

Informe de Investigación

Título: Notario en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento

Subtítulo: -

| | |
|--|---|
| Rama del Derecho: Derecho de familia | Descriptor: Divorcio |
| Tipo de investigación: Compuesta | Palabras clave: divorcio, mutuo consentimiento, notario |
| Fuentes: Doctrina, jurisprudencia | Fecha de elaboración: 01-2010 |

Índice de contenido de la Investigación

| | |
|--|----------|
| 1 Resumen..... | 1 |
| 2 Doctrina..... | 1 |
| Ilegalidad del acta que confecciona el abogado en su calidad de notario en su protocolo y que le confiere poder para representar a ambos cónyuges..... | 1 |
| 3 Normativa..... | 3 |
| 4 Jurisprudencia..... | 3 |

1 Resumen

En este informe encontrará doctrina y jurisprudencia sobre la injerencia del notario en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento.

2 Doctrina

[Brooks Johnson, Frank]¹

Ilegalidad del acta que confecciona el abogado en su calidad de notario en su protocolo y que le confiere poder para representar a ambos cónyuges

La señora Ana Victoria Huete Astúa y el señor Francisco Oreamuno Gómez, acuerdan en escritura

pública divorciarse por mutuo consentimiento y nombran para tal efecto al mismo asesor legal, quien en su condición de notario, confeccionó en su protocolo el acta en que se le confiere dicho poder.

El juez se negó a dar curso a la petición de los solicitantes, por considerar que el procedimiento seguido por el asesor, confeccionando en su protocolo el acta donde se le confiere poder para representar a ambos cónyuges contraviene el artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado.

En apelación ante la Sala, ésta confirmó el pronunciamiento del Juez. Dijo la Sala: "Procede mantener el pronunciamiento que se examina por vía de alzada en razón de que esta Sala, en un caso idéntico dijo que el abogado, por tratarse de un divorcio por mutuo consentimiento, bien puede representar a las dos partes en el juicio, pero no puede él confeccionar en su condición de notario en su propio protocolo, el acta en que se le confiere poder porque no cabe duda de que deriva de ese hecho algunos derechos y contraviene así la regla contenida en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado" . (1)

Otro ejemplo es el de los señores Reimunda Padilla Padilla y Roberto Quirós Venegas quienes deciden disolver su matrimonio por acuerdo mutuo. Ambos confieren poder especial judicial al mismo asesor legal para que los represente. El poder conferido al asesor fue autenticado por el mismo en su calidad de notario público así como confeccionado en su mismo protocolo.

El Juzgado le negó eficacia a ese poder, por considerar que la firma de los poderdantes debe ser autenticado por un notario que no sea precisamente el abogado al cual se le otorga el poder.

Resolución de la Sala;

"Tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento no rige la prohibición para que el mismo profesional represente a los dos cónyuges, (artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 350 del Código Penal). Ahora bien, en un caso como el presente no es posible distinguir entre la persona del abogado y la persona del notario por estar reunidas esas dos calidades en la misma persona física. Así las cosas, si es aplicable el Artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado y la doctrina que la informa, porque de ese acto notarial la misma persona física que, es abogado y notario a la vez deriva el derecho a dirigir el juicio, a gestionar en el nombre de sus representados y a percibir los honorarios por su trabajo», Por otra parte, la autenticación de la firma del poderdante ya se ha facilitado al máximo puesto que ahora no se exige dejar razón notarial en el protocolo conforme lo dispone el artículo 80 de la Ley Orgánica de Notariado" (2)

(1) Resolución No. 456, Sala Primera Civil, 8:20 hrs. del 11 de Diciembre de 1979. Ordinario de Divorcio por Mutuo Consentimiento de Ana Victoria Huete Astúa y José Francisco Oreamuno Gómez.

(2) Resolución No. 411, Sala Primera Civil, 8:30 hrs., 31 de Octubre de 1978. Ord. de Divorcio por Mutuo Acuerdo de Reimunda Padilla Padilla y Roberto Quirós Venegas.



3 Jurisprudencia

VOTO N° 435-04

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las trece horas diez minutos del diez de marzo del año dos mil cuatro.-

Divorcio por mutuo consentimiento: Abogado que no ha realizado la solicitud formal de homologación. Deber de prevenir el cumplimiento de los requisitos básicos del convenio

Voto de mayoría

"SEGUNDO: El artículo 60 del Código de Familia establece los requisitos básicos que debe contener el convenio de divorcio o separación judicial por mutuo consentimiento. Por otra parte el artículo 840 del Código Procesal Civil expresa que debe formularse una solicitud de aprobación del convenio a que se refiere el artículo inmediato anterior, la cual podrá ser hecha por ambos o por uno solo de los cónyuges. Lo anterior, es para cumplir con la formalidad básica de hacer una petición formal al juez, y cumplir así el principio del dispositivo, pues en esta clase de asuntos no puede el juez darles curso de oficio. En el asunto venido en apelación, solo hay un escrito aparte de los documentos probatorios que le acompañan, que corre a folio 6, en el cual el Licenciado Argüello Venegas señala para notificaciones su oficina en la ciudad de Turrialba. Si bien el abogado no tenía mandato en ese momento, posteriormente presentó, según puede verse a folio 8, el instrumento correspondiente demostrando tener poder especial judicial. TERCERO: En vista de lo anterior, debe decirse que el abogado no había cumplido con los requisitos necesarios al momento de presentar el convenio firmado por los cónyuges, y que aunque posteriormente cumplió uno de ellos cual es el de demostrar su capacidad para accionar en este asunto, no se ha cumplido aún con la solicitud formal de homologación del convenio. No obstante, previo a poder analizar y resolver en resolución considerada, si el convenio se aprueba o se imprueba, debió prevenirse el cumplimiento de los requisitos, ya que los presupuestos procesales, dentro de los cuales se incluyen las formalidades de una petición a un juez, están llamados a otorgar validez a la tramitación, sin que se esté emitiendo ningún criterio sobre los presupuestos materiales, y caso de no cumplirse los requisitos entonces sí habría que considerar y resolver la imposibilidad de continuar el trámite. Dado que en este caso no se ha dado oportunidad de cumplir la formalidad faltante, lo procedente es revocar la resolución recurrida, y en su lugar se ordena prevenir que se corrija a derecho la petición, y continuar con el procedimiento, si otro motivo legal no lo impide."

Voto # 1038-2009



TRIBUNAL DE FAMILIA . San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de junio de dos mil nueve.

Divorcio: Criterios aplicables para determinar honorarios de abogado. Aplicación del principio de trascendencia económica al distribuirse bienes gananciales

Voto de mayoría

“QUINTO: Este Tribunal considera que lleva razón el recurrente en su único punto de agravio contra el fallo recurrido; ya se ha dicho en reiteradas ocasiones que la trascendencia económica de un proceso de divorcio está determinada por las condenas que pueda tener el fallo de cuestiones patrimoniales otorgadas a una de las partes y que hacen que el litigio se hubiere tornado de esa especie patrimonial en esos puntos específicos; como puede ser la declaratoria de ganancialidad en determinados bienes concretos de los cuales las partes debieron litigar para lograr que el juez declarara esa ganancialidad sobre ello, así como podría surgir aquella trascendencia económica en concordancia con alguna condena de pago que se establezca, por ejemplo en el campo de los daños y perjuicios, a pesar de que se hubiera considerado la demanda como inestimable. Es por eso que la normativa de honorarios de abogado establece esa trascendencia, porque quiere dar a entender que aunque exista un proceso no estimable (como los procesos de divorcio y muchos otros de la jurisdicción familiar) los procesos pueden tener repercusiones de tipo patrimonial para las partes y eso debe ser tutelada desde la óptica de la función del abogado. Entonces no es cierto que un asunto pueda tener trascendencia económica pero no estimable, porque es posible que si un asunto tiene esa repercusión y no se puede o no se ha determinado en el fallo del conocimiento, para determinar las costas sea necesario recabar algún tipo de probanza que venga a considerar un eventual monto de aquella trascendencia y eso fue lo que pasó en el presente asunto; en el que no es sino hasta con los peritajes verificados para los efectos de la ejecución, que se logra establecer aquella trascendencia y esto no es una práctica errada ni mucho menos, porque tampoco es que se esté liquidando costas del proceso de ejecución, de las cuales de por si en este caso no sería posible porque el fallo determinó la sentencia sin especial condena en costas.

SEXTO: Ya se dijo entonces que si debe considerarse que en el presente asunto ha existido una trascendencia económica, esto porque ha quedado mas que claro que se determinó un derecho de ganancialidad a favor de la actora del proceso de conocimiento, derecho de ganancialidad que por definición es un derecho de crédito que ella adquiere respecto de su ex-esposo y por ende es un derecho de orden patrimonial. Así entonces las costas del proceso de divorcio que se deben otorgar se deben calcular tomando como base esa trascendencia económica y lo que dispone el artículo 29 de aquel decreto señalado, sea que el divorcio, como proceso abreviado que es, debe ser susceptible de aplicación de la tabla de honorarios del artículo 17, rebajando un veinticinco por ciento en vista de su carácter de abreviado del proceso, todo sobre un monto del que ella ha adquirido el derecho conforme incluso el fallo de la ejecución, cual es la cantidad de crédito de cuarenta y cuatro millones ciento sesenta y nueve mil novecientos ochenta y nueve colones (25%), sobre el segundo millón la suma de ciento ochenta mil colones (18%), sobre el exceso de dos millones y hasta cinco millones de la suma de cuatrocientos veinte mil colones (14%) y sobre el exceso de cinco millones la suma de tres millones novecientos dieciséis mil novecientos noventa y ocho colones con noventa céntimos; para un total de cuatro millones setecientos sesenta y seis mil



novecientos noventa y ocho colones con noventa céntimos ; pero de lo cual debe rebajarse el veinticinco por ciento (por tratarse de un proceso abreviado), quedando la suma en tres millones quinientos setenta y cinco mil doscientos cuarenta y nueve colones con veinte céntimos, suma en la cual quedan los honorarios de abogado como parte de las costas personales liquidadas, por lo que se procede a revocar el fallo en ese aspecto y para fijar en ese monto las costas personales de honorarios de abogado.”

Nº 74.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las quince horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Divorcio por mutuo consentimiento: Criterios para fijar honorarios de abogado

Voto de mayoría

"III.-

Dada la naturaleza de los agravios esgrimidos, procede, en primer lugar, determinar los alcances de la sentencia ejecutoria dictada por la Sala. En ella se reconoció el derecho del [actor] a percibir honorarios como abogado y notario, por su labor profesional en el convenio y la tramitación judicial del divorcio por mutuo consentimiento, mediante el cual los demandados obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial que los unía en la sentencia de las 17 horas del 18 de setiembre de 1979, dictada por el Juzgado Quinto Civil de San José. Para establecer el monto de esos emolumentos, se remitió a la fase de ejecución del fallo, para lo que se establecieron los siguientes criterios: a- En cuanto a los honorarios de abogado, la fijación debe hacerse prudencialmente, pero tomando en cuenta la trascendencia económica de la distribución de bienes efectuada en el convenio de divorcio. b- Debe atenderse el valor real de éstos. c- La fijación de los honorarios debe hacerse con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1º, inciso i), de la Ley Reguladora de Honorarios de Profesionales en Derecho y de Notarios, Nº 1128 de 17 de enero de 1970, y los artículos 95 y 96 de la Ley Orgánica de Notariado, tratándose de la labor notarial. d- Ambos demandados deben cubrir las sumas fijadas, en forma proporcional, según los bienes correspondientes a cada uno de ellos en el citado convenio. e- Las costas del proceso deben ser cubiertas por ambos accionados, quienes, al respecto, se encuentran obligados solidariamente. Los honorarios de abogado deben fijarse según la trascendencia económica de los bienes distribuidos, en forma prudencial. Los de Notario, tomando en cuenta el valor indicado, según la tabla vigente entonces para determinar sus emolumentos. Por ende, resulta ineludible atenderse al valor real de éstos. Ello significa fijar su valor actual en la fase de ejecución del fallo, pues se trata de una obligación de valor, cuya determinación debe hacerse tomando en cuenta la cuantía de los bienes referidos. Al fijarse el monto correspondiente a esos bienes, es posible cuantificar los respectivos honorarios, convirtiéndose entonces la obligación en dineraria. Diferente sería, si el monto de la negociación se encontrara establecido en forma cierta, pues, en tal caso, los honorarios del profesional consistirán en una suma de dinero determinada o fácilmente determinable, en cuyo evento, su falta



de pago acarrearía el reconocimiento de intereses, a título de perjuicios. El Tribunal Superior, si bien estimó que se trataba de una obligación de valor, con el fin de no limitar las pretensiones del actor en esta fase de ejecución, se apartó de lo resuelto en su oportunidad por la Sala, al disponer lo siguiente: "VIII. En cuanto a los bienes objeto de distribución en el convenio de divorcio, el valor que se va a tomar en consideración es el que tenían al momento en que se decretó el divorcio, ya que aún cuando puedan haber aumentado el valor y respecto de los inmuebles es posible que existan mejoras introducidas en fecha posterior al divorcio, sobre ellas no tiene derecho el abogado del convenio a devengar honorarios y en todo caso no se pactó una cláusula de indexación que permita actualizar los valores de los bienes objeto de distribución." El razonamiento del Tribunal transcrito, padece dos defectos: En primer lugar, no se ha alegado en esta ejecución la existencia de mejoras. De haberlas, lo procedente sería estimar el valor actual del bien, para rebajarlas del mayor valor que en virtud de éstas tenga al justipreciarse. En segundo lugar, la ausencia de una indexación no impide la determinación de una obligación de valor, según la trascendencia económica real de los bienes distribuidos en el divorcio por mutuo consentimiento. Al no entenderlo así el Tribunal, desatendió lo resuelto por la Sala, proveyendo en contra de lo ejecutoriado. Por ello, la liquidación de honorarios de abogado y notario, partió de una base errada, violándose así los artículos 162 y 163 del Código Procesal Civil, los cuales corresponden a los preceptos 720, 721, 722, 723 y 724 del Código Civil, ahora derogados. Por ello, sin entrar a analizar los demás agravios, procede casar el fallo, y resolver, según se hará, el fondo del asunto [...]. Los honorarios de abogado, según dispuso la sentencia ejecutoria, han de calcularse prudencialmente. Al efecto, precisa tomar en cuenta la trascendencia económica de las disposiciones hechas en favor de ambos cónyuges, las cuales ascienden a [...]. No deben considerarse, como se dijo, las donaciones hechas a favor de las hijas de ellos, pues no se trata de bienes que correspondieron a los demandados. Tampoco pueden tasarse honorarios respecto de bienes no mencionados en el convenio de manera expresa, en el trámite judicial. Pero los bienes no valorados judicialmente y sí mencionados en la distribución del convenio, cabe tomarlos en cuenta, no con la estimación que ahí se les dio, que obviamente lo fue para fines fiscales y que no responde al valor real actual, y para tomarlos en cuenta se parte de la base de que la sentencia que se ejecuta dispuso una fijación prudencial de los honorarios. Estos, entonces, no pueden ser en la suma que señaló el Tribunal Superior, que se considera baja, pero tampoco pueden ser en la elevada suma que pretende el [actor], pues resulta importante considerar, para esta fijación, la labor realizada por el profesional de derecho en estos procesos. No se trata de un asunto contencioso. Todo lo contrario, se parte de un acuerdo entre los cónyuges para dar término a la relación matrimonial. La labor del actor, luego de haber cumplido con las tareas de notario, se circunscribió a realizar el escrito solicitando la homologación del convenio, aportando el testimonio respectivo. El Juzgado, luego de presentada la solicitud, tuvo por establecidas las diligencias, dando audiencia al Patronato Nacional de la Infancia. Luego, sin más trámite, el despacho procedió al dictado de la sentencia N° 1227 de las 16 horas del 18 de setiembre de 1979, homologando todos los extremos del convenio presentado. Finalmente, se expidió la ejecutoria para su inscripción en los registros respectivos. Como puede observarse, la labor profesional del abogado, en estos asuntos, no reviste la complejidad propia de los procesos contenciosos. Por ende, no son aplicables los criterios de equidad citados por el recurrente, utilizados para fijar los emolumentos de abogado en otros procesos, en los cuales, se ha estimado, los honorarios pueden corresponder, prudencialmente, a un 7.5% de la estimación del asunto. También ha de tomarse en cuenta, en este asunto, el tiempo requerido para llegar a una estimación de la retribución debida al actor. El divorcio de los demandados se llevó a cabo en 1979, pero no es sino hasta 1995, casi 16 años después, cuando se le liquida el derecho respectivo. Reparando en todo ello, la valoración prudencial de los honorarios de abogados procede fijarla en [...]. Al demandado [...] corresponde pagar [...] y el resto, sean [...] a la codemandada [...]."

CIJULENLINEA

CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA





ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

1 Brooks Johnson, Frank. Análisis Jurisprudencial del Divorcio por Mutuo Consentimiento en Costa Rica. Tesis de grado para optar el