



Jurisprudencia sobre Ganancialidad de las Acciones y Bienes de la Sociedad Anónima

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Régimen Patrimonial de la Familia.
Palabras Claves: Bienes Gananciales, Participación Diferida, Sociedad Anónima.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 17/09/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Bienes Gananciales	2
JURISPRUDENCIA	3
1. Ganancialidad de las Acciones de la Sociedad Anónima	3
2. Las Acciones de la Sociedad Anónima y el Régimen de Participación Diferida en la Determinación de los Bienes Gananciales	6
3. El Régimen de Participación Diferida de los Bienes Gananciales ante el Fraude de Simulación Efectuado con Acciones de una Sociedad Anónima	12
4. Litisconsorcio Necesario en la Aplicación del Régimen de Participación Diferida en Materia de Bienes Gananciales	19
5. Ganancialidad de los Bienes a Nombre de una Sociedad Anónima	21
6. Procedencia de Orden a Sociedad Anónima de Abstenerse de Disponer de Bienes sobre los cuales se Discute su Ganancialidad	26

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Ganancialidad de las Acciones de la Sociedad Anónima y sus Bienes, considerando para tal propósito los supuestos normativos del artículo 41 del Código de Familia y la jurisprudencia emanada de los Tribunales de Familia y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

NORMATIVA

Bienes Gananciales

[Código de Familia]ⁱ

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.

(Así reformado el párrafo anterior 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)

JURISPRUDENCIA

1. Ganancialidad de las Acciones de la Sociedad Anónima

[Tribunal de Familia]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“IV. RESPECTO AL RECURSO DE APELACIÓN QUE PLANTEA LA PARTE EJECUTADA: [...] El segundo y puntual agravio se basa en el hecho de que según se dice, se están considerando como bienes gananciales, bienes propiedad de terceras personas, tal y como lo son bienes de la sociedad denominada H.L. Sociedad Anónima. Se indica por parte del apelante que el avalúo de las acciones de dicha sociedad se debe circunscribir al capital social al momento de hacer el avalúo y no considerar bienes que ya la sociedad no tiene. Estos argumentos de la parte apelante no son de recibo por lo que a continuación se indica. Al decretarse la ganancialidad de las acciones de la sociedad H.L. sociedad Anonima, la cuantificación del monto en que se valoran dichas acciones debe hacerse conforme al patrimonio social y no con respecto al capital social, y ese es el criterio que debe prevalecer. A manera de ejemplo, la Sala de Casación ha indicado:

“...IV. SOBRE LA GANANCIALIDAD DE LAS ACCIONES SOCIALES: Las acciones sociales constituyen el aporte inicial de participación en el capital social de una sociedad anónima. Aunque su valor nominal puede mantenerse incólume, ello no es así respecto de su valor real, que dependerá de la actividad y el desarrollo que logre alcanzar la actividad empresarial. El régimen patrimonial familiar del artículo 41 del Código de Familia, confiere a cada cónyuge el derecho a participar de la mitad del valor neto de los bienes gananciales que ingresan al patrimonio del otro cónyuge durante la convivencia matrimonial. No indica esa norma cuáles son los bienes gananciales, pues simplemente enuncia aquellos que no revisten esa condición. Expresamente señala

“Únicamente no son gananciales los siguientes bienes...”. A partir de esa exclusión se presume que todos los bienes ingresados en el patrimonio de los cónyuges, durante la convivencia matrimonial -salvo que se trate de alguno de los casos de excepción que la misma norma contempla- son gananciales y consecuentemente, una vez que ingresan a sus respectivos patrimonios confieren al otro cónyuge el derecho a participar en la mitad de su valor neto al momento de la disolución del vínculo. De esta manera, el sistema de distribución patrimonial familiar adoptado por el régimen jurídico, beneficia a ambos cónyuges de la actividad que en conjunto realizan durante su convivencia, compartiendo en forma solidaria la responsabilidad y el gobierno de la familia y proveyendo al bienestar de su hogar. Es decir, partiendo de los fines del matrimonio -vida en común, mutuo auxilio, etc...- esa disposición asume que cada cónyuge participa con su esfuerzo en el logro de esos fines, y pretende evitar que al disolverse el matrimonio sólo uno de ellos resulte beneficiado de los frutos de ese esfuerzo conjunto que se ha dado tanto en lo económico como en apoyo, asistencia, cuidado y administración del hogar, de los hijos, etc... Esa fue la finalidad que inspiró al régimen instaurado por el Código de Familia, desde su promulgación en el año 1973, época para la cual estaba aún más entronizada la división de funciones familiares por la que el esposo se ocupa del ingreso económico en tanto la esposa asume las labores que demanda la atención del hogar y el cuidado de hijos e hijas, así como de las personas adultas mayores y enfermas. De modo que ya desde esa época, el sistema propicia el beneficio recíproco de la bonanza económica que se pueda tener durante la convivencia matrimonial -cuando no se trata de las excepciones advertidas por la norma-. En el caso en estudio tenemos por acreditado que actor y demandada contrajeron matrimonio en el año 1995. Que la sociedad... S.A. se constituyó el 4 de noviembre de 1994. Su capital social inicial fue de mil doscientos colones, representado por mil doscientos acciones comunes y nominativas de un colón cada una (folios 219 al 221). En esa sociedad, el actor es dueño de cuatrocientos ochenta acciones comunes y nominativas de un colón cada una; y es el representante judicial y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma (folio 161). Su papá aparece como titular de doscientos cuarenta acciones y las restantes -480- las cedió la demandada al señor..., el 9 de mayo de 2003 (folio 221). Por otra parte, el 27 de noviembre de 1992 se constituyó la sociedad denominada...S.A. (folio 388), cuyo capital social de mil doscientos colones también estaba representado por mil doscientos acciones comunes y nominativas de un colón cada una. Constituida inicialmente por el actor, conjuntamente con sus progenitores, él suscribió y pagó cuatrocientas acciones, su papá y su mamá, las restantes (folios 2 y 389). A partir del 18 de febrero de 1994, esa sociedad pasó a denominarse... S.A. (folios 373 y 396); y en ella el actor ocupa el cargo de secretario de junta directiva con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma (folio 160). Por otra parte, a folio 14 consta el documento emitido por el licenciado...(Contador Público Autorizado), en la que el citado profesional certifica los ingresos mensuales brutos que percibe el actor, por servicios profesionales

independientes a las empresas ...S.A; y ...S.A. Ese cúmulo de circunstancias evidencian que la actividad comercial dentro de la cual se desenvuelve el actor y que provee su ingreso económico, está inserta dentro del mismo campo empresarial y comercial de las sociedades constituidas por él y sus progenitores, por lo que es fácil deducir que el producto de su esfuerzo redunde en enriquecimiento suyo y de las empresas familiares. En efecto, la actividad comercial del actor se realiza a través de dichas sociedades en las cuales él, además de socio es personero con las más amplias facultades legales. De ello resulta que, bajo el manto societario, el señor... realiza la actividad económica de la que proceden sus ingresos que, en condiciones normales son los que se reflejan en la comunidad de bienes generados dentro del matrimonio. Es cierto que la legislación mercantilista, al adoptar la doctrina de la personalidad jurídica postula la existencia de un patrimonio jurídico social diferenciado del de los accionistas. Sin embargo, el empleo de esa ficción jurídica, concebido para el desempeño dentro del ámbito comercial, no puede prestarse para un fin distinto e incluso ilegal, como sería pretender ampararse en ese régimen para desconocer el derecho a gananciales instaurado en el artículo 41 del Código de Familia. De desconocerse esa realidad, la cónyuge estaría en una clara desventaja porque los bienes generados dentro de su patrimonio sí serían determinables y entrarían en esa condición de gananciales, mas no los de su consorte por estar cubiertos por la apariencia del velo societario que, como en el caso, no alcanza para desconocer la verdadera fuente de los ingresos que permitieron la sostenibilidad del matrimonio mientras fue funcional, con base en el esfuerzo común de los esposos. Al mencionar los principios de la "Eficacia general de las normas jurídicas", el artículo 20 del Código Civil señala: "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". Posibilitar la exclusión del régimen de gananciales con base en la figura societaria sería admitir el recurso a una figura legal para defraudar la aplicación de aquella otra disposición -artículo 41 del Código de Familia- porque por ese medio, los futuros cónyuges podrían recurrir a la constitución de entidades jurídicas para interactuar en sus relaciones comerciales y salvar la aplicación del régimen jurídico patrimonial familiar. En la demanda, la reconventora pretendió se declarara su derecho a participar en las acciones que tiene el actor en las sociedades... S.A. De haber sido adquiridas durante la vigencia del matrimonio, es claro que el valor neto al que tendría derecho la demandada nunca podría calcularse con base en el valor nominal con el que fueron adquiridas esas acciones, sino conforme al valor real y actual. Por esa razón, la declaración hecha por el tribunal, al asignarle el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto del posible incremento del valor real que hayan tenido esas acciones desde el momento del matrimonio hasta su separación es correcta; y no infringe el numeral 41 del Código de Familia sino que, por el contrario, es una decisión conforme con el régimen implantado en esa disposición. Lo anterior, bajo el entendido de que no se trata de declarar la plusvalía de los bienes

como un derecho ganancial, sino que, en tanto la actividad empresarial del actor se desarrolló a través de la sociedad familiar, el incremento económico que pudo alcanzar su participación accionaria a partir del matrimonio, debe beneficiar a ambos por igual. De esta forma, no se causó indefensión al actor pues el tribunal resolvió conforme con las peticiones introducidas al debate y por eso el vicio de incongruencia que se invocó no se configura...” (Ver en este sentido la Res: 2010-00106 dictada por la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA a las nueve horas treinta minutos del treinta de julio de dos mil diez). Es claro que al hacerse la valoración pericial del valor de las acciones de la sociedad H.L. sociedad Anónima debía de hacerse con los activos de esta, y no solo con el valor nominal de sus acciones. Debían incluirse, como en efecto se hizo, la finca del Partido de San José matrícula de folio real numero [...], la finca del Partido de San José matrícula de folio real [...] y el vehículo placas [...], ya que incluso, se tuvo por demostrado que estos bienes eran parte del patrimonio de la sociedad apuntada, y que al inicio de esta discusión, los mismos estaban en el patrimonio de la empresa, y ese debe ser el momento a partir del cual, deben tomarse en cuenta para en definitiva hacer la valoración de las acciones, como en efecto se hizo, y de ahí el agravio que en este sentido se hace no tiene sustento. [...]"

2. Las Acciones de la Sociedad Anónima y el Régimen de Participación Diferida en la Determinación de los Bienes Gananciales

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“VI. Según la jurisprudencia, nuestro sistema jurídico contempla un régimen de participación diferida en los bienes gananciales, de conformidad con el cual, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de los bienes que consten en su patrimonio -de los que tenía al contraer matrimonio y de los que por cualquier título adquiriera durante la existencia del vínculo-. Es entonces al declararse disuelta o nula la unión matrimonial, al disponerse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cuando cada uno adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes que con ese carácter jurídico sean constatados en el patrimonio del otro (artículos 40 y 41 del Código de Familia, citados en el recurso como quebrantados). El calificativo de ganancial, en su filosofía y en el ordenamiento jurídico positivo, hace referencia a un determinado bien adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial, mediante el esfuerzo y la cooperación real y efectivos de ambos cónyuges. Ese esfuerzo común de los cónyuges se desprende de su colaboración no solo en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por satisfacer 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. En ese orden

de ideas, se presumen gananciales los bienes que adquirieran durante la vigencia plena de su matrimonio. El artículo 41 del Código de Familia excluye el carácter ganancial de algunos bienes, así: *“...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) Aquéllos 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”* (énfasis suplido).

VII. Para resolver los puntos sometidos a conocimiento de la Sala debe partirse de lo dispuesto en las instancias precedentes, en relación con los bienes gananciales. Así, según se dijo, el punto 4) de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia confirmada por el tribunal, textualmente expresa: *“4) Que como bienes gananciales se declaran las diez acciones que posee don S.D.S. en la sociedad I.D.S.A., cédula de persona jurídica número [...], por lo que la actora tiene derecho de participar del 50% del valor de las mismas. La liquidación respectiva tendrá que hacerse en la etapa de ejecución de sentencia tomando en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. De igual forma, son gananciales las fincas del Partido de Guanacaste, matrículas números [...], [...], [...], [...] y [...], por lo que la actora tiene derecho a participar del 50% del valor neto de las mismas, lo cual tendrá que ser liquidado en la etapa de ejecución de sentencia”*. La parte recurrente le niega carácter ganancial a estos últimos inmuebles adquiridos, debido a que la respectiva inscripción se realizó cuando la pareja estaba separada de hecho y porque la posesión de las fincas por parte del demandado es anterior al matrimonio. En el voto de esta Sala número 911 de las 9:40 horas del 29 de setiembre de 2006 se consideró: *“...Si la posesión fue la causa por la cual la señora M.U. adquirió el derecho de propiedad de los mencionados dos inmuebles, para desvirtuar la condición de gananciales debió aportar la prueba pertinente; o sea, que el hecho de la posesión, con las características indicadas, se había alcanzado de previo al inicio de la unión de hecho, cosa que sí hizo mediante la prueba testimonial traída a los autos, donde no quedó acreditada una participación previa del demandante en dicha posesión. Esta Sala, en un asunto similar, dejó claro que si la posesión se concretiza antes de la unión de hecho, el bien pierde su carácter de ganancial”* (ver en igual sentido la sentencia número 588 de las 9:40 horas del 22 de noviembre de 2002). Según se tuvo por probado y no se cuestiona ante la Sala, las partes contrajeron matrimonio el 20 de diciembre de 1980 y las fincas del Partido de Guanacaste, números [...], [...], [...], [...], [...], [...] el 4 de setiembre de 2007 se inscribieron a nombre del accionado con base en la resolución dictada en un proceso de información posesoria (ver hechos tenidos por demostrados por la sentencia de primera instancia, prohijados por el tribunal, identificados con los números 1, 5, 6, 7, 8, 9 y 10). Ahora

bien, de conformidad con el hecho tercero de la demanda y su contestación, a la fecha de la interposición de ese juicio (20 de noviembre de 2009), las partes ya tenían cuatro años de estar separadas; es decir, se separaron de hecho aproximadamente en el mes de noviembre del año 2005. Mas, ello no implica que deba acogerse el reclamo planteado. En primer término porque la indicada inscripción no puede verse como constitutivo del derecho de propiedad, pues este se ha configurado desde antes. Obsérvese que en la información posesoria se otorga un título inscribible del que carece un poseedor con requisitos para haber madurado la propiedad (artículo 1° de la Ley de Informaciones Posesorias). Luego, según puede apreciarse del sello de recibido, los trámites de información posesoria se iniciaron el 20 de octubre de 2006 (folios 121 y siguientes), casi un año después de la separación entre las partes. Mas, en la resolución del Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Liberia de las 10:56 horas del 6 de agosto de 2007, mediante la cual se aprobó la información posesoria, se tuvo por acreditado -entre otros hechos- los siguientes: “... 2) *El titular la adquirió de G.V.P., mediante compra venta, traspasándole la posesión por más de diez años, ejercido en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, a título de dueño (documento de folio 17 al 20 frente, testimonios de E.V.B., R.O.M.M. Y R.A.E.).- ... 4) El promovente ha poseído personalmente el fundo objeto de este trámite por más de diez años...*”. A propósito de esa posesión de los fundos, se consideró: “*Cuando el titular no haya tenido la posesión decenal, puede aprovechar la ejercida por sus transmitentes, tal es lo dispuesto en el artículo 863 del Código Civil –inciso g) del artículo primero de la Ley de Informaciones Posesorias-. Con las declaraciones testimoniales de 29, 30 y 31 frente, así como el documento mediante el cual el titular adquirió el inmueble (folio) de, se desprende que él y sus anteriores tramitantes ha poseído el fundo en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, a título de dueño durante más de diez años...*” (sic) (folios 70 a 72). En esa resolución y en el resto del material probatorio no consta expresamente la fecha exacta de la negociación entre el demandado y el señor G.V.P., como tampoco el carácter gratuito de la adquisición. Por otro lado, también está claro que la posesión tomada en cuenta para darle la razón al promovente de la información posesoria, fue también la ejercida por él. Luego, los testimonios de E.V.B., R.O.M.M. y R.A.E. evacuados en ese otro proceso en fecha 22 de febrero de 2007 son contestes en cuanto a que han conocido a don S.D.S. “*en los últimos años*” como el único dueño de los lotes. Es importante aclarar que aún y cuando don E.V.B. hizo referencia a que desde hacía veinte o veinticinco años conocía los lotes que se pretendían inscribir, ello en modo alguno significa que desde ese momento el demandado los tuviera en su posesión, porque de esa declaración fácilmente se colige que, dicho conocimiento proviene del hecho de que primero eran de una tía suya y luego de otra persona (folios 137 a 140). Conforme a lo anterior, a la Sala no le cabe la menor duda de que al momento de la separación de hecho de las partes (verificada como se dijo aproximadamente en el año 2005), dichos bienes podían constatarse en el patrimonio del esposo. La carga de demostrar que a su respecto se estaba en uno de los supuestos

de exclusión contemplados en el referido artículo 41, a efecto de negarles su naturaleza ganancial, le correspondía a la parte demandada; la que no fue cumplida, puesto que ni la fecha exacta de la adquisición ni la gratuidad de la negociación fueron debidamente comprobadas. Por consiguiente, el agravio contenido en el recurso no es de recibo.

VIII. En la sentencia de primera instancia, en lo que interesa, se tuvo por acreditado lo siguiente:

“13. Que el demandado es el dueño del cien por ciento (100%) del capital social de I.D.S.A. S.A (ver certificación notarial de folio 215); 14.- Que el demandado donó a I.D.S.A. el día diez de junio de dos mil tres, las siguientes fincas de su propiedad: del partido de Alajuela, matrícula número [...]; del Partido de San José, matrículas números [...], [...], [...], [...] y [...]; siendo que las referidas fincas del partido de San José, fueron adquiridas originalmente por el accionado antes del matrimonio (certificaciones de folios 219 a 304 y 349 a 372)”. Para otorgarle naturaleza ganancial a las mencionadas acciones, el a quo consideró: “... el análisis de ganancialidad que se está haciendo, lo es en referencia a las acciones de la sociedad y no a los bienes específicos que se aportaron al patrimonio social. De tal suerte, el hecho de que los inmuebles hayan sido originalmente propiedad del accionado, desde antes de casarse, no implica que las acciones de la sociedad no deban ser valoradas en la totalidad de su patrimonio. A partir del momento en que se hizo el aporte, los bienes incrementaron el patrimonio de la sociedad y por ende el valor real de las acciones como títulos representativos de la participación de los socios en la misma... Se hace hincapié en el hecho de que la constitución de sociedades anónimas conlleva la ficto juris (ficción jurídica) de crear una persona comerciante con una esencia económica intrínseca. De aceptarse la tesis de don S.D.S. se estaría admitiendo que la sociedad es un simple “casarón” sin utilidad alguna, lo cual constituiría un abuso de derecho no sustentado por el ordenamiento jurídico (ver artículos 19 a 22 del Código Civil)”. Por su parte, el tribunal -además de mantener los hechos tenidos por demostrados así como los no acreditados- externó el criterio de que al resolverse la negociación entre los hermanos S.D.S. e I.D., los inmuebles regresaron al patrimonio del primero, por lo cual éste le pagó una suma al segundo y que si bien es cierto, luego los donó a la sociedad “... no se puede considerar ese traspaso que hizo el esposo a título gratuito a la sociedad anónima I.D.S.A. como una forma de exclusión de los inmuebles, porque está acreditado que el señor S.D.S. ha sido desde su constitución, el socio casi totalitario, suscribiendo y pagando cuarenta y nueve de cincuenta acciones que componían la totalidad del capital social. De manera tal que, en otras palabras, el traspaso fue, bajo una ficción legal, a él mismo, máxime que la relación de pareja ya se encontraba en plena crisis, al punto que desde el mes de marzo de ese mismo año, dos mil tres, su esposa había solicitado medidas de protección por violencia doméstica en su contra, en este contexto histórico de la pareja, los bienes deben ser considerados gananciales”. En el recurso se cuestiona la

ganancialidad de los inmuebles del Partido de San José, matrículas [...], [...], [...], [...] y [...]. A su respecto se argumenta que los tres primeros fueron adquiridos por el demandado estando soltero y en esa condición se los traspasó sólo formalmente a su hermano I.D.; el penúltimo también lo adquirió estando soltero y en 1979 lo traspasó temporalmente al señor A.F.L. y luego lo recuperó; y, el último fue segregado en cabeza de su dueño de esa otra finca [...]. Además, dio cuenta de que todas esas fincas fueron donadas a I.D.S.A. Efectivamente de las probanzas se desprende que don S.D.S. adquirió las fincas matrículas [...], [...] y [...] estando soltero y en esa misma condición el 12 de setiembre de 1980 se las traspasó a su hermano I.D., negociación que se resolvió el 10 de junio de 2003 por acuerdo de partes, es decir, las cosas volvieron a su estado anterior dada la desaparición de esa negociación, de manera tal que debe interpretarse que los inmuebles no salieron de su patrimonio (artículo 692 del Código Civil). También es un hecho acreditado que el inmueble matrícula [...], del cual se segregó la finca [...] igualmente lo adquirió antes del matrimonio y que antes de casarse hizo una negociación respecto de él con el señor A.F.L. y que por sentencia judicial fechada 13 de setiembre de 1994 recuperó la propiedad. Mas, debe tomarse en cuenta que, en las instancias precedentes no se declaró la ganancialidad de esos bienes considerados en sí mismos, sino, de las acciones de la sociedad I.D.S.A. (aspecto que no se cuestiona), de las que don S.D.S. es el dueño, dejándose claro en el fallo de primera instancia prohijado por el tribunal que, en la respectiva liquidación del valor del derecho de la actora en relación con ellas, debía tomarse en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. Ahora bien, si el demandado –como en efecto lo hizo- donó los inmuebles a la sociedad sin condicionamiento alguno, la adquisición por parte de dicha entidad, sin que tenga importancia la causa de adquisición, incrementó su patrimonio y, por consiguiente, el valor de las acciones; por lo que, si al momento de la separación de las partes en el mes de noviembre de 2005 permanecían a nombre de la sociedad, evidentemente el valor de las acciones para efectos de la determinación del derecho a gananciales sobre éstas, debe necesariamente considerarlos. De acuerdo con el numeral 1404 del Código Civil, la donación tuvo como efecto transmitir la propiedad de los inmuebles de don S.D.S. a la sociedad, con lo cual, por su voluntad, no sólo se acrecentó el patrimonio de esta última, sino también dejó de tener atributos sobre los bienes donados y, en consecuencia, la exclusividad del propietario. Todos esos atributos pasaron a la sociedad. El tema de la ganancialidad de las acciones radica en la fecha y forma de constitución de la sociedad. Como se dijo, eso no se discute. Su valor, obviamente, está determinado por el patrimonio societario, sin que tenga importancia la forma en que llegó a la sociedad, la cual puede ser onerosa, por azar e incluso en forma gratuita, cuando alguna persona determina donar o regalar a la sociedad algún bien patrimonial. El hecho de que el donante sea el dueño de las acciones, no puede afectar a quien resulte acreedor de ese titular, pues en tal caso el patrimonio perseguible no está constituido directamente por los inmuebles, sino por las acciones (doctrina del artículo 981 de dicho Código). Por lo expuesto, el tema

relativo a si al momento de verificarse la donación de las fincas a la sociedad, la relación de las partes estaba en crisis deviene irrelevante, pues, se insiste, el derecho declarado a favor de la actora se establece por la separación, momento para el cual las acciones de la sociedad creada durante el matrimonio eran constatables como bienes patrimoniales.

IX. [...] La parte recurrente niega naturaleza ganancial a los vehículos, con el argumento de que el señor S.D.S. los adquirió a nombre de la sociedad después de la separación de hecho entre los cónyuges. Se repite una vez más que en este asunto lo que se declaró ganancial fueron las acciones que posee don S.D.S. en la Sociedad I.D.S.A. y para efecto de la respectiva liquidación se ordenó tomar en cuenta todo el patrimonio de la sociedad, como parte del cual, según las probanzas se encuentran dichos bienes muebles. Ya la Sala ha externado criterio en el sentido de que para la liquidación del derecho de gananciales sobre acciones, el valor de éstas es el que tienen al momento de la separación de los esposos. Así en el voto número 1064 de las 9:30 horas del 30 de julio de 2010 consideró: *“De haber sido adquiridas durante la vigencia del matrimonio, es claro que el valor neto al que tendría derecho la demandada nunca podría calcularse con base en el valor nominal con el que fueron adquiridas esas acciones, sino conforme al valor real y actual. Por esa razón, la declaración hecha por el tribunal, al asignarle el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto del posible incremento del valor real que hayan tenido esas acciones desde el momento del matrimonio hasta su separación es correcta; y no infringe el numeral 41 del Código de Familia sino que, por el contrario, es una decisión conforme con el régimen implantado en esa disposición”* (énfasis suplido). Como de acuerdo con las probanzas esta se produjo aproximadamente en el mes de noviembre de 2005, con excepción del vehículo placa [...], los otros dos automotores no pueden tomarse en cuenta para dichos efectos.

X. Conforme con lo que viene expuesto procede estimar parcialmente el recurso, anular el fallo impugnado y revocar el de primera instancia en cuanto dispuso en forma general que para la liquidación del derecho a gananciales sobre las acciones que posee el demandado en la Sociedad I.D.S.A. se debe tomar en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. En su lugar, se debe ordenar que para dicha liquidación debe considerarse su valor de conformidad con todo el patrimonio de la sociedad al momento de la separación de hecho de los cónyuges en noviembre del año dos mil cinco, debiendo excluirse para dichos efectos los vehículos placas números [...] y seiscientos [...]. En lo demás objeto de agravio se debe desestimar el recurso.”

3. El Régimen de Participación Diferida de los Bienes Gananciales ante el Fraude de Simulación Efectuado con Acciones de una Sociedad Anónima

[Sala Segunda]^{iv}

Voto de mayoría

“III. ACERCA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL: El planteamiento de los recurrentes exige determinar si, efectivamente, en el caso bajo análisis, se produjo o no una situación de cosa juzgada material que haga imposible el análisis de fondo de lo pretendido por la demandante en este otro proceso. En relación con el tema, esta Sala ha tenido oportunidad de referirse al tema. Así en la sentencia nº 1380 de las 10:25 horas del 13 de octubre de 2010, citando otro fallo de esta Cámara, el nº 679 de las 9:40 horas del 26 de setiembre de 2007, se estableció: “...doctrinariamente, se ha entendido que la *“cosa juzgada material es, ..., la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga y contradiga a la que goza de esta clase de autoridad”* (GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 553). En forma más concreta, se ha dicho que *“es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existe contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”* (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, 1990, p. 401). El elemento de la autoridad hace referencia al atributo propio del fallo que emana del órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Por su parte, la eficacia concierne a los caracteres de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad propios de la sentencia. Esta es inimpugnable cuando la ley impide cualquier ulterior ataque tendiente a obtener la revisión de la misma materia. Es inmodificable por cuanto, en ningún caso, ni de oficio ni a petición de parte, podrá ser alterada por otra autoridad. La coercibilidad consiste en la posibilidad de la ejecución forzada. Generalmente, se distingue entre cosa juzgada material o sustancial y cosa juzgada formal. Esta última hace referencia a aquellas sentencias que tienen una eficacia meramente transitoria. *“Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”* (COUTURE, *op. cit.*, p. 416). La cosa juzgada sustancial, por el contrario, surge cuando a la condición de inimpugnable de la sentencia, se le une la de inmutabilidad, aún en otro juicio posterior. Así, si una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un proceso posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada simplemente formal, pero, si por el contrario, la sentencia adquiere también el carácter de inmodificable, se está ante la cosa juzgada material, dado que ninguna autoridad podrá variar lo resuelto. Los efectos de la cosa juzgada hacen indiscutible, entonces, en otro proceso, la existencia

o la inexistencia, eventuales, de la relación jurídica que se declara. El artículo 42 de la *Constitución Política* la prevé como una garantía fundamental, al señalar que “... / Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión”. Por su parte, el inciso m) del artículo 98 bis del *Código de Familia* estipula que “lo resuelto en firme en los procesos en los que se discuta la filiación, produce los efectos de la cosa juzgada material”. El artículo 162 del *Código Procesal Civil* dispone: “Las sentencias firmes dictadas en procesos ordinarios o abreviados, producen la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada material. También producirán aquellas resoluciones a las cuales la ley les confiera expresamente ese efecto. / Los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutivo de la sentencia y no a sus fundamentos, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara. / No producirá cosa juzgada el pronunciamiento sobre alimentos, patria potestad, guarda, crianza y educación de los hijos menores”. De lo anterior se desprende que, salvo el caso de la expresa regulación en la materia penal, únicamente las sentencias firmes, dictadas en procesos ordinarios o abreviados, producen tal eficacia de cosa juzgada material; y, también, las resoluciones a las que la ley les confiera, expresamente, ese especial y concreto efecto jurídico. Por su parte, el numeral 163 de ese mismo cuerpo normativo establece que “para que la sentencia firme produzca cosa juzgada material en relación con otro proceso, será necesario que en ambos casos sean iguales las partes, el objeto y la causa”. Es decir, los sujetos del proceso -las partes- deben ser los mismos, las pretensiones que se vayan a resolver deben ser iguales a las ya resueltas y los fundamentos fácticos (*causa petendi*) deducidos para sustentar la pretensión también deben ser los mismos. Estas tres identidades llevan al planteamiento de lo que la doctrina conoce como los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Los subjetivos hacen referencia al alcance de lo resuelto respecto de las partes. Por principio, la cosa juzgada alcanza tan solo a los que han litigado. Se trata de una identidad jurídica de las partes y no necesariamente física. El objeto hace referencia a lo que verdaderamente ha sido materia del litigio, cuando se habla de objeto en la cosa juzgada se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. Finalmente, por causa se entiende el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. Es la razón de la pretensión aducida en el proceso anterior. (COUTURE, *op. cit.*, pp. 399-436). IV- [...]

V- Considerando estos antecedentes, resta por hacer una comparación entre lo resuelto dentro del expediente número [...], tramitado ante el Juzgado de Familia de Cartago y el subjuice, para así determinar, si en ambos existe identidad de partes, objeto y causa. En relación con el primer requisito, fácilmente se puede constatar que no existe identidad de partes. [...]. En este asunto, el objeto del proceso versa sobre la solicitud para que se declare nulo esa cesión y traspaso. Sobre este extremo, no hubo pronunciamiento dentro del expediente número [...], y por eso, no puede concluirse

que exista identidad en el objeto. Finalmente, en cuanto a la causa de pedir invocados por la actora en los dos asuntos es diferente. En el primero, solicitó la declaratoria de ganancialidad de las acciones que tenía don J.E.M.R. en las sociedades I.M.W.J.P.S.A., M.W.M.R.P.S.A. y sociedad C.C.F.W.M.P.S.A., el menaje de casa, la patente de licores, activos de súper y Licorera Paraíso y créditos hipotecarios inscritos a nombre del demandado, pero en este proceso, se invoca una causa petendi no expuesta en aquel juicio en cuanto pretende que la cesión y traspaso de la acción que realizó el demandado J.E.M.R. a su madre, la señora F.R.S. De conformidad con lo expuesto, encuentra esta Sala que al no existir identidad de partes, objeto y causa entre lo resuelto dentro del expediente número [...] y este asunto, lo resuelto por el tribunal debe confirmarse en este aspecto.

VI. ACERCA DE LOS BIENES GANANCIALES: Antes de analizar los agravios relacionados con la nulidad de cesión y traspaso, así como la ganancialidad de una acción de la sociedad C.C.F.W.M.P.S.A., decretada en las instancia precedentes, es necesario indicar que el régimen legal matrimonial que contempla nuestro ordenamiento jurídico, es un sistema de participación diferida en los gananciales, que resulta de una combinación de los dos sistemas tradicionales: el régimen de separación y el de comunidad, pues funciona como separación y se liquida como comunidad. Dos son sus caracteres: el primero, la administración y disposición separada por cada cónyuge de lo que aporta o adquiere y el segundo, la división de los gananciales por mitades entre los cónyuges o sus herederos o herederas a la disolución del régimen. Desde 1888 los artículos 76 y 77 del Código Civil contemplaban ese régimen, el cual fue mantenido en el Código de Familia (decreto n° 5476 del 21 de diciembre de 1973). Conforme a los numerales 40 y 41 ídem, salvo que se hayan pactado, expresamente, determinadas capitulaciones matrimoniales cada cónyuge es dueño y dueña y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros. El artículo 40 del Código de Familia, literalmente indica: *“Cada cónyuge puede disponer de sus bienes. Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros”*. De acuerdo con esa norma, según se indicó, cada cónyuge puede disponer libremente, durante el vínculo, de los bienes que poseía al contraer matrimonio y de los que adquiriera posteriormente; salvo que hayan sido pactadas capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, como ya lo ha analizado esta Sala en muchas oportunidades, esa disposición no es irrestricta o absoluta. Al respecto ha indicado: *“...A pesar de la libertad de disposición de sus bienes que ostenta cada uno de los cónyuges 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 (ver votos números 322, de las 14:30 horas, del 17 de*

diciembre de 1997; 163, de las 16:00 horas, del 9 de J.E.M.R. de 1998; 950, de las 8:30 horas, del 24 de noviembre del 2000; 372, de las 15:00 horas del 26 de J.E.M.R., del 2002; 451, de las 10:40 horas del 6 de setiembre del 2002; y, 361, de las 15:20 horas, del 11 de J.E.M.R. del 2003). Sobre el particular, en el Voto N° 142, de las 10:00 horas, del 17 de junio de 1998, se indicó: "Es cierto que, 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, denominado de participación diferida, 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 unas y de otras (artículo 40 del Código de Familia). El derecho de participar de la mitad del valor neto de las que, constatadas 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 decrete la separación judicial (ordinal 41 *ibídem*). Antes de la emisión de cualquiera de tales actos jurídicos, lo que existe es una expectativa de derecho, que no cuenta con una protección especial. Sin embargo, a pesar de que no se establezca, 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, ese 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 la 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*). Esas reglas y principios imponen el deber de evitar que el derecho a la participación diferida en los gananciales, pueda ser burlado, invocando, por ejemplo, la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo efecto es, en realidad, contrario a derecho..." (voto número 490, de 09:45 horas, de 1° de agosto de 2007). De acuerdo al artículo 41 del Código de Familia, los bienes existentes en poder de uno de los cónyuges al disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial, se considerarán gananciales y se distribuirán por igual entre ambos, exceptuándose únicamente: a) los que fueren introducidos al

matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o causa aleatoria; b) los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; c) cuando la causa o título de la adquisición precedió al matrimonio; d) si se tratare de bienes muebles o inmuebles que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges y e) los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Posteriormente, la Ley n° 5895 del 23 de marzo de 1976 dio una nueva redacción al artículo 41, cuyo texto actual se introduce así: *“Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro”*. Con esta reforma el derecho a gananciales pasó de ser una copropiedad real a un derecho de participación en un capital neto, o sea un derecho personal o de crédito a favor del otro cónyuge. No obstante lo expuesto, por medio de Ley n° 7689 del 6 de agosto de 1997 (publicada en La Gaceta n° 172 del 8 de setiembre de 1997), se agregó a ese párrafo primero la siguiente disposición: *“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, con los inventarios que consideren pertinente”*. De esta forma se concluye -según lo dispuesto en el artículo 41 aludido-, que el derecho a gananciales es de naturaleza personal o de valor; es decir, no es un derecho sobre el bien sino en relación con él, de modo que puede hacerse valer sobre el bien que lo genera cuando esta en poder del (o la) cónyuge, el cual, para ese efecto, se puede considerar gravado de pleno derecho, a partir de las resultas de la respectiva liquidación o bien sobre cualquier otro elemento patrimonial. Desde esa perspectiva, o sea, tomando en cuenta que es un derecho personal, la parte que pretendiera la ganancialidad tendría dos caminos, para hacer valer su derecho; a saber: puede accionar la declaratoria de nulidad de los actos de disposición con la consecuente reintegración de los bienes al patrimonio del deudor, a fin de hacer efectivo el gravamen previsto, lo cual se asemeja a una acción de naturaleza real (reipersecutoriedad); o bien, accionar la declaratoria del derecho personal, a efecto de que se declare el derecho a la mitad del valor neto de los bienes. En ese caso, los tribunales pueden constatar el derecho tomando en cuenta aquellos bienes con relación a los cuales se realizaron actos para intentar burlar el derecho de la contraparte; de tal manera que el derecho se mantenga incólume, como si dichos actos no existieran, porque esa es la única forma de tutelar el derecho, ante conductas indebidas y preordenadas. A ambas vías es legítimo acudir. En ambos casos lo que se pretende es tutelar el derecho del acreedor (a) de los gananciales frente a actos ilegítimos ejecutados con el definido propósito de hacer nugatorio un derecho legalmente consagrado (entre otras muchas, puede citarse la sentencia de esta Sala n° 423 de las 10:10 horas, del 14 de marzo de 2008).

VII- [...] Es importante recordar que esta última sociedad anónima, fue constituida el cuatro de enero de dos mil, cuyo capital fue de diez mil colones, correspondiéndole nueve acciones al señor W.M.R. y una, cancelada a título oneroso por el señor J.E.M.R. mientras que el matrimonio estaba vigente y por eso, esa acción se presume ganancial. Esta Sala en el voto n° 2000-642, de las 9:40 horas, del 30 de junio de 2000, señaló lo siguiente: "*todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio o de la unión de hecho se presumen gananciales, presunción que admite prueba en contrario, caso en el cual, el interesado deberá acreditar la existencia de alguna de las situaciones contempladas en el numeral 41 del Código de Familia como excluyentes de ganancialidad: "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 fueren subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges". La norma indica claramente que solamente esos bienes pueden considerarse como no gananciales, es decir, la situación alegada para excluir la ganancialidad debe calzar, forzosamente, en alguno de esos incisos". Sin lugar a dudas, la cancelación a título oneroso por parte del señor J.E.M.R. de una acción en la sociedad C.C.F.W.M.P.S.A., no calza en ninguno de los incisos de la norma transcrita y por eso, lo resuelto en cuanto a la ganancialidad de ese bien es correcto.*

VIII- EN RELACIÓN CON LA EXISTENCIA DE LA SIMULACIÓN EN EL PRESENTE ASUNTO: En términos generales, simular significa representar o hacer parecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es. En otras palabras, el sujeto que realiza la acción tiene la evidente finalidad de engañar a otros, o de hacer parecer como real o diverso algo que no lo es. En un sentido técnico jurídico es la "*alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato*". (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima edición, 1984, página 1247, Tomo I). De tal forma, la simulación viene a ser el acuerdo de voluntades destinado a crear un negocio jurídico aparente, para ocultar uno real (simulación relativa), o para hacer real u ostensible uno irreal, con el concreto propósito de engañar a terceros (simulación absoluta); engaño que puede tener una finalidad lícita o ilícita. Los elementos constitutivos de la simulación, son: a) disconformidad intencional o consciente entre voluntad y declaración; b) acuerdo simulatorio; c) propósito de engaño a terceros; y, d) "*causa simulandi*". Esta última se entiende como el fin, motivo o propósito que determina a las partes simulantes a darle una mera apariencia a un negocio jurídico inexistente. Constituye el propósito mediato de la simulación, ya que el inmediato es el engaño a terceros. La "*causa simulandi*", representa el móvil o motivo del traspaso simulado, y permite valorar la licitud o ilicitud de la simulación. En nuestro ordenamiento jurídico, la figura

jurídica en comentario tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y de las causas de nulidad de estos. El artículo 627 del *Código Civil* dispone que son indispensables, para la validez de las obligaciones, los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y causa justa. Por su parte el numeral 1007 *ibidem*, ampliando las condiciones del anteriormente citado, exige, para el nacimiento del contrato, el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley. Es evidente que, en la simulación, falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico; dado que existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado. Así, existe un consentimiento sólo aparente, que es el del negocio simulado. Al faltar tal elemento, de conformidad con el artículo 835, inciso 1º, ídem, el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta, por lo que puede recurrir a la acción de simulación. (Ver en este sentido sentencia número 361, de las 15:20 horas del 11 de J.E.M.R. de 2003). Por ello, cualquier interesado puede alegar la nulidad derivada de la simulación (artículo 837 *ibidem*). En el caso bajo examen se cuenta con los siguientes indicios de que, en la especie, lo que operó fue un contrato simulado: En primer lugar, el traspaso de la acción que pertenecía al señor J.E.M.R. en la sociedad C.C.F.W.M.P.S.A., fue realizado por medio de una cesión valorada en mil colones, que si bien es cierto es el monto facial que se indicó en la escritura de constitución de la sociedad, no puede dejarse de lado que esa sociedad es propietaria de un edificio de dos plantas con quince locales en el centro de Paraíso y de la finca de Cartago matrícula de folio real [...], es decir que el valor de la acción es mucho más alto. El traspaso operó a favor de la madre de don J.E.M.R., la señora F.R.S. (folio 182), quien admitió en la prueba confesional, que nunca ha recibido utilidades ni participado como accionista en la sociedad (folio 160). Esto significa que en realidad, la acción nunca salió de la esfera de poder de don J.E.M.R., pues el título valor no circuló como tal, pues fue traspasado a un miembro cercano y de confianza de la familia. Por otro lado, antes de transmitir la acción, el matrimonio había sufrido tal crisis que llevó a los cónyuges al trámite de divorcio por mutuo consentimiento, pero con la particularidad de que en ese acuerdo, no se incluyeron como gananciales las acciones que poseía don J.E.M.R. en las sociedades I.M.W.J.P.S.A., M.W.M.R.P.S.A. y C.C.F.W.M.P.S.A., lo que obligó a doña E.R.A.S., se reitera, a tramitar un nuevo proceso judicial, en este caso, un ordinario de inclusión de bienes gananciales presentado en estrados judiciales el veinte de octubre de dos mil cinco, en el que se determinó que las acciones que tenía don J.E.M.R. en esas sociedades tienen carácter ganancial. No ocurrió así con la acción que poseía don J.E.M.R. en la sociedad C.C.F.W.M.P.S.A. por una razón muy sencilla, había sido transferida a la co demandada F.R.S. el nueve de noviembre de dos mil cinco, mientras que se tramitaba el proceso judicial número [...]. La lógica y el sentido común, nos enseñan que ante una separación de los cónyuges, en este caso definitiva, materializada a través del divorcio, el esposo y la esposa, son por lo general, conscientes de que los bienes adquiridos durante el matrimonio deben distribuirse y si

no se conviene de esa forma por alguna razón o acuerdo entre las partes, debe demostrarse esa justificación, siempre al amparo de la buena fe de ese actuar y no, realizar actos legales que en el fondo lo que buscan es impedir el disfrute del derecho ganancial de los cónyuges. Es por eso que la tesis formulada por los recurrentes de que esa acción, en realidad siempre perteneció al señor W.M.R., en razón de que don J.E.M.R. Enrique lo único que hizo fue prestar su nombre al constituir la sociedad en el año dos mil, no es atendible, pues como bien se analizó en la sentencia que se revisa, es evidente que el traspaso se realizó con una única intención, evitar que la actora reclamara los derechos gananciales sobre la acción. Como se dijo, si el título valor fue adquirido por don J.E.M.R. Enrique a título oneroso y durante la vigencia del matrimonio, se presumía ganancial y por eso, si consideraba que no lo era, en un acto de buena fe, debió de informárselo a doña E.R.A.S. y llegar a un acuerdo en ese sentido, pero no lo hizo (no hay prueba en ese sentido), máxime que se habían divorciado y no se había incluido ese bien en la repartición. En su lugar, a espaldas de ésta, traspasó la acción a la co demandada F.R.S. lo que evidencia que existió mala fe de parte de don J.E.M.R. La prueba testimonial presentada por los co demandados así como la documental aportada, no tienen el peso para enervar la simulación que ha sido acreditada, y por eso, el reproche de que se ha incurrido en una inadecuada valoración de la prueba no es de recibo.”

4. Litisconsorcio Necesario en la Aplicación del Régimen de Participación Diferida en Materia de Bienes Gananciales

[Tribunal de Familia]^v

Voto de mayoría

“TERCERO: En la especie y a fin de resolver la cuestión medular que nos ocupa, se debe establecer un concepto de parte, concepto que se aclara no es propio del derecho procesal. Porque en una relación de orden material o sustancial también se ostenta la condición de parte (por ejemplo en los contratos de diversa naturaleza). Sin embargo, en razón de lo que interesa, debemos echar mano del concepto en sentido procesal, siendo que nuestro Código Procesal Civil, no establece el concepto expreso de parte (por ser esa una tendencia de las legislaciones más modernas) sí hace en el artículo 290 inciso 1 y 121, referencia a la parte en ese sentido, así reza que como requisito esencial debe indicarse en la demanda inicial el "nombre y calidades de las partes" y por su orden el 121 ibídem "que la persona que pretenda la declaratoria de un derecho a su favor (pretensión procesal) puede pedirlo mediante demanda o contrademanda". Determinando así la condición de parte en sentido procesal, pues se puede ser parte sin tener legitimación, porque no siempre quien demanda es poseedor del derecho sustancial. Así pues, solamente hasta pretender a nombre propio o a través de un representante mediante la demanda, para constituirse en

parte; el reclamo de un derecho o satisfacción de una pretensión ante el órgano jurisdiccional. "Quien demanda, por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación o sea, postula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que quiere hacer valer. Es, por lo tanto, siempre parte y justa parte. Si luego el juez le dice que el interés que quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento, su demanda será rechazada ni más ni menos por esto, no porque él, aún siendo parte, no sea justa parte." Satta Manuel. Página 86. Redenti Derecho Procesal. Tomo 1. Ob cit pág. Lo expuesto determina que solo son partes quienes actúan en el juicio: el actor, el demandado y contrademandado, interviniente o los indicados que conforman el litis consorcio. Los otros son terceros, terceristas, o ajenos al proceso. Establecido lo anterior, cabe reseñar lo que afirma el tratadista nacional Sergio Artavia en su Libro Derecho Procesal Civil, página 312: "existe litis consorcio necesario, también denominado obligatorio por disposición de la ley o cuando por la naturaleza de la relación material, el pronunciamiento en que se dicte debe hacerse necesariamente en relación a varios sujetos (el subrayado es nuestro). Cuando es la ley la que dispone el litis consorcio, la doctrina lo determina litis consorcio propiamente... A este tipo de litis consorcio se refiere el artículo 106 del Código Procesal Civil. En este caso, la sentencia quedará subordinada a la circunstancia de que la pretensión sea ejercida por todos los sujetos que la ley o el derecho de fondo determina. Esto constituye la causa de la pretensión, no siendo posible su fraccionamiento porque indispensablemente la decisión comprende y obliga a todos. La constitución procesal aquí es indispensable y es impuesta por ley o la relación material. No queda a disposición de la parte, pues al tener que dictarse una sentencia única, uniforme, de idéntico contenido con la pluralidad de partes y al ser única, la relación material controvertida, el pronunciamiento solo puede hacerse respecto de todos ellos. Carnelutti afirmaba, que, en este caso "puede darse entre dos o más litis o negocios una relación tal que uno no puede existir sin el otro: en tal caso se habla de litis consorcio necesario, en el sentido de que las dos litis no puedan ser decididas sino conjuntamente, es decir es inoportuno decidir las separadamente. Es por esa razón que los litis consortes quedan vinculados al proceso y consecuentemente a los efectos de la sentencia. Toda esta exposición para establecer que existen muchas razones que la ley justifica o el derecho material impongan la integración en forma irrevocable del litis consorcio necesario; entre ellos la extensión de los efectos de la cosa juzgada a terceros (principios de la audiencia bilateral) La naturaleza de la relación jurídica-material, la necesidad de la concurrencia en el proceso de todas las personas interesadas en una determinada relación jurídica, ello se debe a que todas pueden ser perjudicadas al ser alcanzadas por la cosa juzgada y nadie puede ser condenado y vencido en juicio sin ser oído, sin vulnerar el derecho de defensa, su equilibrio en el debido proceso. La imposibilidad jurídica de pronunciarse del Juez y la imposibilidad física del cumplimiento de la resolución. La litis consorcio necesaria implica la existencia de una relación con alguno de los sujetos (que no puede fraccionarse) y la

presencia de todos aquellos que la relación pueda afectar. El numeral 106 del Código Procesal Civil faculta al Juez, para que previo examen de la pretensión ordena al actor integrar el contradictorio con todos los sujetos faltantes en un plazo de ocho días so pena de declarar inadmisibile la demanda ordenando su rechazo, pero también cuando el proceso no se encuentre debidamente integrado mediante la concurrencia de todas las personas legitimadas y obligadas, esta falta también la pueden hacer ver tanto el actor como el demandado, mediante la excepción previa de incompleto litis consorcio necesario que contempla el artículo 298, inciso 4 del Código Procesal Civil. En este caso, existe una pretensión única en cuanto a bienes gananciales de la parte actora, una pretensión reivindicatoria y restitutoria, de los bienes habidos con ese carácter durante la vigencia del matrimonio de los cónyuges, que hoy pertenecen a una serie de titulares. La señora A., pretende que los bienes que por ese concepto le corresponde y que el señor AG., organizó a través de diferentes sociedades anónimas, a fin de sacarlo de su patrimonio, sea así establecido y se le restituya, haciendo de este modo, efectivo su derecho a gananciales. No existe otro modo de mirar este proceso, el propio apelante se centra en gruesas contradicciones por un lado establece esa pretensión, pero por otro lado que no es esa su pretensión principal, y que las demás pretensiones pueden fraccionarse, lo que resulta totalmente improcedente, pues el litis consorcio necesario, implica una pretensión única, como única es la sentencia a dictar. Carece de importancia, si se cuestiona la génesis de las sociedades, o bien se pretende el levantamiento del velo social. Porque siempre va implícita una pretensión que involucra a la sociedad en sí, como persona jurídica. La sentencia no puede tener efectos sobre sujetos fuera de la relación procesal. La sentencia que se dicte, en punto al levantamiento del velo, tiene implicaciones para todas aquellas sociedades que AG., pudo haber usado, para estructurar su patrimonio y de ese modo serán afectadas. Nótese que desde ya se pretende de parte de la accionante, la exhibición de libros, diferentes anotaciones en libros. Si las sociedades; no son parte con base en que se podrían lograr tales derivaciones? Sin lugar a dudas se necesita integrar el litis consorcio, de lo contrario en este caso, se lograría una sentencia inútil e inoponible ante quienes no hayan participado en el proceso.”

5. Ganancialidad de los Bienes a Nombre de una Sociedad Anónima

[Tribunal de Familia]^{vi}

Voto de mayoría

“V. DERECHO A GANANCIALES: La recurrente protesta la sentencia del tribunal en cuanto otorgó a la actora el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor de los bienes propiedad de Control Central S.A. y del valor de mercado del vehículo [...]. Respecto de la finca número [...], propiedad de la primera, asevera que esta proviene de una herencia que le dejaron sus padres para lo cual menciona el tracto registral que

originó la pertenencia de ese inmueble a la sociedad. En relación con este punto se muestra inconforme con la decisión del tribunal de admitir que los bienes sociales son bienes gananciales porque considera que los socios no son dueños directos del patrimonio social sino de las acciones. Alega que el razonamiento utilizado por el tribunal deja de lado el valor del título accionario, que es lo que le da la condición de socio a cada uno de los dueños del capital social de la empresa. Objeta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social porque esa sociedad no se constituyó con el objeto de ocultar algún bien. La utilización de esa doctrina es forzada y equivocada, pues Control Central S.A. nació a la vida jurídica antes del vínculo matrimonial, por terceras personas, por lo que no podría pensarse que esta sociedad fue constituida en fraude de ley o para un uso abusivo del mismo. Repara en que la aplicación de esa doctrina genera un grave perjuicio a su hermana, dueña de parte del capital accionario corporativo. En relación con el vehículo placa [...] MAZDA asegura que este no le pertenece, aunque su traspaso sí se firmó. Lo mismo sucede con el camión Hino placa [...], el que recibió como parte de su herencia. En cuanto al tractor de llantas placa [...] asevera que lo devolvió por no poder pagarlo. Apunta que la actora conocía bien la situación de esos bienes porque desde 1998 se le nombró en la junta directiva de la sociedad por lo que es ella quien está cometiendo abuso de derecho y ejercicio ilegal de éste, además de haber hecho incurrir al tribunal en fraude procesal. Menciona que con su fallo el tribunal violó la sana crítica y las reglas de interpretación según el artículo 7 del Código Procesal Civil; además de los artículos 20 y 22 del Código Civil, por cuanto es la actora y no él, la que incurrió en fraude de ley y abuso de derecho al planear su salida de la casa y quitarle los bienes que heredó. También infringió el principio de buena fe, al haber afirmado que desde hacía tres años él la agredía verbalmente y, sin embargo, andaban de paseo en paseo, o bien ella departiendo con sus amistades en El Salvador. Una vez analizados dichos agravios, la Sala concluye que en ninguno de ellos lleva razón. Ninguna duda cabe de que Control Central S.A. fue constituida mediante escritura otorgada por personas distintas al demandado, el 29 de marzo de 1974. Sin embargo, ese hecho resulta irrelevante. La participación en el patrimonio social lo determina la titularidad de las acciones, las cuales, son derechos transmisibles. Lo que interesa, a los efectos de determinar la ganancialidad de acciones o de bienes adquiridos por una sociedad es la fecha a partir de la cual el/la cónyuge adquiere dichas acciones. Como bien lo apuntó el tribunal, desde el escrito de demanda, la actora mencionó que *“dentro del matrimonio constituimos una sociedad denominada Control Central sociedad Anónima.../... que se ha utilizado para efectos de inscribir algunos de los bienes adquiridos dentro del matrimonio en el patrimonio de la misma pero que al final y al cabo es parte de lo que se tenga inscrita en la misma como bienes gananciales adquiridos dentro de matrimonio y así habrá de decretarlo la sentencia correspondiente”* frente a lo cual, el demandado se limitó a argumentar que dicha sociedad fue constituida por un tercero, en 1974. Lo cierto es que, con la prueba documental aportada, fundamentalmente el histórico registral de esa sociedad; así

como con los testimonios de LF. (folio 339) y de R. (folio 342) se evidencia que el demandado era el dueño y poseedor de la totalidad de las acciones de esa entidad jurídica. En efecto, el primero de esos testigos, primo hermano del demandado, mencionó: *“Estoy acá por lo de unas acciones de Control Central que hace como cinco años, estamos ahí con el otro compañero y B. rnal nos enseñó unas acciones que se las traspasó a los hijos, él me las enseñó y estaban como traspasadas a favor de los hijos de B , yo sí vi las acciones...”*. Por su parte, el testigo R. , señaló: *“La finca actualmente no se a nombre de quién está, se que B. tenía una sociedad pero nada más. La sociedad se llama Control Central, o algo. El dueño de las acciones según me contó B. hace unos años él había repartido las acciones entre los hijos. Yo sí vi las acciones, él me las enseñó en una ocasión que llegué a visitar, nos contó que había repartido las acciones y que eran las acciones de la finca. No recuerdo cuántas acciones eran, se que se había repartido en partes iguales no se si eran como 100 acciones. Los sociales actuales no se nada, ni que han hecho. Cuando me enseñó las acciones no se quienes eran los socios.../... Control Central era de B. pero no conocí ningún otro socio”*. De la documental se desprende que desde el mes de junio de 1982, el demandado ocupa el cargo de Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de esa sociedad (folios 47 al 58). Bajo este panorama y dado que el demandado no demostró otra situación distinta, a pesar de que en su condición de Presidente estuvo razonablemente en la posibilidad de ofrecer prueba pertinente que afianzara su defensa, es imposible arribar a una conclusión distinta a la del tribunal, que tuvo al demandado como titular de todas las acciones que conforman el capital social de Control Central S.A. y que esas acciones las adquirió durante la convivencia matrimonial con la actora. La defensa que ahora intenta en cuanto al posible perjuicio causado a su hermana como dueña de parte de las acciones de esa entidad, debió proponerla en forma oportuna atendiendo los momentos procesales que se tienen para ofrecer y evacuar la prueba que apoyaba su posición. Por efecto de la preclusión, su alegato es ahora inatendible. Ciertamente, las acciones sociales constituyen el aporte de participación en el capital social de una sociedad anónima; y en virtud del reconocimiento de la personería jurídica a la entidad societaria se reconoce igualmente la separación patrimonial respecto del patrimonio de cada uno de los socios. Sin embargo, ya en varias resoluciones y no de manera tímida sino directa, esta Sala ha revertido la aplicación de esa doctrina en orden a hacer efectivo el régimen patrimonial derivado del matrimonio. Asumir, como lo pretende el recurrente, la ficción jurídica de la personería jurídica y patrimonio independiente de las sociedades comerciales como un dogma infranqueable sería anular la aplicación de las disposiciones del Código de Familia. El régimen patrimonial familiar del artículo 41 del Código de Familia, confiere a cada cónyuge el derecho a participar de la mitad del valor neto de los bienes gananciales que ingresan al patrimonio del otro/a durante la convivencia matrimonial. No indica esa norma cuáles son los bienes gananciales, pues simplemente enuncia aquellos que no revisten esa condición. Expresamente señala

“Únicamente no son gananciales los siguientes bienes...”. A partir de esa exclusión se presume que todos los bienes ingresados en el patrimonio de los cónyuges, durante la convivencia matrimonial -salvo que se trate de alguno de los casos de excepción que la misma norma contempla- son gananciales y consecuentemente, una vez que ingresan a sus respectivos patrimonios confieren al otro cónyuge el derecho a participar en la mitad de su valor neto, al momento de la disolución del vínculo. De esta manera, el sistema de distribución patrimonial familiar beneficia a ambos cónyuges de la actividad que en conjunto realizan durante su convivencia, por compartir en forma solidaria la responsabilidad y el gobierno de la familia y proveer al bienestar de su hogar. Es decir, partiendo de los fines del matrimonio -vida en común, mutuo auxilio, etc...- esa disposición asume que cada cónyuge participa con su esfuerzo en el logro de esos fines y pretende evitar que al disolverse el matrimonio sólo uno de ellos resulte beneficiado de los frutos de ese esfuerzo conjunto que se ha dado tanto en lo económico como en apoyo, asistencia, cuidado y administración del hogar, de los hijos, etc... Esa fue la finalidad que inspiró al régimen instaurado por el Código de Familia, desde su promulgación en el año 1973, época para la cual estaba aún más entronizado que hoy, un sistema de división de funciones familiares por la que el esposo se ocupa del ingreso económico en tanto la esposa asume las labores que demanda la atención del hogar y el cuidado de hijos e hijas, así como de las personas adultas mayores y enfermas. De modo que ya desde esa época, el sistema propicia el beneficio recíproco de la bonanza económica que se pueda tener durante la convivencia matrimonial -se insiste, cuando no se trata de las excepciones advertidas por la norma-. Lo anterior significa que, salvo el caso de las excepciones señaladas por la norma o en donde los cónyuges han celebrado capitulaciones matrimoniales, ambos son beneficiarios recíprocos de los bienes y derechos que ingresaron a sus respectivos patrimonios durante el tiempo que se mantuvo su convivencia matrimonial. Dentro de esos bienes y derechos no existe duda alguna que se enmarcan las acciones sociales que son derechos de participación en el patrimonio de la sociedad. Por eso, la jurisprudencia ha sido prolifera en aceptar y declarar el derecho a gananciales sobre el valor neto de acciones sociales adquiridas durante el matrimonio, lo que implica indefectiblemente el valor neto sobre el valor real de mercado de esas acciones. La discusión surge cuando la constitución de la sociedad o la adquisición de las acciones precede al matrimonio, lo que en tesis de principio excluye su ganancialidad. Sin embargo, admitir sin más esa posición, implicaría la posibilidad de que, por ese medio, los cónyuges se sustraigan -en detrimento del otro/a- del régimen de ganancialidad. En efecto, es fácil pensar que una persona pronta a contraer matrimonio, constituya de antemano una sociedad mediante la cual actuará y desarrollará su actividad comercial, con lo cual, todo su patrimonio y las resultas de su gestión nunca ingresarán a su patrimonio personal excluyéndolos, por ese medio, de la condición que como bienes gananciales tendrían. La finalidad de las sociedades de capital es fundamentalmente facilitar las operaciones dentro del mundo mercantil; e incluso, limitar la responsabilidad de los

accionistas dentro de esa actividad. Quien contrata con las sociedades conoce, o al menos, puede intentar conocer la capacidad económica de responsabilidad de su contraparte. De manera que la utilización de la personalidad jurídica para sustraer la ganancialidad de los bienes de matrimonio no es un fin propio ni natural de esas entidades. Hacerlo así, es más bien apropiarse de una ficción jurídica -norma- para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico, lo que el artículo 20 del Código Civil califica como *fraude de ley*. En la especie, el demandado es un agricultor vinculado a la ganadería. Es el único dueño, con facultades de apoderado generalísimo de Control Central Sociedad Anónima. Los bienes declarados gananciales son todos ellos vinculados a la actividad de la agricultura, es decir, una finca con vocación agrícola que dio parcialmente en arriendo, dos vehículos, un camión, uno de carga liviana y el otro, equipo especial agropecuario. Indefectiblemente, esos bienes, aún adquiridos a nombre de Control Central S.A., no son más que fruto de la actividad y del esfuerzo realizados por él en su actividad de agricultor-ganadero. Como único dueño del capital social y apoderado generalísimo sin límite de suma, su accionar se confunde con el de la sociedad y de ahí que a los bienes adquiridos durante la convivencia matrimonial, aún a nombre de esa sociedad, debe reconocérseles la verdadera condición que les corresponde, es decir, la naturaleza ganancial. Por esa razón, al resolverlo de esa forma, no se ha incurrido en violación alguna al numeral 41 del Código de Familia, sino más bien, lo declarado es un correcto ejercicio para hacer efectiva esa disposición. [...].

VII. GANANCIALIDAD DEL VEHÍCULO [...]: La justificación que plantea el recurrente, del traspaso de ese automotor al señor L. además de novedosa, tampoco tiene asidero probatorio. En efecto, al contestar la demanda el demandado no ofreció la justificación que ahora intenta. La decisión del tribunal de declarar la ganancialidad de ese bien, es acorde con la tesis jurisprudencial mantenida por esta Sala en el sentido de que los actos de traspaso o gravamen realizados durante el transe en el que se vislumbra el rompimiento del vínculo no son oponibles frente al derecho a gananciales del otro/a cónyuge, porque al resultar previsible la necesaria distribución ganancial, esos actos quedan desprovistos de la exigencia de la buena fe. Se recurre aquí a la doctrina del fraude de ley, citado en el considerando transanterior, lo mismo que al *abuso* del derecho, contenido en el numeral 22 del Código Civil. Esas reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado invocando, por ejemplo, la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo efecto es, en realidad, contrario a derecho (en este sentido pueden consultarse las sentencias números 322, de 14:30 horas de 17 de diciembre de 1997; 451, de 10:40 horas del 6 de septiembre de 2002). El automotor de comentario fue traspasado al señor L. fecha 22 de enero de 2004 (certificación a folio 437), tan solo a dos meses de la salida del hogar de la actora, el 14 de marzo de ese año. La experiencia enseña que la separación de los

cónyuges no es una decisión intempestiva sino que es el desenlace de un proceso que comienza con mucha antelación. El mismo demandado, en la contestación, señaló que ya la actora le había pedido el divorcio a lo que él le respondió que hiciera lo que le diera la gana. Aunque no es posible derivar la fecha cierta en que se produjo ese enfrentamiento, la sana crítica aconseja y permite pensar que ya para enero de 2004 las partes estaban abiertamente enfrentadas en torno a su situación y la posibilidad de concluir el matrimonio. Por eso, los traspasos que se hicieran en ese momento no pueden oponerse en detrimento del derecho a gananciales que tiene la actora sobre ese bien. Consecuentemente, el reproche a la forma como resolvió el tribunal este concreto tema, tampoco es de recibo.”

6. Procedencia de Orden a Sociedad Anónima de Abstenerse de Disponer de Bienes sobre los cuales se Discute su Ganancialidad

[Tribunal de Familia]^{vii}

Voto de mayoría

“IV. Como se indicó en el voto de este Tribunal n.º 596-10, de las 10 horas del 3 de mayo de 2010, el derecho de toda persona a la tutela cautelar es parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así lo reconoció en forma expresa la Sala Constitucional en el voto n.º 2005-6224, de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005, en el cual estimó lo siguiente:

“IV. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. (...) A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces (sic) un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e

indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez (sic). /

V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR. El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (sic) (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador (sic) ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador (sic) está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). /

VI. TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en

cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez (sic) (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución – artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito (...).” (La negrita es agregada. En el mismo sentido pueden consultarse los votos de esa misma Sala n.ºs 2006-9570, de las 16:13 horas del 5 de julio de 2006, emitido a propósito de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código Procesal Civil y 2008-17306, de las 14:59 horas del 19 de noviembre de 2008). Por su parte, este Tribunal ha puntualizado que “(...) uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art. 98 del Código Procesal Civil), para lo cual podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. (...). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado, quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la finalidad última que motiva la interposición de demandas.” (Voto n.º 438-02, de las 9:30 horas del 4 de abril de 2002). En síntesis, la posibilidad de solicitar y la de ordenar medidas cautelares encuentran fundamento tanto en una noción material del principio de igualdad procesal como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como atienden al riesgo que supone la tramitación misma del proceso y su consiguiente duración para la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales, su objetivo no es otro que evitar la pérdida de virtualidad práctica del derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener, de manera tal que no se torne ilusorio. Sirven, por tanto, para garantizar o asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.-

V. Tratándose, como sucede en este caso, de un proceso en el que se discute la ganancialidad de determinados bienes, el Código de Familia establece en su artículo 41 que "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."

Sin duda, la finalidad de ese precepto es limitar la disposición de aquellos haberes sobre los cuales podría ser declarado el derecho de participación o de crédito reclamado, que es, justamente, lo perseguido con la orden impugnada. Para esta Cámara resulta claro, entonces, que, en el fondo, la limitación impuesta no es ni más ni

menos que una reiteración de lo previsto en esa norma. En todo caso, el *Código Procesal Civil*, aplicable también en esta materia, no solo prevé un conjunto de medidas cautelares típicas, sino que reconoce como una de las facultades de los órganos jurisdiccionales ordenar aquellas otras que se consideren adecuadas. Al respecto, su numeral 242 dispone que *“Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez (sic) podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.”* Por consiguiente, no es atendible el alegato de que se está en presencia de una decisión ilegal. A idéntica conclusión se llega si se revisa el cumplimiento de los diversos requisitos que deben concurrir para poder ordenar una medida de esa naturaleza, a saber: a) *Periculum in mora*: constituido por el riesgo de daño que se puede sufrir debido a la inevitable duración del proceso y a la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia, lo que puede frustrar la ejecución de lo resuelto en definitiva. Como apunta Ernesto JINESTA LOBO (*La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José: Ediciones Colegio de Abogados, 1995, pp. 127-128), esta exigencia se basa en el fundado temor de que *“(...) la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso (sic) del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.”* b) *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de la demanda, para lo cual la persona solicitante debe invocar aquellas razones y aportar los datos y justificaciones que permitan formarse un juicio preliminar sobre la eventual adecuación a derecho de la petitoria formulada. Esta exigencia se orienta a identificar la probabilidad de tutela jurídica de la demanda en la resolución de fondo. c) Instrumentalidad y correlatividad de la medida cautelar con el resultado del proceso, o sea, que lo solicitado resulte ser un medio para garantizar los eventuales resultados favorables del proceso (sobre el tema puede revisarse el voto del Tribunal Primero Civil n.º 905-F, de las 8:25 horas del 5 de setiembre de 2007). En este caso, la decisión del órgano de primera instancia se justifica no solo en la petición expresa contenida en el escrito inicial de que se declare que la actora *“(...) tiene el derecho a gananciales, es decir a la mitad del valor neto de todos los bienes constatados en el patrimonio del demandado, sean todos los descritos en esta demanda, así como aquellos que tenga en su patrimonio, inscritos o no a su nombre, el señor E.”*

(Folio 402), lo que unido a la existencia de un vínculo matrimonial entre las partes (certificación de folio 1) configura la apariencia de buen derecho y, al mismo tiempo, determina su instrumentalidad, sino también en el hecho de que el accionado tiene acciones y es parte de la junta directiva de una sociedad anónima que puede estar manejando bienes suyos y, eventualmente, al amparo del principio de independencia patrimonial, podría disponer de ellos y afectar así el derecho reclamado. Es más, no cabe duda que el manejo que esa persona jurídica haga de sus haberes va a tener

incidencia directa en el valor de mercado de las acciones que conforman su capital social, con lo cual la plusvalía de las que pertenecen a don E. se podría ver comprometida con grave perjuicio para el posible derecho de la señora A., en caso de que sea otorgado en la sentencia. Por consiguiente, aparte del respaldo jurídico, la medida ordenada encuentra pleno asidero fáctico.-

VI. En abono de lo expuesto, conviene tener en cuenta que, para la Sala Constitucional, *"(...) las "medidas cautelares" en sí mismas no son inconstitucionales y (...) resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida. Sobre el particular, la Sala por sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que: / "... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita (sic) garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez (sic) -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución."*

(...)" (La negrita es agregada. Voto n.º 3929-95, de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995, reiterado en parte en los n.ºs 2005-16007, de las 16:28 horas del 23 de noviembre de 2005; 2007-9342, de las 15:37 horas del 28 de junio de 2007 y 2007-252, de las 11:21 horas del 12 de enero de 2007).-

VII. Por otra parte, es falso que la señora Valverde Chavarría no haya pedido imponerle a [...], Sociedad Anónima, limitaciones de disposición y uso de los bienes cuya

declaratoria de ganancialidad pretende. En efecto, en su escrito de demanda (folios 384-414), solicitó en forma expresa lo siguiente: *"Asimismo solicito con todo respeto que se le aperciba al demandado en su condición personal y como apoderado de la empresa [...] S.A., de no realizar ningún acto, movimiento, asamblea o asiento en dichos libros, bajo el apercibimiento de ley. (...) / (...) También como medida cautelar respetuosamente le solicito a su autoridad ordenar al señor E., abstenerse de disponer, traspasar, pignorar o de cualquier forma distraer los bienes de su patrimonio, sean a título personal o de la empresa dicha, o cualquier otra, bajo el apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de los delitos de simulación y fraudes correspondientes."*

Y tampoco es admisible que la imposición de medidas cautelares relacionadas con la limitación en el uso y disposición de los bienes de titularidad del demandado, ya sea que formen parte de su patrimonio o estén siendo utilizados por [...], Sociedad Anónima, constituya un abuso. El hecho de que esa empresa no sea parte en el proceso no impide ordenarle que se abstenga de distraer el haber patrimonial sobre el cual la señora A. podría ostentar algún derecho de crédito. Como ya se apuntó, no es factible hacer caso omiso que, conforme lo prevé el numeral 41 del Código de Familia, los bienes con vocación de ganancialidad se consideran gravados de pleno derecho y eso impide disponer de ellos a la espera de las resultas de un asunto como este. Y si se trata de haberes cuya titularidad ostenta el señor E. no se observa cómo se puede estar limitando el giro normal de los negocios societarios o su ejercicio del comercio. De todos modos, el principio societario de independencia patrimonial no puede amparar el abuso de derecho, su ejercicio antisocial o el fraude de ley (artículos 21, 20 y 22 del Código Civil)."

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. **Código de Familia**. Vigente desde: 05/08/1974. Versión de la norma 24 de 24 del 26/10/2012. Publicada en: Gaceta N° 24 del 05/02/1974. Alcance 20. Y en Colección de leyes y decretos año: 1973. Semestre 2. Tomo 4. Página 1816.

ⁱⁱ TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 196 de las once horas con veintisiete minutos del dos de marzo de dos mil doce. Expediente: 05-000144-0165-FA.

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 140 de las diez horas del diecisiete de febrero de dos mil doce. Expediente: 09-001477-0186-FA.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 110 de las nueve horas con cincuenta minutos del diez de febrero de dos mil doce. Expediente: 09-001361-0338-FA.

^v TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1413 de las ocho horas con diez minutos del catorce de octubre de dos mil diez. Expediente: 10-000432-0186-FA.

^{vi} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1238 de las catorce horas con catorce minutos del nueve de septiembre de dos mil diez. Expediente: 04-400202-0300-FA.

^{vii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 824 de las doce horas del veintidós de junio de dos mil diez. Expediente: 09-001452-0187-FA.