS BIENES EXCLUIDOS COMO GANANCIALES MENCIONADOS EN EL RECURSO. El pronunciamiento de esta Sala comprenderá solamente respecto de los bienes que expresamente hace referencia la recurrente en el recurso, al quedar su competencia limitada. A) LAS PATENTES DE LICORES. Reclama la recurrente que no se haya declarado la nulidad del traspaso de las patentes de licores efectuado por ella al co-demandado Gerardo Quesada Gatjens, pues se le concedió valor probatorio a un documento privado en que éste -según el tribunal- facultaba a doña Carmen Leticia para su adquisición, objetando que no es documento público y carece de fecha cierta. Señala que el fallo omite valorar la documental aportada, que acredita la titularidad del negocio comercial como lo son, el contrato de arrendamiento del local comercial suscrito por la actora, la solicitud de patente comercial y su licencia expedida por la Municipalidad de Atenas, el permiso para su funcionamiento y la certificación del proceso judicial. Al respecto considera esta Sala que si bien es cierto consta en el proceso documentación, en que la actora figuró como titular de las patentes de licores nacionales y extranjeros números 10 y 06, no puede soslayarse de ninguna manera que doña Carmen Leticia, el 28 de julio de 1995, mediante escritura pública, las traspasó al co-demandado Gerardo Antonio Quesada Gatjens (folios 78 a 92 y 94). Por otra parte, se valora que en ese acto jurídico no figuró como parte el señor Ivo Quesada Gatjens. Asimismo, resultaba innecesario hacer referencia al documento privado de poder especial (visible a folio 357) relativo a la adquisición de las patentes. Con el traspaso en escritura pública a través del cual figuran como transmitente la señora Carmen Leticia y adquirente el señor Gerardo es suficiente para arribar a la conclusión que el acto jurídico es válido y eficaz y no existen razones de índole fáctico y jurídico para declarar la nulidad del traspaso y ganancialidad de las patentes. No se acreditó que se diera una disconformidad entre la voluntad y la declaración realizada por doña Carmen Leticia de traspasar las patentes al señor Gerardo Quesada Gatjens, tampoco que hubieren mediado vicios en el consentimiento al momento del traspaso. No se desvirtuó el contenido del documento público en que se realizó el traspaso, pues del mismo se derivan las condiciones indispensables para su validez (artículos 627, 1007 y 1008 del Código Civil). Es importante resaltar que el traspaso se efectuó el 28 de julio de 1995 (folio 94 frente) y en esa fecha no se vislumbra la disolución del vínculo como para presumir que hubiere mediado

fuerza o miedo grave o cualquier otro vicio en el consentimiento que nos permita concluir que fue engañada o que fue inducida a error al momento del traspaso. Todo lo contrario los cónyuges estaban en plena armonía, pues el matrimonio entró en crisis aproximadamente tres años después en el mes de noviembre de 1998, en que se presentaron las medidas de protección por agresión doméstica (hecho 3 de la demanda y su contestación del codemandado Ivo Quesada Gatjens a folios 100 y 212 y expediente de medidas de protección a folios 88-91). Por otra parte, al valorarse el recibo visible a folio 356 expedido por la Municipalidad de Atenas, se establece que a nombre de don Gerardo Quesada Gatjens se depositó la garantía para participar en el remate de patentes. La impugnación a ese recibo es general y no contiene un fundamento sólido que le reste fuerza probatoria al relacionarse con el documento privado de poder especial que contiene fecha 15 de marzo de 1995 y el recibo es confeccionado a los dos días posteriores, fechado 17 de marzo de 1995. Posteriormente, el 28 de julio de ese mismo año la actora compareció ante Notario Público a traspasarlas a su cuñado. Por lo anterior, resulta correcto lo resuelto por la instancia precedente y se deniega el agravio invocado. B) NEGOCIO COMERCIAL NOSTALGIAS . En el recurso la recurrente enfoca su disconformidad en la confusión que según estima efectúan en su razonamiento los juzgadores (as) de la instancia precedente, señalando que el yerro se presenta al establecerse que el negocio comercial es propiedad de la empresa Anchía Villegas S.A. y se confunde con el terreno o local que se traspasó posteriormente a la señora Leandra Gatjens. Insiste la recurrente que se debe distinguir en el negocio comercial que comprende todos los elementos que los italianos llaman el aviamiento o derecho de llave y que nunca se demostró que perteneciera a la sociedad Anchía Villegas S.A, en relación con el terreno o local. Manifiesta que el negocio comercial denominado "Nostalgias", hoy "Jalapeños", le sigue perteneciendo a don Ivo y que en ese mismo negocio se explotan las patentes de licores que se encuentran a nombre del codemandado Gerardo. De esta forma circunscribe su argumentación en el negocio comercial como tal, por lo que no cuestiona lo relativo al local comercial o espacio físico, o al terreno propiamente dicho. Así lo ha venido manifestando la recurrente en esta instancia y ante el Tribunal al señalar " ... En todo caso, ese local si era de la sociedad, pero el negocio que se instaló no era de esa sociedad, por eso ella hizo las gestiones para la autorización de apertura, firmó el contrato del local y la sociedad nunca lo explotó ..." (folio 797). Consecuentemente, es irrelevante entrar a analizar lo relativo al terreno o local o espacio físico como lo llama la recurrente, puesto que la protesta ante esta Sala se limita al negocio comercial; además, en las pretensiones no se solicita

participación expresamente sobre el terreno (folios 105-107). Analizando la prueba evacuada en conjunto, las manifestaciones y documental constantes en el proceso, conforme al artículo 8 del Código de Familia, esta Sala concluye lo siguiente. Efectivamente, el negocio comercial o establecimiento mercantil denominado "Nostalgias" fue constituido por don Ivo y su hermano Gerardo, e inaugurado a principio de enero de 1997 (demanda folio 101 y contestaciones en cuanto a la fecha 149 y 212), colaborando en su administración la señora Carmen Leticia, lo cual queda acreditado con las manifestaciones realizadas en el proceso por la misma actora, su confesión y testimonial de Analía Anchía Villegas. Al contestar el hecho 4 de la contrademanda, la reconvenida expresó "... Lo demás que relata es falso, excepto que reconoce que era dueño junto con sus hermano del Bar Nostalgias, lo que ha negado muchas veces..." (folio 260, lo negrita y subrayado no es del original). En la confesión la actora admitió: "Si es cierto, porque en ese entonces siendo administradora del negocio tenía que cancelar cuentas e Ibo llegaba cogía la caja y se la llevaba porque la propiedad del restaurante era de mi familia pero el negocio no además de tratarme muy mal ..." (confesión a folio 352, lo subrayado y negrita no es del original). Igualmente la testigo Analía Anchía Villegas, quien es hermana de la actora y ofrecida por ésta manifestó: "... donde pusieron un restaurante lo administraba Leticia, el cual se llamaba Nostalgias, esta propiedad tampoco estaba a nombre de él..." (folio 300, lo negrita y subrayado no es del original). En el recurso la actora manifiesta " Tan es evidente que el negocio sigue siendo propiedad de don Ivo que precisamente es en este negocio que sigue funcionando la patente de licores que se encuentra a nombre de Gerardo Quesada- lo cual reconoce en su confesión, la que no es tomada en cuenta en la sentencia como un hecho probado..." (folio 850 la negrita y subrayado no es del original). No existe prueba idónea que acredite que el negocio, luego de arrendado a doña Seidy Arroyo, lo continuará explotando don Ivo y don Gerardo como sus titulares o, en su defecto, perciban alguna retribución o remuneración económica por arrendamiento u algún otro concepto procedente del negocio que le genere ganancias, específicamente a don Ivo. Tampoco se ha podido verificar con certeza que el negocio "Nostalgias" se hubiere traspasado en un momento determinado a la señora Leandra Gatjens, madre de los señores Ivo y Gerardo, a los efectos de sustraer dicho bien de la presunción de ganancialidad. En la contestación a la demanda, el codemandado Gerardo Quesada Gatjens, hace referencia a un traspaso, el cual no se concretó al faltar una firma y abandonaron el negocio. Al respecto, indicó: "... Consta en mi poder traspaso de la sociedad en mención a nombre de nuestra madre por ser personas de la confianza plena de mi hermano Ivo y para mí. El mismo no puede hacer efectivo porque falta una

de las firmas pero constituye un principio de prueba por escrito ..." (folio 150 de la contestación). Igualmente en relación con el negocio, la testigo Analía Anchía, declaró: "La propiedad era de mi familia y se le vendió Ivo (sic) el traspaso se hizo a nombre de la madre de Ivo y está actualmente alquilado y a nombre de Jalapeños y puede ser que se allá (sic) vendido porque uno no sabe nada ..." (folio 302). Por otra parte, los codemandados Ivo y Gerardo en la confesional negaron vínculo con el negocio posterior a su abandono y que la venta se hubiere concretado, narrando la situación presentada con el alquiler a la señora Seidy Arroyo, a consecuencia del conflicto de titularidad que se presentó con los hermanos de la actora. Don Gerardo en la confesional, indicó: "... 19. Para que el confesante diga si es cierto que las patentes permanecen a nombre de él. R/ si es cierto la patentes aún me pertenecen. 20. Para que nos aclare donde se explotan actualmente. R/ Las patentes en este momento se explotan en el distrito Barrio Jesús que es el único lugar donde se pueden explotar. Un negocio se llama Vistas del Sol y el otro un restauran que creo se llama Restauran Jalapeños. 21. Para que nos diga cuánto recibe de alquiler de cada una de las patentes y quien se lo paga. R/ Por la patente alquilada al negocio Vistas del sol recibo semestralmente doscientos mil colones de alquiler, y por la otra trimestralmente ciento veinte mil colones, estos montos me lo pagan sociedades. 22. Para que diga si es cierto que él y don Ibo aparecen como arrendantes del negocio que se llamó Nostalgias. R/ No es cierto, que yo aparezca como arrendante ni tengo conocimiento de que mi hermano Ibo sea también arrendante. 23. Para que el confesante nos aclare que pasó con el negocio nostalgias. R/ Con el negocio Nostalgias el cual inauguramos mi hermano y yo a principio del año 96, lo trabajamos arduamente a efectos de que produjera dividendos a ambos, debo aclarar que el traspaso nunca se efectuó por lo cual nunca fuimos propietario ante la ley por no haberlo podido pagar en su totalidad. A fines del año 98 obtamos (sic) por abandonarlo porque el negocio estaba provocando pérdidas, a mi en lo particular me estaba restando pacientes en mi consultorio por lo que decidimos abandonarlo. 24) Para que el confesante nos diga si es cierto que él sabe que el terreno donde esta el negocio y el negocio fue traspasado mediante una escritura por una sociedad de los hermanos Anchía a nombre de su mamá doña Leandra Gatgens. R/ No es cierto, en estos momento (sic) yo ignoro a quien pertenece esa propiedad. 25. Para que el confesante diga si es cierto que el tuvo conocimiento de una escritura donde aparecía como compradora de este terreno su madre doña Leandra Gatgens. R/ No es cierto, no tengo conocimiento alguno de a quien se le haya traspasado esa propieda...30. Para que el confesante nos aclare que cuando dice que abandonaron el negocio después de haber construido el local recibieron alguna suma de los dueños del terreno. R/ Nunca

recibimos ninguna suma del (sic) los dueños del terreno..." (folios 326 y 327). En la confesional, con respecto al negocio, don Ivo manifestó: "... 7. para que diga que es cierto que usted posteriormente a que yo dejara la administración alquilo el negocio a un tercero y estuvo (sic) de acuerdo en el cambio del nombre del negocio (sic) a fin de que se llamara Jalapeños. Responde: No es cierto ese negocio como dice (sic) estuvo (sic) cerrado y la actora mandó unos clientes donde mi hermano Gerardo el médico para que se los alquilara diciendo que el negocio no era de ella, a si no de Gerardo y mío (sic), se intentó alquilar pero como no teníamos ningún documento que nos acreditara como dueños el resultado fue que el inquilino que se le alquilo el negocio lo explotó por un año sin pagar renta alguna todo por la oposición que hiciera la actora y su familia del que el negocio era de ellos, después de ese chasco que nos llevamos perdimos contacto con ese negocio que no entró al patrimonio no de mi hermano ni mío. Aclaración: Cuando estuvo de acuerdo en el cambio de nombre de Nostalgias a Jalapeño. Responde. Yo nunca participé ni pude estar de acuerdo en algo que no era mío, supongo que el dueño hará con el nombre lo que le parezca pero yo no participé en nada de eso hasta ahora después me enteré que se llamaba de otra forma... 9. Para que diga si es cierto que usted ha visita (sic) ese negocio con sus hijas a quienes manifiesta que aprovechen (sic) las visitas para cobrar rentas e intereses. Responde. No es cierto, yo regularmente visito a mis hijas quienes viven en Sabana Larga de Atenas y para no permanecer en la casa las invito que salgamos a tomar un fresco a algún lugar y en ocasiones aprovechando la cercanías de este negocio vamos pero como clientes y en algunas ocasiones les he comentado que si no hubiese sido por los problemas con la mamá el negocio hubiese sido de nosotros... 14. Para que diga que es cierto que estando casados compró a mis hermanos en terreno donde estaba ubicado el restaurante Nostalgias pero no se hizo la escritura por adeudar parte del préstamo Responde. No es cierto como se plante la pregunta, ese terreno como lo dijo anteriormente lo adquirió de boca hermano Gerardo el médico y yo dada que mi participación era porque yo estaba dentro de esa familia y lo compramos sin dinero, como no se pudo pagar y posteriormente se vinieron los problemas del divorcio esa negociación nunca nació a la vida jurídica, de modo que nunca lo adquirimos. 14. Para que diga que es cierto el personalmente pidió a mis hermanos que se otorgara la escritura de venta nombre de su madre Leandra Gatjens cuando se canceló la deuda sobre el lote donde está ubicado el negocio. Responde. No es cierto, esa transacción original nunca se llevó a cabo como dije antes no nació a la vida jurídica ya que mi hermano y yo perdimos interés ignoro si en fecha reciente hayan hecho transacción en este negocio..." (folios 314 y 315). Lo cierto es que el señor Ivo

Quesada Gatjens constituyó el negocio comercial "Nostalgias" con su hermano en un terreno que verbalmente negociaron con la sociedad Hermanos Anchía S.A. Sin embargo, no consta en autos acto de disposición con respecto al negocio o que siga bajo su dominio efectivo, y llama la atención por qué la actora no aportó durante el proceso documento que acreditara el traspaso del terreno en donde se instaló el negocio "Nostalgias" por parte de la sociedad de su familia Hermanos Anchía S.A. a la señora Leandra Gatjens, madre de los codemandados Ivo y Gerardo, puesto que con la demanda adjuntó certificación notarial de la finca número 23729 (folio 86), de la que se segregaría el terreno en que se instaló el negocio. No se acreditó la posesión del negocio y su explotación posterior al conflicto. Se ignora quiénes son arrendantes y arrendatarios, si se traspasó formalmente a alguna otra persona física o jurídica, y bajo qué condiciones se explota. No se citó o trajo al proceso a los personeros de la sociedad Hermanos Anchía S.A., que suscribieron el contrato de arrendamiento, ya sea como parte o testigos para que aclararan la situación (folios 84 y 85). Tampoco se solicitó reconocimiento judicial del negocio, ya sea como prueba anticipada o con la presentación de la demanda, contestación y contrademanda, con el fin de obtener presunciones o indicios para contar con elementos de prueba y determinar si efectivamente el codemandado Ivo era dueño real -aunque no formal- del 50% del negocio, hubiera obtenido o esté obteniendo algún beneficio económico por el traspaso o explotación del negocio, pues como la participación de ganancialidad es un derecho de crédito, interesan las ganancias operadas durante la unión conyugal, para lograr una justa repartición de las ganancias obtenidas por el esfuerzo común y la cooperación de la pareja. Sin embargo, no se acreditó para los efectos que interesan, que el señor Ivo obtuvo o continúa recibiendo ganancias del negocio, utilizando a terceros con el fin de burlar la ganancialidad con respecto al negocio. No es procedente declarar la misma sobre ese bien, ya que no se constató en el patrimonio del codemandado Ivo Enrique Quesada Gatjens. Tampoco lo es dejar para la etapa de ejecución de sentencia la verificación de su existencia y explotación, pues ello debe determinarse en la etapa de conocimiento. Por ello, no es procedente acoger la pretensión de la actora en el sentido de que la venta realizada por don Ivo a su hermano Gerardo Quesada Gatjens, del derecho a la mitad del negocio "Nostalgias", es nula por simulada, por carecer don Ivo de derecho para traspasar, ya que le pertenecía a ella, y en consecuencia ese bien en su totalidad pertenece a su esposo, y debe declararse su derecho a gananciales sobre el mismo (folio 106). No hay elementos de prueba en autos que nos lleven a concluir en forma distinta a como lo hace el Tribunal, desestimando los agravios invocados en esos aspectos. VII.-

RESPECTO A LA DECLARATORIA DE GANANCIALIDAD Y PARTICIPACIÓN SOBRE LA CONSTRUCCIÓN EN INMUEBLE NO IDENTIFICADO . Alega la recurrente que los juzgadores (as) ubican la construcción sobre los derechos a la quinta parte en las fincas del Partido de Alajuela números 96.511 y 11851, no obstante en esos derechos no existe la construcción de ninguna casa de habitación. Aduce que el demandado en la contrademanda manifestó desconocer la titularidad y no identificó las fincas. El agravio debe denegarse por cuanto al contestar el hecho quinto de la contrademanda la reconvenida no desvirtúa que la construcción de la vivienda en donde habitan ella y sus hijas no se ubiquen en los derechos indicados. Así en el hecho 5° de la contrademanda se indicó: "La casa se construyó en un derecho de la quinta parte, que la demandada tiene en las fincas del Partido de Alajuela, a los tomos 1222, 1517, folios: 276, 310. Asientos: 8 y 3, Números: 86500, 111851 ..." (folios 220 y 221). Al contestar la señora Carmen Leticia no desvirtúa el hecho, en cuanto a la ubicación de la edificación al manifestar "QUINTO. Es cierto con la ayuda de la familia de doña Leticia se construyó una casa en un terreno adquirido por ella de soltera bajo un derecho. Llama la atención que el señor Quesada que ha distraído el patrimonio conyugal, ahora venga a reclamar sobre la edificación del único bien que posee la actora, olvidando que es el lugar en que habitan sus hijas. Habla de otras (sic) bienes y pida anotaciones para evitar que se "traspase fraudulentamente" cuando el experto en esas lides es él ..." (folios 260 y 261). En autos se acreditó que los derechos en los inmuebles mencionados están inscritos a nombre de doña Carmen Leticia (folios 397 y 398). Por otra parte, en la confesional reconoció que la casa de habitación se construyó con el esfuerzo de ambos durante la unión conyugal (folio 348). De todas maneras se debe indicar que la declaratoria de ganancialidad lo es sobre la construcción o vivienda que habita la actora con sus hijas y no sobre los terrenos en que se construyó. Valga acotar que en nada obsta para que se declare el derecho de gananciales que le asiste al demandado-reconventor sobre la edificación que en la materialidad existe, pues ahí habita la actora con sus hijas, dado que se trata de un derecho personal de valor y no de uno real de copropiedad, razón por la cual se puede ejecutar sobre cualquier otro bien que figure en el patrimonio de la señora Carmen Leticia o sobre la propia edificación, sin necesidad de determinar con certeza en el inmueble en que está construida la vivienda, lo cual incluso podría verificarse en ejecución de sentencia. Como antes se expresó no está en discusión la ganancialidad, ni el derecho real de los inmuebles en que se pueda asentar la construcción . Lo único que se está determinando es el derecho del señor Ivo Quesada a participar en el cincuenta por ciento de su valor neto de la construcción, lo cual es procedente y su efecto lógico resulta

ser, únicamente, el que su precio actual deba ser considerado como parte de los bienes constatados de la actora reconvenida. Ello es posible en nuestra legislación por cuanto el derecho a gananciales es de naturaleza crediticia, es decir, personal (En ese sentido, véase los votos de esta Sala números 322-1997 de las 14:30 horas del 17 de diciembre de 1997 y 451-02 de las 10:40 horas del 6 de septiembre del 2002, entre otras)."

FUENTES CITADAS:

- 1 SILVA-RUIZ, Pedro F. Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Derecho Puertorriqueño. *Revista Judicial*. (No. 26): pp. 114-115, San José, setiembre 1983.
- 2 GONZÁLEZ ÁVILA, Juan Diego y GUTIÉRREZ AIZA, Randall. Los Derechos que Nacen con el Reconocimiento Legal de la Unión de Hecho, en Materia de: Régimen Patrimonial, Pensión Alimentaria y Derechos Sucesorios; a la Luz de la Adición al Título Séptimo del Código de Familia Costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1997. pp. 219-222.
- 3 BAUDRIT CARRILLO, Diego. Reflexiones sobre un Régimen Patrimonial Básico del Matrimonio en Costa Rica. *Revista Judicial*. (No. 33): pp. 73-74, San José, junio 1985.
- 4 LEDERMAN APOZDAVA, Evelyn. Parateccional Régimen Patrimonial Familiar en la Legislación Costarricense. Tesis de grado. San José, Costa Rica: Universidad de la Salle, Escuela de Derecho, 2003. pp. 11-17.
- 5 TREJOS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Editorial Juricentro. San José, 1982. pp. 171-175, 182-185.
- 6 Ley Número 5476. Costa Rica, 2 de diciembre de 1973.
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 127-2005, de las ocho horas con cincuenta minutos del cuatro de febrero de dos mil cinco.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA, Resolución No. 1065-2006, de las nueve horas del veintisiete de julio de dos mil seis.
- 9 TRIBUNAL DE FAMILIA, Resolución No. 2087-2004, de las nueve horas con cinco minutos del veintiseis de noviembre de dos mil cuatro.
- 10 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 183-2006, de las diez horas con veinticinco minutos del veinticuatro de marzo de dos mil seis.