

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: SEPARACIÓN DE BIENES EN DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO**

**RESUMEN:** En la presente recopilación se desarrolla el tema del divorcio por mutuo consentimiento y el tratamiento relacionado al aspecto de la disposición de bienes en el acuerdo que debe homologarse para su aprobación.

## Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Competencia del Juez para modificar el convenio presentado. . .	1
Potestad para modificar el convenio en relación con los menores.....	2
Potestad del juez para solicitar la complementación o aclaración del convenio, cuando el mismo sea omiso u obscuro. .	2
b)Sobre el convenio y su carácter definitivo excepto en lo que respecta a menores.....	3
2NORMATIVA.....	4
a)Código de Familia.....	4
3JURISPRUDENCIA.....	8
a)Omisión de disponer sobre la propiedad de un bien adquirido mediante donación .....	8
b)Requisitos del Divorcio por mutuo consentimiento.....	10
c)Existencia de cosa juzgada material impide gestionar nulidad de sentencia.....	13
d)Posibilidad de apelar la resolución que ordena el archivo provisional.....	16

### 1 DOCTRINA

#### **a) Competencia del Juez para modificar el convenio presentado**

[ESQUIVEL]<sup>1</sup>

Siendo la materia de familia de interés público, surgen ciertas potestades contraloras al Juez que conoce de estos asuntos.

En el convenio propiamente, las potestades del Juez son relativas, ya que su actividad es más que todo la de aprobar o improbar los acuerdos tomados por las partes, sin posibilidad de modificarlos, homologando aquellos convenios que son procedentes y que no perjudican los derechos de los menores.

Expresamente el artículo sesenta concede un único caso de posible modificación por parte del Juez a los acuerdos realizados por los cónyuges, y es en lo relativo a los menores. También puede el Juez solicitar a las partes aclaración o complementación de lo acordado cuando ello sea oscuro o incompleto, como veremos seguidamente.

#### **Potestad para modificar el convenio en relación con los menores.**

Como señalamos anterioremente, el artículo sesenta del Código de Familia, permite expresamente al Juez modificar lo relativo a los hijos menores, es el único caso en que el Juez puede modificar los acuerdos tomados por los padres en el convenio.

Son considerados por nuestra legislación y jurisprudencia los intereses de los hijos y de los menores, como principio fundamental y piedra angular de este código. El artículo segundo del Código de Familia, dispone que: "La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores,,, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este código". De ahí, que se proteja y se permita, expresamente al Juez, incluso a modificar los acuerdos relativos a los hijos, que hayan realizado sus padres dentro del convenio, protegiendo de ese modo cualquier situación inconveniente para los intereses de los hijos.

#### **Potestad del juez para solicitar la complementación o aclaración del convenio, cuando el mismo sea omiso u obscuro.**

Surge esta potestad expresamente del artículo sesenta del Código

de Familia, el cual permite al Juez, solicitar la complementación o aclaración de lo convenido por las partes, si considera que ello es incompleto u oscuro.

En algunos casos se omite hacer referencia sobre guarda, crianza y educación, o sobre pensión, alimentos, o bienes patrimoniales, razón por la cual el Juez le solicita a las partes que completen en ese tanto lo que han omitido. Puede suceder que se haya manifestado acerca de todos los puntos necesarios, pero que no estén lo suficientemente claros, es decir que no sean comprensibles plenamente para el Juez, lo cual hará que éste solicite la aclaración de lo pertinente. El medio para realizar lo dicho anteriormente es siempre la escritura pública, la cual deberá el Notario adicionar y presentar al Juzgado, aclarando o completando lo manifestado por las partes. Al principio de la aplicación de esta norma, permitido en algunos casos adicionar o aclarar, por medio de un escrito, firmado por ambos interesados, pero hoy día es solo posible por medio de escritura adicional."

***b) Sobre el convenio y su carácter definitivo excepto en lo que respecta a menores.***

[TREJOS]<sup>2</sup>

"Por su parte la Sala de Casación, en sentencia redactada por el Lic. Fernando Baudrit expresa lo siguiente: "¿Que función cabe entonces al órgano jurisdiccional? Sin duda que ejercer el debido contralor sobre la legalidad, no sólo del acto jurídico de la separación que se ha acordado, sino también de aquellos convenios indispensables a que se ha hecho referencia. Es una labor de homologación, en el sentido de "confirmación dada por el juez a ciertos actos y convenios para hacerlas más solemnes, firmes y ejecutivos", como define la Enciclopedia Jurídica Seix. Pero tal función de aprobación o confirmación, lleva desde luego la facultad de negar esa aprobación o confirmación; sin esta posibilidad no podría existir el apuntado contralor sobre legalidad y la intervención judicial carecería en absoluto de sentido y objeto".

"Pero el contralor de que se ha tratado no va ni puede ir más allá de conceder o negar la aprobación, esto es, de acceder a la

separación convenida, en todos sus extremos, o de no decretarla. Se está en presencia de un acto jurídico que exige acuerdo de voluntad de ambos cónyuges; y de convenios que requieren el consentimiento, libre y claramente manifestado. Esto demuestra que lo dispuesto por las partes son ellas las únicas que están facultadas para modificarlo; esta posibilidad no puede alcanzar al juez cuando cumple exclusivamente función de homologar, desde que con ella invadía un campo por entero ajeno entonces a sus atribuciones propias y librado al solo criterio de los cónyuges. No ejerce el juez su función jurisdiccional o contenciosa propiamente dicha, desde que no se trata de declarar un derecho controvertido, sino que actúa dentro del marco de lo que aún se sigue llamando jurisdicción voluntaria o tutelar, en que el órgano de la justicia interviene para dar eficacia a algunos actos de los particulares".

Conviene tener presente que los aspectos de la convención que se refieren a la autoridad parental y el monto de la pensión alimenticia no adquieren nunca, a pesar de la homologación judicial, carácter definitivo. Lo resuelto sobre guarda, crianza y educación, dice la ley (artículo 56 y 139) y lo confirma la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias, a solicitud de uno de los esposos o del Ministerio Público.

La ley no dice si, caso de que Tribunal niegue la homologación y, por consiguiente, los esposos se vean obligados a preparar una nueva convención, deberá iniciarse nuevamente al procedimiento. Pareciera que lo lógico, por razones de economía procesal, es no obligar a los esposos a iniciar todo el procedimiento. Una vez que los cónyuges hayan modificado el convenio es escritura pública de conformidad con las indicaciones del tribunal, presentarán nuevamente la convención a fin de que el juez, sin más trámite, dicte la resolución que corresponda."

## **2 NORMATIVA**

### **a) Código de Familia**

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]<sup>3</sup>

ARTICULO 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.

(Así reformado este primer párrafo por el artículo único de la ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997)

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 burlarlo. 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 en hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976)

Del Divorcio

ARTICULO 48.-

Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años;

- 6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976)

8) La separación de hecho por un término no menor de tres años.

(Así adicionado este inciso por el artículo 2 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995)

ARTICULO 60.-

La separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio. Los esposos que la pidan deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos:

- 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores;
- 2) ¿Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos?;
- 3) Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;
- 4) Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.

Este pacto no valdrá mientras no se pronuncie la aprobación de la separación.

Lo convenido con respecto a los hijos podrá ser modificado por el Tribunal.

El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada. El Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u obscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

ARTICULO 152.-

En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio

y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

(Así modificada su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó de 139 al 152)

### **3 JURISPRUDENCIA**

#### ***a) Omisión de disponer sobre la propiedad de un bien adquirido mediante donación***

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>4</sup>

VOTO NUMERO 1324-07

TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ, al ser las ocho horas treinta minutos del dos de octubre del dos mil siete.-

Proceso ordinario de liquidación anticipada de bienes gananciales, establecido por CATALINA MORA ARCE, mayor, divorciada, bibliotecaria, vecina de San Joaquín de Flores, cédula número cuatro-ciento veintiséis-doscientos noventa y uno contra JUAN MADRIGAL FUENTES, mayor, divorciado, ingeniero, cédula número cuatro-ciento veintidós-ciento cuarenta y nueve y MARIA DEL PILAR MADRIGAL MORA, mayor, soltera, en unión libre, ama de casa, cédula número cuatro-ciento ochenta y cinco-novecientos setenta y cuatro. Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Heredia al ser las once horas quince minutos del dieciocho de abril del



d os mil siete.-

Redacta el juez Jiménez Mata, y;

CONSIDERANDO

I.- El auto recurrido rechazó la excepción de cosa juzgada que había interpuesta la parte demandada del este proceso ordinario, en virtud de que cuando se resolvió el divorcio por mutuo consentimiento si bien se habló de algunos bienes, en ningún momento se hizo referencia a la construcción que está en el bien inmueble que se pretende establecer en este proceso ordinario, que es la finca del partido de Heredia número ciento quince mil trescientos cincuenta y siete - cero cero cero; sino que en aquel convenio se especificó cuales bienes se incluían y no se habló sobre ese en particular.--

II.- La parte demandada de este proceso recurre esa decisión, alega que en el divorcio por mutuo acuerdo expresamente la señora Mora Arce renunció a los gananciales sobre esa finca, que si bien no se dice nada sobre la construcción, si es claro que al hablar de la propiedad se refería a todos sus atributos, entre ellos lo accesorio y lo unido por medio de las construcciones y que por ello la resolución no se ajusta a la teoría de los derechos reales.-

III.- No lleva razón quienes recurren, no por las consideraciones que se esgrimen en sus agravios de carácter de derechos sustantivo civil relacionado con los atributos y las características de los bienes, sino esencialmente porque los argumentos parten de un hecho totalmente diverso al supuesto que ellos quieren introducir en la litis.- Según el artículo 60 del Código de Familia, en un divorcio por los procedimientos del mutuo consentimiento, los cónyuges deben hacer referencia a la propiedad de todos los bienes habidos en sus patrimonios, incluso no se hace diferencia entre ellos en relación a la procedencia, además de modo y tiempo de adquisición, siendo que los cónyuges deben considerar en ese documento cual va a ser la condición de propiedad en que quedan esos bienes posterior al divorcio, todo dentro del marco de aplicación del régimen convencional patrimonial que rige las relaciones matrimoniales por encima del régimen supletorio de reparto de gananciales que habla el artículo 41 del Código de Familia.- Entonces en el caso concreto, los cónyuges sobre ese bien en particular, cuya propiedad no se discute ahora si es adquirida antes o dentro del matrimonio o si

fue por título oneroso u otros, en realidad no dispusieron cómo iba a quedar con el divorcio, sino simplemente dispusieron en forma momentánea de la posesión de ella, por cuando mencionaron que se le concedía, por tolerancia, la posibilidad de seguir viviendo allí en forma indefinida, pero no se habló de quién iba ser propietario del bien y el hecho de que se mencione y aclare que el señor Madrigal Fuentes es el propietario por donación en nada enerva la obligación de los cónyuges en hacer esa indicación en el convenio de mutuo consentimiento; esto para llegar y aterrizar en la circunstancia de que entonces al no haberse dispuesto en nada la propiedad del bien, es como si no se hubiere anotado nada y eso hace que se de legitimación para que ahora se discute el derecho de ganancialidad ya sea sobre el atributo del dominio total, sobre el atributo del usufructo o sobre las mejoras producidas al bien como bien independiente ahora del dominio, lo que no escapa a esta realidad del derecho de ganancialidad, ya que en lo que si se concuerda es en el hecho de que la mejora se pliega a la propiedad, pero para efectos del derecho crediticio ganancial eso es irrelevante, mas lo sería para una eventual ejecución del derecho por medio de ese propio bien, pero es situación de otro costal.- Al no haber referencia sobre la propiedad de ese bien, se trata de algo no discutido en un litigio, no concurren entonces los presupuestos de la llamada cosa juzgada como se pretende; por lo que se confirma la resolución recurrida.

POR TANTO

Se confirma la resolución recurrida.-

***b) Requisitos del Divorcio por mutuo consentimiento***

[TRIBUNAL DE FAMILIA]

Voto No. 892-07

TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE , al ser las ocho horas cincuenta minutos del cinco de julio del dos mil siete.-

Divorcio por mutuo consentimiento establecido por MARIO ENRIQUE GUZMÁN VALVERDE , mayor, casado una vez, comerciante, cédula

número uno-quinientos veintiuno-setecientos noventa y cuatro y SILVIA ISABEL URBINA VILLALOBOS, mayor, casada una vez, traductora, cédula número uno-quinientos cincuenta y dos-ciento cincuenta y tres. Funge como Apoderado Especial Judicial de la señora Silvia Urbina Villalobos el Licenciado José Aquiles Mata Porras . Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la señora Silvia Urbina Villalobos contra la resolución dictada por el Juzgado Segundo de Familia de San José, al ser las nueve horas cincuenta minutos del once de enero del dos mil siete.-

Redacta la jueza Picado Brenes, y;

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Mediante resolución dictada por el Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, a las nueve horas con cincuenta minutos del once de enero del dos mil siete, dentro del Divorcio por Mutuo Consentimiento de Mario Enrique Guzmán Valverde y Silvia Urbina Villalobos, se ordenó el rechazo ad portas de la solicitud de homologación del Convenio de Divorcio por Mutuo Acuerdo.

SEGUNDO: Recurre la resolución antes indicada el apoderado especial judicial de Silvia Urbina Villalobos, quien alega que la notaria que hizo la escritura del acuerdo de divorcio fue clara en señalar que en el acto de la confección de la misma no estaba presente la señora Silvia Urbina por lo que no firmaba sino que lo haría con posterioridad. Así también hace ver que en un acto posterior comparece la señora Urbina Villalobos manifestando su acuerdo con la escritura de divorcio realizada por su esposo. El apoderado recurrente hace énfasis en que a las partes se les leyó lo acordado, de ahí que la firma de las partes responde a la manifestación de la voluntad de los mismos, es decir, que la voluntad de ambas partes fue manifiesta. Considera que la ratificación de doña Silvia Urbina le da validez al acuerdo inicial. Por estas mismas razones alega que no se deben testimoniar piezas ante el Juzgado Notarial contra la notaria que realizó la escritura del acuerdo de divorcio.

TERCERO: Analizados los autos así como los agravios planteados por el recurrente, concluye este Tribunal que el señor

juez de primera instancia lleva razón en sus apreciaciones, así como en las conclusiones a que arriba después del análisis normativo aplicable al caso. Considera este Tribunal que así como el acto del matrimonio no es un simple contrato civil, la disolución del mismo por mutuo acuerdo tampoco es un simple acuerdo civil de disolución de un contrato. Veamos, para que opere un Divorcio por Mutuo Acuerdo no basta con la participación de un notario, sino que se deben dar ciertos requisitos expresamente estipulados en la ley, tal como que la unión matrimonial sea por más de tres años. Pero además se requiere que un juez de familia de la República homologue dicho acuerdo de disolución del vínculo matrimonial. El fundamento de ello es básicamente el carácter INDISPONIBLE del estado civil de las personas, pues existe un marcado interés público en el tema, por lo que el legislador patrio optó por regular expresa y estrictamente ese tipo de Divorcio. Al momento de realizarse la escritura del Convenio de Divorcio por Mutuo Acuerdo se requiere que ambos cónyuges estén presentes, que discutan si a bien lo tienen sobre los distintos aspectos que exige la ley hasta llegar a un acuerdo, debiendo participar un notario que debe desempeñar un papel de orientador legal de ambas partes. Es decir, la presencia física es un requisito indispensable de validez del acto mismo del acuerdo de Divorcio por Mutuo Acuerdo, tanto de los cónyuges como del notario mismo. Asimismo sucede en el acto del matrimonio, al punto que para poder realizarlo sin la presencia física de una de las partes se requiere de un poder especialísimo en donde se incluyan los aspectos básicos e indispensables del acto a celebrar. Distinto hubiese sido la decisión a tomar si la señora Urbina Villalobos al momento de celebrarse la escritura de divorcio estuviera representada por un apoderado especialísimo, lo cual no se dio en este caso. En consecuencia no resta más que confirmar la resolución recurrida.

CUARTO: Con relación al testimonio de piezas ante el Juzgado Notarial contra la notaria que realizó la escritura de Divorcio por Mutuo Acuerdo, considera este Tribunal que en efecto el proceder de dicha notaria debe ser examinado por la autoridad correspondiente, pero tales piezas no deben ser remitidas al Juzgado Notarial sino a la Dirección de Notariado, para que proceda conforme a derecho. No se explica este Tribunal cómo la Notaria que realizó la escritura de Divorcio podía conocer la voluntad de doña Silvia Urbina Villalobos, si ésta no se encontraba presente al momento de dicha confección. La función notarial es para con ambos cónyuges, de ahí que si uno de éstos no se encuentra presente es imposible realizar un "acuerdo" de

divorcio.

POR TANTO:

Se confirma la resolución recurrida, con la aclaración que firme la resolución recurrida se remita copia del expediente a la Dirección Notarial.

***c) Existencia de cosa juzgada material impide gestionar nulidad de sentencia***

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>5</sup>

VOTO N° 1603-06

TRIBUNAL DE FAMILIA .- San José, a las catorce horas cuarenta minutos del diez de octubre del dos mil seis.

PROCESO ORDINARIO DE NULIDAD DE CONVENIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO , establecido por JORGE ALBERTO MADRIGAL CHAVES , cédula número uno-seiscientos dos-quinientos sesenta y uno, contra CINTHYA OBALDIA AGUILAR , cédula número uno-setecientos sesenta y cinco-cero cero siete. En apelación formulada por el Apoderado Especial Judicial del actor, conoce este Tribunal de la resolución dictada a las diez horas cincuenta minutos del veinticinco de agosto del dos mil seis, por el Juzgado Primero de Familia de San José. Se ha tenido como parte al Patronato Nacional de la Infancia.-

Redacta la Jueza PICADO BRENES; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante resolución dictada por el Juzgado Primero de Familia de San José a las diez horas cincuenta minutos

del veinticinco de agosto del dos mil seis, dentro del proceso Ordinario de Nulidad de Convenio de Divorcio promovido por Jorge Alberto Madrigal Chaves contra Cinthya Obaldía Aguilar, se acogió la excepción de COSA JUZGADA interpuesta por la demandada y se ordenó el archivo del expediente. Se condena al actor al pago de ambas costas.

SEGUNDO: Recurre la resolución antes indicada el actor por cuanto considera que no hay identidad de causa y objeto entre el Incidente de Oposición por Vicios en el Consentimiento que se tramitó dentro del Divorcio por Mutuo Consentimiento y el presente Proceso Ordinario, ya que en el primero únicamente se discutieron vicios en el consentimiento mientras que en el Proceso Ordinario se discute el Poder Especialísimo y los Contratos que surgen con motivo de dicho Poder. En ese sentido hace notar que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia al conocer el Recurso de Casación en el Incidente por Vicios en el Consentimiento, señala expresamente que dentro del Incidente en mención no se puede conocer el tema del Poder que ahora se cuestiona.

TERCERO: Del estudio de los autos así como de la sentencia venida en alzada concluye esta integración del Tribunal que la misma se encuentra ajustada a derecho. La cosa juzgada en este caso opera por cuanto la sentencia que dicta el Divorcio de las partes por Mutuo Acuerdo adquirió firmeza, por lo que conforme al artículo 845 del Código Procesal Civil la misma obtuvo autoridad y eficacia de cosa juzgada material, de ahí que la misma se torna indiscutible. En ese sentido bien hizo el señor juez de primera instancia en declarar con lugar dicha excepción previa interpuesta por la parte demandada y ordenar el archivo del proceso. Con el actual proceso el actor pretender se declare viciado el poder por él conferido dentro del proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento, con la finalidad de desvirtuar precisamente dicho Divorcio que adquirió firmeza y con ello autoridad y eficacia de cosa juzgada material. Es decir, el cuestionamiento del poder no es más que el argumento a través del cual se escuda la intención de dejar sin efecto una sentencia de divorcio por mutuo acuerdo que por disposición legal es incuestionable e invariable conforme lo dispone el artículo 162 del Código Procesal Civil. Y es precisamente ese trasfondo el que debe ser visualizado en este caso. Aparte de existir tan clara disposición legal declarando la cosa juzgada de ese tipo de proceso, tenemos que en este caso se da una segunda COSA JUZGADA en el sentido que el tema que ahora se cuestiona en el presente

proceso ordinario en realidad ya había sido discutido al momento de resolverse el Incidente por Vicios en el Consentimiento planteado dentro del proceso por mutuo acuerdo. Es decir, tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se dio el respectivo pronunciamiento sobre el poder cuestionado. Si bien la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia al conocer del recurso de casación interpuesto dentro de dicho Incidente señala que dentro del mismo no puede ser conocido el tema del poder, lo cierto es que no anula la sentencia de segunda instancia, sino que se limita a conocer el tema propiamente del vicio en el consentimiento, no pudiendo interpretarse que la Sala Segunda lo que hace es remitir a las partes a la vía ordinaria para conocer de dicho aspecto puntual, por cuanto ello sería inconsistente con la disposición del artículo 845 del Código Procesal Civil sobre el efecto de la cosa juzgada material de la sentencia dictada dentro de un proceso de Divorcio por Mutuo consentimiento. En ese sentido es claro que la Sala Segunda lo que hizo fue denegarle el recurso de casación al cuestionamiento del tema del poder, pero no dejó sin efecto los pronunciamientos en instancias inferiores sobre el tema. Recordemos que en realidad el acceso ante la Sala Segunda a través del Recurso de Casación es números clausus, no siendo tan limitado el del recurso de apelación y mucho menos el conocimiento amplio que tiene el juzgador en primera instancia con el recurso de revocatoria. En este caso concreto el juzgador que conoció del divorcio también conoció y se pronunció sobre el poder cuestionado e incluso su resolución fue elevada ante este Tribunal y ya se emitió pronunciamiento al respecto. Es decir, a un mismo tiempo se fue conociendo tanto del poder cuestionado como del vicio en el consentimiento, y si bien ambos se tramitaron a través del Incidente, ello no significa ni implica que se trata de un solo asunto.

CUARTO: A través de la lectura de los autos y en particular del proceso de Divorcio por Mutuo Acuerdo se concluye sin lugar a dudas que el recurrente tuvo conocimiento pleno de lo negociado entre su apoderado y la aquí demandada, y el vicio denunciado era a nivel personal del actor por las alegadas presiones contra él ejercidas por la aquí demandada. Pero en ningún momento el aquí actor cuestiona el poder alegando un vicio al momento de otorgarse el mismo. Tal lectura nos permite concluir más bien una flagrante violación a los artículos 21 y siguientes del Código Civil por parte del actor recurrente, quien formula una serie de gestiones improcedentes que no hacen más que activar la maquinaria judicial con los costos materiales, económicos y de personal que ello implica para el Poder Judicial e incluso para la

contraparte. Así las costas no resta más que confirmar la sentencia apelada.

POR TANTO :

Se confirma la resolución recurrida.

***d) Posibilidad de apelar la resolución que ordena el archivo provisional***

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>6</sup>

VOTO NUMERO 763-06

TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, a las ocho horas con treinta minutos del primero de junio del dos mil seis.-

Apelación por Inadmisión presentada por ANA LORENA ALFARO CARRAL , mayor, casada, administradora de empresas, con cédula número uno-setecientos cincuenta y uno-doscientos noventa y cinco, vecina de Sabana Oeste, San José; dentro del divorcio por mutuo consentimiento que se tramita el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, de Joaquín Frausto Linares y Ana Lorena Alfaro Carral, y;

CONSIDERANDO :

I.- Del estudio de los artículos 583, 584 y 585 del Código Procesal Civil, se desprende que el recurso de apelación por inadmisión es formalista, de manera que el escrito en que se formule, necesariamente debe indicar: 1) Los datos generales del asunto que se requieran para su identificación. 2) La fecha en que fue presentado el recurso de apelación en primera instancia. 3) La fecha en que la resolución apelada quedó notificada a todas las



partes. 4) La fecha en que quedó notificada a todas las partes la resolución que desestima la apelación. 5) La copia literal de la resolución que deniega el recurso, ya sea dentro del escrito o presentarse en forma separada, pero en ambos casos el recurrente deberá afirmar que el contenido de la misma es exacto.-

II.- En el caso que nos ocupa, el escrito de apelación por inadmisión formulado por la promovente Ana Lorena Alfaro Carral, cumple con los requisitos enunciados en el artículo 584 *ibídem.*- Asimismo, se encuentra presentado en tiempo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 585 *ibídem.*- Ahora bien, se procede a continuación a determinar si la resolución apelada sea la dictada a las trece horas quince minutos del veinte de enero del dos mil seis (folio 9); admite el recurso de apelación.-. El tema es interesante. De principio, la resolución en la que se realiza alguna prevención no es apelable. Lo que sucede es que en la gran mayoría de los procesos, cuando no se cumplen los requisitos de la demanda, el órgano jurisdiccional procede a prevenir su corrección y, en caso de incumplimiento, se procede a emitir una resolución en la que se da por terminado el asunto y se ordena el archivo del expediente. La primera resolución no es apelable, pero la segunda sí, pues con ella se termina el proceso. Esto permite que en un plazo bastante razonable la situación pueda ser revisable en alzada. Sin embargo, en este otro tipo de procedimientos, no se puede disponer la terminación del proceso y, por consiguiente, la prevención que se realiza en el sentido de que los promoventes deberán de indicar mediante escritura adicional si ratifican el convenio presentado o bien si tienen que hacerle alguna modificación; no es bajo sanción de archivar el expediente, sino de mantenerlo en "archivo provisional". Esto provoca, en definitiva, que no se ordene la terminación del asunto y el proceso se mantenga suspendido indefinidamente mientras los promoventes no cumplan con la prevención.- Por el razonamiento dado, se revoca parcialmente el auto denegatorio en cuanto al rechazo de recurso y en su lugar, en efecto suspensivo se admite el recurso de apelación formulado por la promovente contra la resolución dictada a las trece horas quince minutos del veinte de enero del dos mil seis (folio 9).- Incorpórese este legajo al expediente principal.- Devuélvase el expediente al Juzgado de Primera Instancia para que de conformidad con el artículo 588 del Código Procesal Civil, emplace a las partes.-

POR TANTO:

Se revoca parcialmente el auto denegatorio del recurso de

apelación en cuanto al rechazo del recurso de apelación y en su lugar, en efecto suspensivo se admite el recurso de apelación formulado por el solicitante contra la resolución dictada a las trece horas quince minutos del veinte de enero del dos mil seis .- Incorpórese este legajo al expediente principal. Devuélvase el expediente al Juzgado de Primera Instancia para que de conformidad con el artículo 588 del Código Procesal Civil, emplace a las partes.-

**FUENTES CITADAS**

- 1 ESQUIVEL E, Lilliam. Análisis del convenio por mutuo consentimiento en el divorcio y la separación judicial y sus alcances prácticos. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. pp 124-126.
- 2 TREJOS, Gerardo. Derecho de familia costarricense. San José, C.R. Editorial Juricentro, 1982. pp 325-326.
- 3 Asamblea Legislativa Código de Familia. Ley : 5476 del 21/12/1973  
Fecha de vigencia desde: 05/02/1973
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSÉ. VOTO NUMERO 1324-07. al ser las ocho horas treinta minutos del dos de octubre del dos mil siete.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO N° 1603-06. San José, a las catorce horas cuarenta minutos del diez de octubre del dos mil seis.
- 6 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO NUMERO 763-06. San José, a las ocho horas con treinta minutos del primero de junio del dos mil seis.