

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS  
AMÉRICAS VICERRECTORIA ACADEMICA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DIAGNOSTICO DEL REMATE EN UN PROCESO DE  
EJECUCIÓN DE BIENES GANANCIALES EN EL  
CONTEXTO DEL ARTÍCULO 322 DEL PROYECTO DE LEY  
“CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA”.**

**MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**OBANDO JIMÉNEZ DANIELA**

**AUTORA**

**FRUTOS FERNÁNDEZ KAROL**

**TUTORA**

**SEDE ARANJUEZ**

**NOVIEMBRE, 2018**

## **FICHA BIBLIOGRÁFICA**

Obando, J. Daniela. *Diagnóstico del Remate en un proceso de ejecución de bienes gananciales en el contexto de artículo 322 del proyecto de ley “Código Procesal de Familia”*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2018.

### ***Agradecimiento***

*A la Licenciada Karol Frutos Fernández, por su acompañamiento en este proceso, por su infinita paciencia y sobre todo por darme palabras de aliento y escucharme cuando más lo necesité.*

*Daniela Obando Jiménez*

### ***Dedicatoria***

*A mis padres, por ser quienes me han indicado el norte durante toda mi vida, por su fe en mí y porque ciertamente su apoyo ha sido fundamental en este largo camino.*

*A la Divina Providencia, por darme serenidad, ordenar mis pensamientos y permitirme prosperar como ser humano. Y sobre todo a Tita, que aunque no te pueda abrazar más espero que donde sea que te encuentres me des tu bendición.*

*Daniela Obando Jiménez*

## RESUMEN

La presente investigación se concentra en lo relativo a la ejecución de bienes gananciales en sede judicial, esto para lograr diagnosticar la eficacia entre la legislación costarricense con la cual se regula el tema la de liquidación de bienes declarados gananciales actualmente con la que se pretende introducir según el proyecto de ley bajo el expediente 19.455 (Código Procesal de Familia).

Ahora bien, para la recolección de la información tanto teórica como de los hallazgos en cuestión se utilizó el enfoque cualitativo siendo el estudio de carácter exploratorio.

Entre las principales conclusiones a relucir se destacan que ante la imposibilidad de resucitar norma derogada (en este caso la LCJ), hasta que el CPF no produzca los efectos jurídicos necesarios se debe utilizar el nuevo CPC pese a que la Ley de Vigencia Transitoria para Procedimientos de Familia estipuló que para la tramitación de procesos llevados a cabo en la jurisdicción de familia se utilizaría el CPC de 1989; este análisis se deriva en virtud de que no se puede usar norma que ya no existe y porque el CPC derogado pero revivido exclusivamente para los procesos de familia no contempla las reglas del remate.

No obstante, dado lo reciente de las fuentes y el poco estudio que existe sobre ellas quien redacta considera que la regulación de la fase de ejecución de bienes gananciales contemplada en el CPF pudiera resultar escueta y un poco confusa.

Por último en el apartado de recomendaciones, se realizan modificaciones a los numerales 321 y 322 del CPF para que en lo conducente estas regulen de manera concreta y correcta la figura de ganancialidad y el remate de bienes gananciales sin dar lugar a confusiones, recogiendo así el criterio jurisprudencial desarrollado al respecto.

### **Lista de acrónimos**

A continuación, se presenta el contenido con las abreviaturas utilizadas en el desarrollo de la investigación.

Artículo: Art.

Código Civil: CC

Código de Familia: CF

Código de la Niñez y la Adolescencia: CNNA

Código Procesal de Familia: CPF

Constitución Política: CPOL

Declaración Universal de los Derechos Humanos: DUDH

Ley de Cobro Judicial: LCJ

Ley Sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social: Ley RAC

Patronato Nacional de la Infancia: PANI

Reforma Código Procesal Civil: RCPC

Trabajo Final de Graduación: TFG

Universidad de Costa Rica: UCR

## Contenido

FICHA BIBLIOGRÁFICA .....	2
CAPÍTULO I: Introducción .....	9
Planteamiento del problema .....	9
Objetivos. ....	13
Objetivos generales .....	13
Objetivos específicos.....	13
Justificación.....	14
Antecedentes .....	15
Antecedentes históricos sobre la liquidación de bienes gananciales.....	15
Antecedentes sobre la liquidación de bienes gananciales .....	19
Proyecciones .....	28
CAPÍTULO II: Marco Teórico .....	31
Concepto de familia .....	33
Principios medulares del Código de Familia.....	39
La unidad de la familia.....	39
Igualdad entre los cónyuges .....	40
Interés de los hijos.....	41
Interés de los hijos menores .....	42
Institutos que dan pie al derecho de crédito ganancial .....	42
Matrimonio.....	43
Unión de hecho.....	47
Formas de disolver el vínculo matrimonial .....	55
Divorcio.....	56
Separación Judicial.....	58
Nulidad del matrimonio .....	61
Bienes Gananciales .....	63
Régimen de participación ganancial en Costa Rica .....	65
Capitulaciones matrimoniales .....	66
Régimen supletorio de las capitulaciones matrimoniales.....	68
Régimen Ganancial .....	69
Liquidación de bienes gananciales .....	72
Remate como figura jurídica .....	81

Regulación del remate judicial .....	82
Ley de Cobro Judicial .....	82
Código Procesal Civil.....	85
Código Procesal de Familia.....	87
Jurisprudencia en relación a la liquidación de bienes gananciales.....	91
CAPÍTULO III: Marco Metodológico .....	100
Enfoque utilizado .....	100
Tipo de investigación .....	101
Diseño / Método.....	102
Muestra de la investigación.....	104
Unidades de Análisis o Variables.....	104
Instrumentos.....	105
Método de análisis.....	106
CAPÍTULO IV: Análisis de Resultados .....	108
Clasificación de la información, descripción, análisis e interpretación de las variables según el marco de referencia. ....	108
Derecho de familia .....	109
Regímenes patrimoniales de la sociedad marital .....	117
Código Procesal de Familia.....	122
CAPÍTULO V: Conclusiones y Recomendaciones.....	131
Conclusiones .....	131
Conceptuar familia, su relación con el término “pareja” y su protección constitucional, así como las distintas figuras jurídicas que dan pie al derecho de crédito ganancial. ....	131
Dilucidar los diferentes regímenes patrimoniales de la sociedad marital y cómo se liquidan los bienes declarados gananciales hoy en día en sede judicial.....	132
Advertir si la necesidad de una regulación expresa en la actualidad para la liquidación de los bienes declarados gananciales en sede judicial será debidamente suplida con el Código Procesal de Familia. ....	135
Recomendaciones.....	136
Referencias.....	139
Apéndices.....	145

## **CAPÍTULO I: Introducción**

### **Planteamiento del problema**

Para dar inicio al establecimiento del tema, se debe tomar como referencia a la Constitución Política de Costa Rica, al ser esta base suprema de toda la legislación existente a nivel nacional; es decir, sobre esta se cimentan los principios que rigen el Estado de Derecho definido del cual los ciudadanos son beneficiarios.

Ahora bien, de acuerdo a lo manifestado previamente el artículo 51 CPOL para los efectos que interesan estipula: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado (...)".

En ese mismo sentido es importante comprender que el derecho de familia posee principios medulares que emanan de la protección especial y de carácter constitucional que debe garantizar el Estado a este instituto jurídico por su inherente relevancia para la sociedad; sobre esto en el Código de Familia se desprende del ordinal 1 y del 2 de manera respectiva:

“Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia”.

“La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código”.

Aclaradas esas aristas, es de relevancia para la presente investigación ahondar sobre qué se entiende por patrimonio y ganancial respectivamente, según Guillermo Cabanellas de Torres (1998, pp.297 y 178) el primer término responde a: “Conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica”; mientras que el segundo consiste en: “Bienes que se ganan o aumentan durante el matrimonio por el trabajo de los cónyuges (...)”.

En ese orden de ideas, se puede decir que el derecho de familia no solo viene a regular las relaciones personales que surgen en el seno de la familia sino que dichas normas también regulan vínculos patrimoniales que nacen dentro de esta. Siguiendo esa línea, el

Código de Familia en el capítulo VI, dispone basta normativización sobre el haber patrimonial de los cónyuges comprendidos en los artículos 37 al 41, los cuales se desarrollarán con posterioridad.

No obstante, el móvil de este estudio radica en que si bien dicha norma hace referencia al fondo de la materia, no especifica en ningún momento la forma adecuada de liquidar los bienes gananciales sin vulnerar el derecho de crédito que posee cada uno de los cónyuges sobre el patrimonio neto adquirido durante la unión.

Sobre esto véase el ordinal 41 del CF, que señala lo siguiente:

“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 (...) 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 (...).”

Entonces, tal como se evidencia en el artículo en cuestión únicamente se hace referencia al régimen de participación ganancial al que tienen derecho los consortes para disponer de los bienes en la parte alícuota que les corresponde.

Sin embargo, como se manifestó previamente, no existe un procedimiento formal y taxativo contenido en la regulación que se discute que ilustre sobre cómo se deben liquidar los bienes declarados gananciales. Debido a ello Vega C. Eduardo (2015, p.11) expresó:

“El criterio de algunos de los Jueces y Juezas de Familia de la República de Costa Rica, se encuentran divididos en lo que se refiere hacer efectivo el derecho a recibir el cincuenta por ciento del valor neto de un bien que fue declarado ganancial, una vez que es solicitado por la parte interesada, ello por cuanto unos consideran necesaria para su liquidación la vía del remate judicial

en apego a la Ley de Cobro Judicial, mientras que otros consideran que debe realizarse como una venta judicial, sin necesidad de rebajar el precio en que fue valorado por el perito, partiendo del hecho que no se está frente a una deuda civil o comercial.”

De conformidad con lo citado supra, algunos juzgadores echan mano de lo expresado en la Ley de Cobro Judicial (promulgada en el 2008); y es de suma relevancia mencionar que la misma debe su origen a un proceso judicial que pretende hacer efectivo el cobro de una obligación dineraria, líquida y exigible por medio de un monitorio, o bien, a través de un proceso de ejecución hipotecario o prendario según corresponda; toda vez que cualquiera de estos procesos se tramitan como si se tratase de un proceso en fase de ejecución. Es importante tener en consideración que al momento de interponer la demanda la prestación que se exige, o sea, la deuda debe encontrarse respaldada por un título base que acredite la existencia de dicha obligación de carácter mercantil o civil; tales como: letra de cambio, pagaré, hipoteca o prenda no inscritas y análogos que faculte la norma (sobre esto véase el numeral 2 de la Ley N°8624)

Asimismo, el juzgado especializado en materia cobratoria (o el que corresponda según la zona geográfica) en caso de darle curso a la demanda este dictará un auto intimatorio el cual tendrá fuerza de ejecutoriedad inmediata, esto quiere decir, que una vez firme la resolución que ordena al demandado a cancelar la deuda se pueden hacer efectivos los embargos de bienes muebles, inmuebles, cuentas bancarias así como la parte líquida y embargable del salario del deudor (en caso de ser asalariado).

En virtud de lo manifestado previamente, se puede colegir que la ratio legis de este cuerpo normativo implica especializar la materia así como descongestionar la labor de los juzgados civiles y perseguir partiendo del principio de celeridad a aquellos deudores que han incumplido una obligación, así como lo señala Quesada U. Randall (2010, p. VIII).

Ahora bien, dicho ordenamiento ofrece ciertos remedios procesales con el propósito de resarcir la deuda contraída por el deudor respecto de su acreedor, para efectos académicos del actual estudio una de las figuras jurídicas que interesan es el remate; sobre esto la Ley N° 8624 en su artículo 21.2 así como el numeral 157.2 de la reforma del Código

Procesal Civil que entrará en vigencia a partir de octubre del 2018 y por consiguiente derogará la Ley de Cobro Judicial señalan sobre el remate que este se hace por orden de la autoridad judicial competente, con auxilio de esta pero previa solicitud de parte y con la respectiva certificación registral que acredite la existencia del bien como los gravámenes que soporta la cosa que se desea ventilar frente a posibles postores.

Así las cosas, tomando como referencia los ordinales 23 y 25 de la LCJ así como el 157.5 y 161 del nuevo CPC el despacho por medio de un edicto fijará tres fechas en las cuales se celebrarán las subastas, inclusive hace mención de las rebajas a las que se verá sujeta la base en caso de no presentarse ningún postor, en otras palabras, en la primera subasta el bien se remata con el 100% de la base (pactada por convenio de partes o en su defecto según avalúo pericial o valor registrado); si no hubiera postor al llevar a cabo la segunda subasta esta se realizará con un 75% de la base y en caso de que tampoco hubiere oferentes la tercera subasta se efectuará con un 25% de la base, si del mismo modo no se ofrece ninguna postura se adjudica el bien al ejecutante.

En ese orden de ideas, siguiendo los parámetros que indica la LCJ para ejecutar la liquidación de bienes gananciales de manera literal implicaría una vulneración al principio de igualdad entre los cónyuges o convivientes ya que se les estaría considerando a uno de ellos acreedor y al otro deudor, cuando en realidad ambos son acreedores de un derecho de crédito que nace del vínculo o unión de la pareja; por lo tanto, tratar un asunto de esta índole bajo la luz directa de esta norma va a producir un menoscabo al derecho de ambas partes.

En otro sentido, según expresan Alfaro A. María y Miranda S. Andrea en su tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho (2016, pp. 142-150) “La capacidad progresiva de los menores de edad dentro del proyecto del código procesal de familia” tras varios antecedentes en cuanto a la creación del Código Procesal de Familia no es hasta hace unos años que gracias a la iniciativa de jueces como de otros profesionales en derecho en colaboración de entidades como el PANI, Registro Civil y la UCR que se propone nuevamente un anteproyecto para regular el procedimiento en materia de familia con la

intención de especializar aún más la materia y hacerla más expedita en total atención al principio constitucional de “justicia pronta y cumplida”.

Actualmente, de acuerdo a Herrera S. Kimberly en su reportaje para [elmundo.cr](http://elmundo.cr) el 08 de febrero del 2018 se aprobó en el primer debate con 42 votos del plenario el Código Procesal de Familia; sin embargo, aún se debe discutir en un segundo debate.

Entonces, retomando aspectos anteriores: ¿Existe un medio idóneo para la ejecución de la liquidación de bienes declarados gananciales de acuerdo al CPF?

De ahí el pilar de la presente investigación, debido a que esta se fundamenta en dilucidar si el proyecto de ley citado supra regula de forma expresa el mecanismo o el método que deben seguir los juzgadores para liquidar el patrimonio ganancial sin causarle perjuicio a las partes, a contrario sensu, quien redacta propondrá una modificación al proyecto de ley con la finalidad de suplir esa carencia, incluso ante la eventualidad de ser confusa y poco precisa la normativa al respecto.

## **Objetivos.**

### **Objetivo general**

Diagnosticar la eficacia entre la legislación costarricense con la cual se regula el tema la de liquidación de bienes declarados gananciales actualmente con la que se pretende introducir según el proyecto de ley bajo el expediente 19.455 (Código Procesal de Familia).

### **Objetivos específicos**

Indicar el concepto de familia, su relación con el término “pareja” y su protección constitucional, así como las distintas figuras jurídicas que dan pie al derecho de crédito ganancial.

Dilucidar los diferentes regímenes patrimoniales de la sociedad marital y cómo se liquidan los bienes declarados gananciales hoy en día en sede judicial.

Advertir si la necesidad de una regulación expresa en la actualidad para la liquidación de los bienes declarados gananciales en sede judicial será debidamente suplida con el Código Procesal de Familia.

### **Justificación**

Plantear este tema en relación a la liquidación de bienes gananciales, tomando como referencia la normativa que existe actualmente que ha sido utilizada por los jueces basados el principio de integración e interpretación de la norma tal como lo ha señalado la jurisprudencia reiteradamente así como la que está en proceso de aprobación es de gran relevancia, esto porque surge la incógnita sobre cómo se llevarán a cabo determinados procedimientos propios del derecho de familia que cabe mencionar hasta el día de hoy se ejecutan de acuerdo a las normas procedimentales de carácter civil.

Entonces, este Código Procesal de Familia no solo vendría a regular un proceso que al día de hoy no ha sido establecido formalmente por la ley (liquidación de bienes gananciales), sino, que además podría llenar el vacío jurídico que existe al respecto; ya que si bien es cierto, se ha desarrollado jurisprudencia en torno a la forma de liquidar un bien declarado ganancial en etapa de ejecución, es sabido por todo conocedor de la materia que los antecedentes jurisprudenciales son vinculantes y poseen efecto erga omnes (oponible frente a terceros) pero así como la Corte puede seguir un mismo criterio por mucho tiempo este podría verse sujeto a variaciones sustanciales posteriormente.

En ese orden de ideas, la autora de esta investigación considera que proponer este tema para realización de la tesis (requisito esencial para graduarse) resulta novedoso en virtud de que se pueden abrir una línea de investigación sobre el Código Procesal de Familia (mismo que está en proceso de aprobación) que aún no ha sido analizada; para efectos de este estudio el mismo se enfocará en cómo se ejecuta el haber ganancial de los cónyuges o convivientes en la actualidad así como los perjuicios en los cuales se pueden incurrir por utilizar una norma que no ha sido diseñada explícitamente para dicho proceso en contraposición al impacto que provocarán los efectos jurídicos de aprobarse el CPF en torno a la ejecución de la ganancialidad de los bienes.

No obstante, examinar con criterio jurídico el contenido de las normas que sirven para el desarrollo de este estudio es fundamental ya que el mismo va a arrojar los agravios que pueden sufrir las personas involucradas en este tipo de litis (que además está mencionar lo complejo que puede resultar una separación en términos emocionales aunado a las implicaciones de llevar a cabo un proceso judicial). Y no resulta nada complejo entender que practicar el remate tal como lo establece la LCJ o posteriormente en su defecto el NCPC, puede traer consigo abusos del derecho y/o vulneraciones a los intereses de las partes como la violación al principio de igualdad entre los cónyuges; debido a lo anterior, es que quien redacta opina que la investigación es de gran relevancia jurídica, sobre todo, en el seno patrimonial de la familia radicada en Costa Rica.

Es de suma importancia mencionar incluso que la LCJ será derogada próximamente y en su lugar entrará a regir a partir de octubre del 2018 la reforma del CPC, misma que suplirá como se indicó la norma vigente; de modo que es posible concluir que hasta el momento que se apruebe el CPF la norma que se aplicará de forma supletoria es la del CPC aparejada a la jurisprudencia que existe al respecto.

Así las cosas, a nivel práctico sería un buen aporte para efectos de efectuar un trabajo de investigación lo más íntegro posible, mencionar algunos de los principios rectores más relevantes de la materia procesal civil y como estos pueden influir al momento de adaptar la norma procesal civil en el espectro de la ejecución de bienes considerados gananciales; asimismo, se deberá hacer mención tanto de la jurisprudencia existente al respecto como de la doctrina que interesa para el estudio.

## **Antecedentes**

### **Antecedentes históricos sobre la liquidación de bienes gananciales**

De acuerdo a la Constitución Política de Costa Rica, una ley de iniciativa popular que nace en 1949 durante el periodo de la Junta Fundadora de la Segunda República en virtud del Pacto Ulate-Figueres, que en palabras de Aguilar B. Oscar (2004, P. 236): “Se hacía necesaria la elaboración de una nueva Carta Fundamental que se adaptara a las nuevas condiciones y a las nuevas corrientes”.

Es así que se convoca la Asamblea Constituyente a través de la cual se implementa la Constitución Política que se conoce actualmente. De la anterior se desprende uno de los numerales que sirven de sustento para la presente investigación, para ser más específicos el 52, que reza lo siguiente: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.

Sobre esto es importante hacer mención que debido a la índole de los temas que se abarcan en materia de familia no se siguen criterios de interpretación rígidos y formalistas en cuanto a la norma, por lo que esta tiende a flexibilizarse; asimismo la prueba no se admite ni se evacúa del mismo modo como si se tratara de un proceso meramente civil, mercantil o incluso penal; es decir, se pueden tomar en cuenta indicios o pruebas circunstanciales para fundamentar una teoría o argumento.

Es por esto, que durante muchos años se han gestado diversas iniciativas para promulgar el Código Procesal de Familia, esto con el propósito de especializar la aplicación de la norma de esta rama del derecho en relación al procedimiento sin acudir a cuerpos normativos de carácter procesal de manera supletoria, que perfectamente pueden o no garantizar el debido proceso así como una correcta sustanciación.

En ese orden de ideas, de conformidad con el Diario Oficial La Gaceta (Año CXXXVII, N°50) es después de 40 años de decretado el Código de Familia que se presenta la iniciativa del Código Procesal de Familia, el cual en la actualidad la Asamblea Legislativa tramita bajo el expediente N° 19.455.

Ahora bien, tal como lo indica el artículo citado supra a ese proyecto le antecedieron otros:

A lo largo de estas décadas, múltiples han sido los esfuerzos tendientes a promulgar una ley que regule los procedimientos familiares. En los años ochenta, una ley creó una comisión que examinara tal propuesta. Pero su labor se detuvo ante la redacción del actual Código Procesal Civil que rige desde el año noventa. En la década última del siglo anterior, dos proyectos se redactaron,

pero no se meritaban con el argumento de la propuesta de un código general del proceso.

El momento actual es el propicio para aprobar una legislación procesal, pues existe una organización judicial muy consolidada y madura. Dicha organización está compuesta por más de cien tribunales de la materia, más de doscientas personas juzgadoras que se dedican a ella. Hay esfuerzos académicos de postgrado que apuntalan la cultura jurídica del derecho familiar y procesal familiar, en los cuales se han graduado varias personas profesionales que empujan por lograr saltos cualitativos, y que están comprometidas y capacitadas para lograr un progreso en esta área tan importante.

Así las cosas, dicho anteproyecto se presenta en diciembre del 2008 ante la Corte Plena, quien designa como órgano revisor a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Una vez que la Sala autorizó el proyecto, este fue presentado a la Asamblea Legislativa por medio del Ministerio de Justicia y se le asignó el número de expediente 19.455.

En otro orden de ideas, a criterio de quien redacta es de relevancia citar de nuevo al Sr. Vega C. Eduardo (2015, p.11) quien en su tesis para optar por el grado de licenciatura “Necesidad de implementar el procedimiento adecuado para liquidar bienes gananciales” manifiesta:

“El criterio de algunos de los Jueces y Juezas de Familia de la República de Costa Rica, se encuentran divididos en lo que se refiere **hacer efectivo el derecho a recibir el cincuenta por ciento del valor neto de un bien que fue declarado ganancial**, una vez que es solicitado por la parte interesada, ello por cuanto unos consideran necesaria para su liquidación la vía del remate judicial **en apego a la Ley de Cobro Judicial**, mientras que otros consideran que debe realizarse como una venta judicial, sin necesidad de rebajar el precio en que fue valorado por el perito, partiendo del hecho que no se está frente a una deuda civil o comercial.” (Lo resaltado no es del original).

De lo anterior se colige que el aparato judicial en el ejercicio su función jurisdiccional en materia de familia aplican la LCJ para ejecutar los bienes declarados previamente en proceso ordinario como gananciales; entonces, al no existir norma especial que regule el procedimiento en cuestión se utiliza supletoriamente la ley indicada; la cual se creó con una finalidad completamente distinta.

Por lo tanto, es conveniente mencionar cómo nace la LCJ y cuál es su finalidad. De conformidad con lo dicho por el Lic. Edgar Cervantes Villalta (2008) en el “Manual de Aplicación de la Ley de Cobro Judicial”, la Ley N°8624 se publicó en el 2007 en el Diario Oficial La Gaceta y entró en vigencia hasta el 2008; esta se promulgó con el propósito de unificar los procesos de ejecución en relación a los monitorios, prendarios e hipotecarios y así tramitarlos tomando como base una ley especial que asegurara el cumplimiento del principio de celeridad procesal y evitar la saturación de los juzgados civiles.

Esto en razón al alza en la demanda de créditos solicitados por los ciudadanos (dichos créditos son respaldados con títulos ejecutivos que permiten la ejecución inmediata sin necesidad de acudir al proceso ordinario para que se declare en esta vía la existencia de una deuda); el Sr. Cervantes también menciona que estos procesos contemplados en la LCJ tienen la finalidad de requerir o de ordenar al demandado el pago de lo adeudado en caso de incumplimiento; incluso, expedido el auto intimatorio se expiden oficios de embargo de cuentas bancarias, de embargo salarial así como embargo de bienes muebles e inmuebles (siempre que el accionante lo solicite) los cuales se ejecutan de manera inmediata, ya que estas son medidas que constriñen al accionado a cumplir con la obligación, o bien, aseguran al actor que el daño provocado por el incumplimiento pueda ser resarcido.

Una vez notificada de manera personal (tal como lo señala la Ley de Notificaciones Judiciales) si no hay retenciones aplicadas al salario o a las cuentas bancarias se puede proceder con una liquidación de intereses (medio que permite aumentar el saldo aprobado judicial); no obstante, en caso de existir retenciones se puede solicitar el giro de dicho dinero a favor del actor.

Asimismo, según el artículo 21 de la LCJ en relación al remate se estipula lo siguiente: “Todos los acreedores embargantes o con garantía real, deberán gestionar el pago

de sus créditos, en el proceso en el cual se haya efectuado primero la publicación del edicto de remate del bien que les sirve de garantía.”

Para efectuar dicho remate se fijarán tres subastas, donde la base fijada para el mismo se verá sujeto a rebajas siempre que no se presente ninguna postura y dado el caso se adjudica el bien al ejecutante por el 25% de la base original (sobre esto véase el art. 25 de la LCJ).

Por otro lado, en octubre del 2018 entrará a regir la Reforma del Código Procesal Civil mismo que derogará la LCJ, toda vez que esta contempla dentro de sí dicha regulación. Sin embargo, tal como se verá con posterioridad no hay cambios en cuanto a la sustanciación pero sí varía en relación a la tramitación del proceso, es decir, se implementan principios como la oralidad, celeridad, entre otros.

Lo anterior es importante destacarlo, ya que hasta el momento que no se apruebe el CPF la norma que se aplicará análogamente para lograr distribuir el valor neto de los bienes declarados gananciales es la reforma de Código Procesal de Familia; la cual contempla nuevos principios e implementa la oralidad para asegurar una “justicia pronta y cumplida” más no es una ley especial de procedimientos en materia de familia.

Aunado a la RCPC se aplicará lo dispuesto mediante la jurisprudencia, misma que se señalará posteriormente.

### **Antecedentes sobre la liquidación de bienes gananciales**

En el proceso de indagación bibliográfica realizado, se recopilaron documentos de tesis con información y antecedentes relevantes en cuanto a lo referente al remate en el proceso de ejecución de bienes gananciales de acuerdo a la Ley de Cobro Judicial y el Código Procesal Civil que entrará a regir a partir de Octubre del 2018, en contraposición al proyecto de ley “Código Procesal de Familia”, tesis que fueron defendidas para obtener el grado de licenciatura en Derecho.

Vega Cortés, E. (2015) realizó una tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Hispanoamericana sobre el tema de

“Necesidad de implementar el procedimiento adecuado para liquidar bienes gananciales” en Costa Rica; mismo centró el problema de investigación en ¿Cómo la aplicación literal de la Ley de Cobro Judicial a la hora de liquidar un bien declarado ganancial influye de manera negativa en el Derecho por percibir el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes declarados gananciales?

El autor de dicha tesis utilizó como objeto de estudio el proceso para liquidar bienes declarados gananciales.

Los objetivos generales de la investigación son: A) Analizar la eficacia de la legislación costarricense con la cual se regula el tema la de liquidación de bienes declarados gananciales. B) Diseñar un único procedimiento judicial que permita liquidar bienes declarados gananciales en todos los Juzgados que ven la materia de familia.

El enfoque con el que el autor desarrolla su tesis es cualitativo, no se realiza a partir de una hipótesis, sino que esta surge al concluir el proceso.

Vega Cortés, E. (2015) concluye, entre otros, los siguientes aspectos relevantes;

1. En el bloque de legalidad de Costa Rica, no existe una ley procesal en materia de familia, lo cual hace necesario que para resolver cuestiones procedimentales, se tengan que utilizar otros cuerpos normativos y aplicar sus normas de manera análoga.

2. Los Jueces y Juezas de la República que laboran en los Juzgados de Familia, aplican diferencias marcadas en sus actuaciones, cuando se trata de liquidar un bien que es declarado ganancial.

3. El Tribunal Superior de Familia ha seguido una línea en sus pronunciamientos, mediante la cual ha señalado que la aplicación de la Ley de Cobro Judicial, no se debe aplicar de manera literal al liquidar un bien declarado ganancial, porque violenta los derechos de los cónyuges. Sin embargo, no ha establecido jurisprudencialmente la forma idónea que debe procederse en estos casos.

A su vez, el autor da las siguientes recomendaciones como apartado final del Trabajo Final de Graduación;

1. Por el momento, aplicar la Ley de Cobro Judicial, para liquidar un bien ganancial, pero no de manera literal, sino con ciertos correctivos o atenuantes, esto considerando que es la única legislación que prevé la forma de vender un bien.

2. Nunca aplicar literalmente la Ley de Cobro Judicial, para vender un bien que tiene vocación de ganancial.

3. Se tiene que crear una Ley Procesal de Familia, donde las pautas sean meramente inspiradas en el derecho familiar y donde se aparte definitivamente de la naturaleza procesal civil y comercial.

4. Emitir un pronunciamiento de acatamiento obligatorio, donde se toque el tema de cómo liquidar o vender los bienes declarados gananciales, que a mi parecer, puede ser dictado por la Sala Segunda, que conozca este punto por medio de un recurso de casación, siendo esta la última superior en grado para conocer la materia de familia y, en su defecto, que sea el Tribunal de Familia, que ahonde más en el tema y mediante votos o sentencias, reiterativas establezca el procedimiento necesario que se tiene que aplicar a la hora en que pretende liquidarse un ganancial.

5. Hasta tanto no exista Ley expresa, ni Jurisprudencia que regule de manera definitiva este tema, se recomienda hacer convenciones de Jueces y Juezas que resuelven la materia de familia, donde se cree una comisión y una vez observados todos los puntos de vistas de cómo se resuelve el tema de la liquidación de bienes gananciales en los diferentes Despachos Judiciales, se llegue a uno generalizado, donde lo primero que se tome en cuenta sea el derecho y el principio de igualdad de los cónyuges, a recibir el cincuenta por ciento del valor neto de un bien que fue declarado ganancial.

Este antecedente es de gran aplicabilidad para el presente estudio debido a que el autor parte de una base sumamente similar a la cual se quiere plantear por medio de esta investigación, es decir, sirve para establecer ciertos parámetros así como para citar; además

de no ser repetitivo en aspectos que ya fueron indagados por otra persona. A su vez, dentro de las recomendaciones que él establece indica que se debe crear un Código Procesal especializado en materia de familia; pero no menciona que ya existe un proyecto de ley cuyo propósito es ese y se debe tomar en cuenta que para el año 2015 (mismo en el que el citado autor defendió su tesis) ya la propuesta para promulgar el CPF existía.

Por otra parte, Quesada Ulate, R. (2010) en su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, desarrolló el tema: “Análisis Jurídico de la Ley de Cobro Judicial, Virtudes, Defectos e Impacto Actual de su Aplicación”.

La tesis del presente especifica el planteamiento del problema explicando que como consecuencia de la problemática de mora judicial, señalada por los intermediarios financieros, que se estaba presentando en relación con el cobro judicial, la cual se pudo constatar, en donde se toma conciencia de la necesidad imperiosa de reducir la cantidad de asuntos que estaban conociendo los juzgados civiles, los legisladores consideran preciso hacer una especialización en la materia. Ante tal necesidad, se crea la Ley Número 8624, denominada “Ley de Cobro Judicial”, vigente desde el 20 de mayo del 2008, cuya finalidad es dotar al cobro judicial con procesos y procedimientos ágiles; se permite una especialización en la materia de cobro judicial y se brinda una respuesta a la problemática anterior, sin afectar el derecho de defensa de los deudores costarricenses.

El presente autor, pretendía analizar a profundidad las virtudes y carencias, las novedades y, sobre todo las particularidades introducidas con el sistema procesal de cobro implementado. (Quesada, R. 2010)

El objetivo general descrito por el autor es determinar las ventajas y desventajas introducidas con la Ley de Cobro judicial, tanto en el nivel normativo como en su aplicación y de forma más específica, sistematizar los sistemas jurídicos de cobro utilizados en España y Uruguay con el objetivo de efectuar una comparación con el nuestro, analizar las características del sistema de cobro de créditos anterior, así como el introducido con la Ley citada; finalmente constatar la aplicación de la Ley de Cobro Judicial y exponer sus resultados.

Sobre la aplicabilidad de esta tesis para la actual investigación se puede decir que sirve para establecer una guía sobre cómo se tramita un proceso cobratorio así como los principios en los cuales descansa esta materia; toda vez que al tratarse de un proceso visto bajo la lupa de la ejecución es más breve y eficaz. Entonces, sobre lo que interesa el autor manifiesta que la LCJ regula de manera precisa lo relativo a la figura del remate para efectos de cobro judicial; mismo instituto que quien redacta opina no se puede utilizar tal como lo establece la LCJ en relación a otras materias; es decir, aplicarla de manera literal como lo establece dicha norma cuando se estén tratando asuntos como la liquidación del patrimonio ganancial.

Aguirre Rodríguez, M. y Ramos Sibaja, A (2011). En su Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica desarrollan el tema: “Estudio de los alcances jurídicos de la Ley de Cobro Judicial 8624. Análisis de sus efectos prácticos en el ámbito costarricense: un examen particular de la provincia de Guanacaste” en donde formulan como problema de la investigación: “¿Cómo han sido el desempeño, los alcances prácticos y la implementación de la Ley de Cobro Judicial 8624 en los Juzgados de la provincia de Guanacaste?”

Los autores plantean el siguiente objetivo general:

- Evaluar la Ley de Cobro Judicial 8624 para determinar el desempeño y los alcances prácticos en el ámbito jurídico nacional y en especial su implementación en los Juzgados de la provincia de Guanacaste.

El tipo de investigación que utilizaron los autores es de tipo exploratoria y descriptiva, debido a las características del tema y al contexto investigado. Según Hernández, Fernández y Baptista (1991), los estudios exploratorios se efectúan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado; por su parte y de acuerdo con los autores antes mencionados, los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de cualquier fenómeno que sea sometido a análisis. (Aguirre, M y Ramos, A. 2011)

Los autores de la presente mencionada, detallan como forma de conclusión que reafirmar la necesidad de contar con una reforma en materia cobratoria, especialmente para darle un mejor servicio al usuario, entre ellas cabe mencionar las siguientes:

- Reforma en el campo procesal. Reduce a dos los procesos cobratorios según la naturaleza de la obligación, el proceso monitorio para los créditos personales y los de ejecución para los derechos reales.

- La Ley de Cobro Judicial establece un hito en materia de remates, puesto que se diseñó un trámite de subastas que transformó sustancialmente el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil. El procedimiento gira en torno a dos parámetros; el primero es evitar la venta forzosa cuando hay intención de pago, y el segundo, si la venta forzosa es inevitable, el procedimiento para llevarla a cabo es sumamente simple y está bajo la responsabilidad del ejecutante; a quien le corresponde indicar con claridad y precisión en el escrito respectivo la forma en que debe ordenarse el remate; es decir, es responsabilidad del ejecutante establecer con exactitud la base del remate y dominar las consecuencias del acreedor preferente o superior vencido; el juez solo debe verificar esa información.

Al igual que la anterior tesis relacionada con el tema de cobro judicial, esta también permite entender con mayor claridad cómo se lleva a cabo un proceso de esta naturaleza y qué herramientas ofrece el ordenamiento jurídico para reparar en cierta medida el detrimento que sufre el acreedor ante la incapacidad de pago su respectivo deudor, tales como el embargo de cuentas bancarias, salario, bienes y remate. Este último remedio que ofrece la norma, el cual es regulado de manera sumamente detallada en la LCJ y que posteriormente lo estará en la reforma del CPC es de gran interés para este estudio, toda vez que de conformidad con lo que se ha venido desarrollando el remate es uno de los medios para liquidar bienes gananciales.

Cabe imaginar, que si se aplica de manera análoga la norma civil y de forma literal podría existir una inobservancia a los principios del derecho de familia; en virtud de lo anterior, es que dicho estudio sirve además para plantear ciertos cuestionamientos. Entre ellos: ¿Es el remate el mecanismo idóneo para liquidar bienes declarados gananciales? ¿Practicar el remate tal como lo establece la norma actual puede violentar el principio de

igualdad entre los cónyuges así como el derecho que posee el cónyuge o conviviente a participar en un cincuenta por ciento del patrimonio neto considerado ganancial respecto del otro?

Montes Delgado, S. y Quesada Vargas, B. (2008) en su tesis para optar por el grado de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, expusieron el tema “La Evolución del Concepto de Bienes Gananciales a la Luz de la Jurisprudencia y el Derecho Comparado” en donde toman como objeto principal de estudio la relación de Bienes Gananciales, la Jurisprudencia y el Derecho.

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

En cuanto al enfoque utilizado por las autoras, definen su proceso con la aplicación de un enfoque descriptivo de las diferentes variables que se dan respecto al concepto de bienes gananciales y de los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio. Lo anterior justifica que la investigación haya sido realizada de índole bibliográfica, dando especial interés al estudio y análisis de la normativa y jurisprudencia que regula la materia en Costa Rica y otras legislaciones.

Concluyendo comentan que al hablar de bienes gananciales, tanto en doctrina como normativamente, se encontraban definidos dichos conceptos; pero el problema existente es su mala interpretación y que el ordenamiento jurídico del país no brinda la adecuada protección que se necesita en este extremo; no obstante que las medidas de protección existen.

Las autoras concluyen a su vez que si la legislación se mantiene como estaba en su momento, existen algunas maneras de proteger los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, las cuales son:

Que los bienes sean puestos a nombre de ambos cónyuges; cuando un bien sea adquirido por ambos cónyuges que este se inscriba a nombre de los dos y no a nombre de uno solo, como sucede en la mayoría de casos, previniendo con esto que uno de los cónyuges disponga del bien en perjuicio del otro.

“Si se diera el caso de que el bien es adquirido con dinero de bienes no gananciales, lo recomendable es que al momento de su inscripción, se indique, ya que si no se hace, ese bien aunque haya sido adquirido con dinero proveniente de un bien no ganancial, se estaría considerando con su inscripción como ganancial.” (Montes, S y Quesada, B. 2008).

Este estudio es de suma aplicabilidad para la investigación en curso puesto que permite conceptualizar ciertos términos o figuras jurídicas, tales como: bienes gananciales, liquidación anticipada, capitulaciones matrimoniales, separación, divorcio, entre otros. Asimismo, estipula una serie de antecedentes históricos relativos a la creación del Código de Familia; mismo que introduce el fenómeno que se entiende como patrimonio de los cónyuges o convivientes.

Espinoza García L, (2008) en su Trabajo Final de Graduación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa desarrolla su tema: “Principios Especiales del Derecho Procesal de Familia” en donde el documento inicia con el estudio del término “proceso”, su clasificación, naturaleza jurídica, características, etc., haciendo referencia al Derecho Procesal y al Derecho de Familia, apuntando sus características y su naturaleza, para entrar posteriormente a analizar los principios especiales que rigen tanto en las diferentes ramas del Derecho como los que orientan el Derecho Procesal de Familia.

La autora además, redacta los siguientes objetivos generales:

- Comprobar la existencia del Derecho Procesal de Familia y los principios especiales que lo rigen, su aplicación en los diferentes procesos relacionados con la materia de familia, tales como violencia doméstica, niñez y adolescencia, pensiones alimentarias, y los propios de la materia, como divorcio, separación judicial, patria potestad, guarda crianza y educación, etc.

- Profundizar en la necesidad de analizar estos principios del Derecho Procesal de Familia en la administración de justicia para que esta sea expedita, sencilla, gratuita, humana y eficaz, pero observando siempre las formalidades esenciales del proceso. (Espinoza García L, 2008)

El método de investigación utilizado es el lógico deductivo, donde la autora pretendía que a través del análisis, comprobar la existencia de los principios del derecho procesal de familia, su aplicación como orientadores de la labor interpretativa de la norma, establecer cuáles son estos principios. Lo anterior a través de consulta de la literatura, análisis de las bibliografías disponibles para la autora (libros, revistas jurídicas, convenios internacionales, información en Internet y otros).

La autora concluye la tesis considerando que en materia de familia se pretende buscar alternativas jurídicas para darle un tratamiento a los conflictos familiares de una manera más eficaz, real y objetiva, con la asistencia de estos principios que deben de regirla durante y hasta la etapa de conclusión del proceso que se esté ventilando, siendo de obligatoria aplicación el Principio de la Protección y Participación Especial, en atención a aquellas personas que la legislación familiar da un tratamiento singular, como son los niños y niñas y adolescentes, adultos mayores y discapacitados, escuchando su opinión conforme a su capacidad para ser parte, cuya premisa fundamental es el interés superior de niño, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y la adolescencia. Esto en complemento con el Principio de Tutela de la Realidad y de Preclusión Relativa y Flexible y especialización, que facilitan la posibilidad de revisar y modificar lo resuelto para lograr un equilibrio acorde con el desarrollo moderno, sin dejar de lado el Principio de Privacidad, en razón de la protección que merecen las partes.

Al llegar al término de la presente tesis la autora menciona que:

Es posible determinar la existencia de un Derecho Procesal de Familia, en el cual existen principios especiales que facilitan la aplicación de las normas que regulan los procesos familiares, lo cual consolida este sistema y reconoce a las partes involucradas su derecho como seres humanos, y que su integridad, estabilidad y

tranquilidad no se vean afectadas por una mala conceptualización de dichas normas.  
(Espinoza García L, 2008)

Dicha tesis al desarrollar varios de los principios procesales rectores en materia de familia funciona como auxilio para este estudio en virtud de que amplía el criterio en cuanto a esta temática y a su vez resulta más sencillo interpretar el proyecto de ley tramitado bajo el expediente 19.455 (Código Procesal de Familia). En lo que interesa, son principios que rigen el debido proceso en asuntos de familia con la finalidad de no vulnerar los intereses de las partes involucradas dada la naturaleza sensible y casuística de los asuntos que se ventilan en esta sede.

De los anteriores antecedentes, resulta evidente que se han desarrollado teorías sobre el remate como instituto jurídico regulado y sobre cómo se liquida un bien ganancial en etapa de ejecución, o bien, posterior al proceso declarativo o de conocimiento; no obstante, dichas teorías se han respaldado con criterio jurisprudencial y también se han basado en la facultad del juzgador de utilizar normas de manera análoga de acuerdo al criterio de la sana crítica. Pero, al día de hoy no existe una norma especial y positiva que dé las pautas para liquidar bienes declarados gananciales. Dicho punto se desea tocar en la actual investigación, debido a que en la Asamblea Legislativa ya se discute una propuesta de ley que vendría a regular la materia procedimental en el derecho de familia; ahora bien, lo adecuado es interpretar si lo estipulado en el proyecto señalado respecto de la manera de liquidar un bien ganancial es una herramienta que no produce perjuicios a las partes, de ser así la presente propondrá una serie de recomendaciones o modificaciones al proyecto de ley.

### **Proyecciones**

Mucho se ha mencionado sobre la importancia de la presente investigación; es por eso que entre los propósitos que se desean alcanzar es establecer de forma clara cuál es el proceso para liquidar bienes gananciales interpretando la jurisprudencia existente así como la norma actual y la que está por aprobarse.

No obstante, a priori es menester estudiar los regímenes que dan lugar al derecho de crédito ganancial que debe repartirse de forma alícuota ante ausencia de capitulaciones matrimoniales; tales como el divorcio, la unión de hecho, la separación judicial y la liquidación anticipada de bienes de conformidad con el ordinal 41 del CF. Por lo anterior es que antes de entrar en cuestiones de forma, se deben definir esos términos para establecer un orden y mayor comprensión sobre el tema; a su vez se deben mencionar cuáles son las características determinadas por la doctrina que debe reunir un bien para considerarse ganancial.

Asimismo, se pretende contrastar la normativa que se aplica en la actualidad así como la que se aplicará en caso de aprobarse el CPF para verificar cuán efectiva resulta una a la par de la otra; también se tomará en consideración los criterios que puedan tener algunos juzgadores así como de litigantes especialistas en materia de familia para fundamentar las teorías que se vendrán a desarrollar en el estudio.

Por otro lado, se deben contemplar cuáles son las limitaciones que pueden surgir, o bien, las que ya están latentes y que de cierta manera podrían perjudicar la investigación; entre ellas se encuentran la interpretación de una norma que aún no ha sido aprobada, al tratar varios aspectos del ordenamiento jurídico (LCJ, RCPC, CPF, jurisprudencia relativa al tema, así como diferentes teorías desarrolladas mediante la doctrina) se podría desenfocar un poco el eje de la investigación, asimismo, el tener poco tiempo para desarrollar el análisis que se pretende realizar quizás incida provocando una menor calidad en la investigación.

Con base a lo anterior, estos son varios de los aspectos que pueden limitar el proyecto investigativo en cuestión; sin embargo, al establecer los objetivos se delimita el tema con la finalidad de evitar tocar tópicos que no son de relevancia para este estudio; además, el aporte que se pretende brindar con esta investigación se justifica con el diseño que se quiere proponer en caso de ser poco precisa la norma en cuanto a la forma de liquidar bienes del haber patrimonial de los cónyuges o convivientes.

Incluso, para conocer cuáles son los parámetros que utilizan los juzgadores en materia de familia para ejecutar dicho patrimonio es ideal contactar con los concedores de la

materia para que puedan esclarecer gracias a la experticia que brinda la experiencia así como los años de estudios los vacíos que existen alrededor del tema.

Ya que si bien es cierto, el criterio tal como se verá posteriormente se ha venido desarrollando vía jurisprudencial y aunado a ello, el derecho de familia basado en la interpretación flexible del ordenamiento jurídico debido a la naturaleza y sensibilidad de esta materia permite al operador de justicia flexibilizar la norma ante ciertos panoramas; no obstante, pese a no diferir de este concepto también se le debe dar seguridad jurídica al ciudadano y de esta forma no causar desconfianza en la justicia.

Por esto, de acuerdo a la opinión de la presente se debe de concretar de manera formal la forma exacta y enfocada la materia a la cual corresponde el medio idóneo para ejecutar bienes gananciales sin caer en la inobservancia a la máxima de la igualdad entre cónyuges.

## **CAPÍTULO II: Marco Teórico**

Con el propósito de dar curso al contenido del estudio que en cuestión se desarrolla, es eminente hacer alusión a las teorías que han rodeado el tema desde mucho tiempo atrás de la promulgación del Código de Familia; sin embargo, estos antecedentes doctrinarios y normativos han evolucionado al punto que hoy en día se reconoce jurídicamente el patrimonio de la sociedad marital.

En Costa Rica, se comienza a legislar sobre aspectos relacionados con la máxima de igualdad entre los cónyuges en la Comisión Legislativa de 1952; misma que según Trejos, Gerardo (1999, p.111) contempla: “al padre y a la madre el derecho de ejercer con iguales derechos la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio”. Entonces, bajo esta óptica jurídica, en términos patrimoniales la igualdad entre los cónyuges era inexistente; a criterio de quien redacta, en ese acápite se admite la capacidad jurídica y de actuar de la mujer para ejercer la patria potestad únicamente; esto pese a que ya existía una norma constitucional que expresaba la igualdad entre los cónyuges.

Años después, en la Comisión Legislativa de 1968, de acuerdo a Delgado Montes, Silvia y Vargas Quesada, Brenda (2008, p. 15) en su tesis “La evolución del concepto de bienes gananciales a la luz de la jurisprudencia y el derecho comparado” para optar por el grado de licenciatura, citan al Sr. Eladio Vargas (miembro diputadil de dicha comisión) que dice que el objetivo de esta era erradicar la notoria desigualdad entre los miembros de la sociedad marital, otorgando así los derechos de carácter patrimonial que le correspondían a cada uno en partes iguales en virtud del matrimonio. No obstante, el propósito de evitar la burla (traspaso, enajenación o gravar bienes con la finalidad de ocultar el patrimonio respecto de la cónyuge) e injusticia en relación a los bienes adquiridos producto del esfuerzo común del matrimonio no se logró materializar y/o positivizar.

En contraposición, en 1973 se aprobó el Código de Familia; mismo que derogó el Libro I del Código Civil de 1888. Dicho proyecto, en su espíritu legislativo el objetivo primordial era brindar protección y certeza jurídica a la familia. Ahora bien, Delgado Montes, S. y Vargas Quesada, B. (2008, p. 21) apuntan a lo dicho por la Lic. Elizabeth Odio para hacer hincapié que en su momento tal cuerpo normativo era novedoso por cuanto

regulaba aspectos referentes al patrimonio conyugal y la igualdad entre los cónyuges. Sobre esto véase:

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

Regula los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio (incluida la nulidad del vínculo y la separación judicial de los cónyuges), atribuyendo a cada cónyuge un derecho a participar en “la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.

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

De forma concatenada, en 1976 se reforma el artículo 41 del Código de Familia e introduce dentro de numeral dos elementos relevantes: el derecho de ganancialidad y la sanción del cónyuge culpable de la disolución del vínculo a raíz del divorcio o separación (dicha sanción consistía en la pérdida del derecho a obtener la mitad del valor neto constatado en el patrimonio del otro). Tal reforma, a criterio de la presente parecía el verdugo del derecho de ganancialidad en tanto existiese incumplimiento de los deberes maritales consagrados también en la norma; esto por cuanto a que si existía inobservancia a dichas obligaciones el ordenamiento jurídico contemplaba un castigo a modo de consuelo y resarcimiento al cónyuge “víctima” suprimiendo un derecho de carácter constitucional como lo es la igualdad entre los cónyuges y el patrimonio que se obtuvo gracias al esfuerzo común .

Por último, ante tal reforma, en 1997 se modifica nuevamente el artículo 41 para suprimir el desamparamiento del cónyuge culpable del divorcio o separación y a su vez grava los bienes para que estos no sean traspasados o enajenados con la finalidad de

ocultarlos; de manera que el ordinal se lee de la siguiente manera (vigente hasta el día de hoy):

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, (...).

Así puestas las cosas, la presente considera que es con la última modificación al artículo 41 del CF que efectivamente se protege el derecho a gananciales de ambas partes de la relación; toda vez que trata a ambos sujetos como iguales ante la perspectiva de la ley y no admite la pérdida respecto de uno de los miembros de la sociedad de bienes obtenidos por el mutuo esfuerzo. Asimismo, ciertamente es esta teoría amparada por la norma la que permite desarrollar las bases de la actual investigación no solo porque es la que se utiliza hoy en día, sino, porque abriga principios constitucionales que debieron considerarse desde un inicio.

### **Concepto de familia**

Para Perlaza Pérez, Rolando; Segura Villalobos, David; y Umaña Mora, Mario (2005, p.18) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho “Régimen de los bienes gananciales y su forma de distribución en los casos intervivos y en el proceso sucesorio” resulta complejo definir familia; toda vez que se debe tomar en consideración los siguientes aspectos:

(...) matrimonio, y su disolución, la filiación y sus distintas formas, las relaciones patrimoniales entre los distintos miembros de la familia e incluso con terceros, la adopción y sus tipos, la unión de hecho ya sea regular o irregular y los efectos que conlleva el reconocimiento de la misma, el régimen alimentario y ahora también todo lo relativo a la violencia doméstica (...).

Entonces, ¿Qué es familia? El Dr. Sergio Ramírez Acuña en su libro Derecho de Familia (2013, pp. 13-15) señala que esta figura ha existido desde mucho tiempo atrás, que

así esta ha sido objeto de la evolución; en otras palabras, a través de los años y de diversos hitos históricos el concepto de familia ha variado. Por ejemplo, hace muchos años eran estas unidades quienes poseían el poder político y económico en la sociedad; en la actualidad más bien se entiende este término de manera resumida (un poco abstracto a criterio de la presente) como núcleos que conforman la sociedad destinados a la procreación.

Incluso sobre esto la C.POL en el numeral 51 señala:

**“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad,** tiene derecho a la protección del Estado (...).” (Lo resaltado no es del original).

Sin embargo, la familia como base de la sociedad según se entiende y tal como lo hace ver el mismo autor quien manifiesta que si bien la definición de familia brindada supra es una de las concepciones, no se debe ser tan estrecho de miras puesto que el término puede ser algo más amplio que solo el vínculo que nace de la filiación o el matrimonio tomando en cuenta diversos factores sociales.

Con lo cual, pensar que familia son solo aquellos sujetos emparentados que viven bajo el mismo techo podría resultar hasta excluyente ya que el origen de la relación de parentesco entre los integrantes puede ser otra diferente a la del matrimonio o la filiación.

Sobre esto, Argüello y Gamboa (1999, p. 13) en su tesis para optar por el grado de licenciatura “La Figura del fraude de simulación frente a la disolución de las relaciones de pareja” citan a Oliveros F. Otero y Herrera Francisco para mencionar lo siguiente:

Por múltiples causas caben núcleos familiares, familias, cuyo centro no sea el matrimonio, sino una relación de parentesco distinta, v.gr. abuelos y nietos. Pero no es menos cierto que tales situaciones familiares no constituyen el tipo normal de familia. La familia típica, aquella que se forma según el desarrollo normal del proyecto natural, es la comunidad entre padres e hijos; es decir, aquella que se origina a través del matrimonio. Al respecto puede establecerse el siguiente

postulado: La familia se funda en el matrimonio, toda otra forma familiar es derivada y supletoria.”

Así las cosas, y a manera de complemento es de considerable importancia recalcar que de acuerdo a la doctrina se desarrollan dos criterios para conceptualizar el término, entre ellos el sentido amplio y el sentido estricto; Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (pp. 407-408) define familia de la siguiente manera:

La familia tiene muy diversas definiciones, porque responden a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no son coincidentes ni en el tiempo ni en el espacio. Belluscio entiende que familia, en un **sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado**, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un **sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad**. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las Leyes de Partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes.

A su vez, Díaz de Guijarro ha definido la familia como la “institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”.

**El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio**, a la relación paternofilial (la patria potestad de modo muy destacado), a los alimentos y a las sucesiones.” (Lo resaltado no es del original).

Sobre esto, el Dr. Ramírez (2013, p.18) cita a Belluscio quien a su vez nombra a Zannoni para manifestar que la familia desde el punto de vista legal es el: “Conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”. Asimismo, este destaca que al parecer dicha premisa establece el requerimiento de un elemento biológico para determinar el parentesco y excluye otros parientes (por afinidad o legal como lo es la adopción).

Siguiendo esa línea, probablemente el concepto para los fines que interesan en el presente estudio esté más claro. No obstante, es evidente que no existe una definición precisa y única sobre el término. Por ejemplo, la Real Academia Española la conceptualiza de varias formas, entre ellas: “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”; “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”; “Hijos o descendencia”.

Y puede decirse que lo anterior se debe a que esta figura no es estática, es decir, está sujeta al cambio, o lo que es lo mismo, es permeable a las circunstancias temporales, espaciales, culturales y hasta subjetivas de los seres humanos. Es por esto que a nivel social como individual la percepción sobre cómo está constituida una familia puede variar sustancialmente.

Ahora, sobre lo dicho por Ossorio (p. 408) y destacado supra “El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio (...)”, surge la duda sobre qué es un matrimonio pero para ello en primera instancia se debe puntualizar “relación de pareja”.

Para Argüello y Gamboa (1999, p.8) es de suma importancia comenzar su investigación definiendo el concepto de “relación de pareja” desde una óptica jurídica; y aunque resulte precipitado la presente se atreve a afirmar que para efectos legales se trata de un concepto jurídico indeterminado.

No obstante, quien redacta no difiere en que es un punto de partida ya que al hablar de bienes gananciales se presume la preexistencia de una relación de pareja. Entonces, ¿qué es una relación de pareja? Los autores citados previamente, consideran que dicho término

consiste en un vínculo, conexión o correspondencia entre dos personas físicas existentes en un mismo tiempo; asimismo, estos citan a Brenes Córdoba (1974, p. 51) para definir persona como todo aquel ente que per se es sujeto de derecho, es decir, que posee tanto derechos como obligaciones así como la facultad de ejercitarlos.

Ahora bien, tomando en cuenta lo estipulado por la norma en los siguientes numerales:

**Artículo 14:** Es legalmente imposible el matrimonio: (...)

**6. Entre personas de un mismo sexo.** (Lo resaltado no es del original).

**Artículo 242:** La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, **entre un hombre y una mujer** que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa. (Lo resaltado no es del original).

En ese orden de ideas y tal como se logra dilucidar, hoy en día en Costa Rica se puede entender como relación de pareja aquel vínculo emocional establecido entre personas de sexos opuestos para producir efectos jurídicos válidos.

Para la presente investigación y como introducción al tema no se hará mención sobre la percepción social sobre lo que puede considerarse como pareja debido a que no es relevante para la misma; no obstante, Muñoz y Zamora (1999, p.12) consideran que al ser la sociedad costarricense integrada por una variedad de personas se debe tomar en cuenta que el término “pareja” también puede estar constituido por personas del mismo sexo.

En otro orden de ideas, puede considerarse vital invocar una máxima constitucional para efectos de dar lugar al desarrollo de otros aspectos cruciales. Tal como se indicó supra, la “familia” en sentido estricto goza de especial protección del Estado y sobre esto basta leer el ordinal 51 C.POL para entenderlo; en concordancia se estipula en el CF lo siguiente:

**Artículo 1:** Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia.

**Artículo 2:** La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código. (Lo resaltado no es del original).

Para el Dr. Ramírez (2013, p. 17) es importante acentuar que no es un requerimiento para la existencia de una familia el vínculo derivado del matrimonio, es decir, si en ocasiones en términos sociales se considera implícita dicha figura también existe un vínculo jurídico válido como la “unión de hecho”. Incluso, para recalcar dicho punto cita varias resoluciones dictadas por la Sala Constitucional, entre ellas el voto N° 1975-1994 para exponer lo siguiente:

“La Sala debe partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal —el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)—, como aquélla en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales —uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc. (...)

Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el "elemento natural" y "fundamento de la sociedad", como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto —familia— se observara que su sustento constituye un elemento "natural", autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el "fundamento de la sociedad" no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos." (Lo resaltado no es del original).

En atención a todo lo desarrollado previamente, la teoría adoptada por la presente con el propósito de sostener esta investigación y en amparo a las estipulaciones normativas así como lo desarrollado por el Dr. Sergio Ramírez es la de comprender la unidad familiar como un instituto jurídico integrado por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o están bajo su potestad, o bien, a los esposos o convivientes. Que incluso es el término de familia aceptado y protegido tanto por la Constitución Política como por el Código de Familia en los numerales 51, 52 así como 1 y 2 respectivamente.

### **Principios medulares del Código de Familia**

Como cualquier rama judicial, el derecho de familia posee ciertos principios rectores para la aplicación de la norma tanto en la forma como el fondo; en relación a esto el Código de Familia entre las disposiciones generales señala en el artículo 2 la espina vertebral sobre la cual recae el cuerpo jurídico. Es decir, en los principios.

Sin embargo, se mencionarán los principios de acuerdo al grado de importancia que pueden aportar para el desarrollo de este estudio de mayor a menor envergadura o interés actual; eso siguiendo un criterio meramente subjetivo, toda vez que la presente considera que hay dos adagios de gran repercusión para esta investigación. El acápite citado previamente menciona las siguientes máximas:

#### **La unidad de la familia**

De acuerdo al artículo 51 de la C. POL se entiende familia “como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado”, con lo cual, el interés de la República no es promover la desintegración familiar en tanto sea posible debido a que hay circunstancias que exigen lo contrario, tales como lo son los casos donde exista violencia doméstica que requiere la separación del núcleo familiar.

Para ejemplificar tal argumento, la presente considera pertinente citar al Dr. Ramírez (2013, pp. 22-23) para mencionar la resolución N° 40-2007 dictada el veinticuatro de enero del dos mil siete al ser las nueve y cincuenta y cinco minutos por Sala II, que indica lo siguiente:

“En estas circunstancias y **por razones de orden público, no es procedente declarar la disolución del vínculo matrimonial.** No se está en presencia de un divorcio por mutuo acuerdo como para suponer que el consentimiento de la demandada, (...). En segundo lugar, en esta materia la conformidad del accionado con la pretensión, no lo exime de la carga de probar el acierto de sus afirmaciones, con el objeto de impedir que el proceso se constituya en un medio para evitar la aplicación de las normas que gobiernan la materia. El demandante debía demostrar los hechos en que fundamentó la causal de divorcio invocada, sin que sea eximente de ello, el allanamiento que hiciera la demandada. Los artículos 51 y 52 constitucionales, por su orden disponen: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”□ y “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges” •. El numeral 2 del Código de Familia recoge estas disposiciones, al establecer lo siguiente: “La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código”. Conforme a estas disposiciones normativas que velan por la unidad de familia, correspondía al actor la carga procesal en cuanto a la causal de divorcio invocada, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho.” (Lo resaltado no es del original).

### **Igualdad entre los cónyuges**

Este principio emana del artículo 52 de la Constitución Política, que reza lo siguiente: “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. Siguiendo esa idea, Ossorio Manuel (s.f., p. 470) define igualdad: “(...) cuando en términos de Derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades.”

Lo que quiere decir, que ante cualquier circunstancia jurídica no se hará diferenciación alguna al momento de distribuir derechos y obligaciones; justo como sucede al momento de disolverse el matrimonio o la convivencia, pues ante ausencia de acuerdo se deben repartir los bienes adquiridos durante la unión de forma alícuota puesto que estos se consideran gananciales.

La Sala II en sentencia dictada el veintitrés de noviembre del dos mil quince al ser las nueve horas con treinta minutos en voto N° 01031 en relación a este principio dijo:

“Para valorar los hechos en que se fundamenta una acción de divorcio, se debe tomar en consideración que el numeral 52 mencionado contempla el principio de la igualdad de derechos entre los cónyuges. En el mismo sentido, para los casos específicos de esa parte de la población, esta Sala ha tomado en consideración el punto 1 del artículo 16 de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, ratificada por Costa Rica por ley número 6968, del 2 de octubre de 1984. Esas reglas son, a su vez, recogidas y desarrolladas por el Código de Familia, el cual, en su artículo 11, dispone que el matrimonio tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, y el numeral 34 siguiente estipula: **“Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente (...)”**. Lo resaltado no es del original.

### **Interés de los hijos**

En caso de desintegración del núcleo familiar el Estado debe procurar velar por el interés de todos los hijos, aunque estos sean mayores de edad. Un ejemplo de dicha situación se da cuando por medio del juzgado correspondiente se fija una suma por concepto de pensión alimentaria en favor de beneficiarios mayores de edad hasta los 25 años siempre que cumplan una serie de requisitos estipulados por la norma, de igual manera, tal derecho se le concede al hijo mayor de edad inhábil (sobre esto véase ART 169 y 173 inciso 5 del CF).

## **Interés de los hijos menores**

De conformidad con los numerales 51 C.Pol, 1 del CF, así como lo estipulado en el Código de la Niñez y la Adolescencia:

### **Artículo 4: Políticas estatales**

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad (...)

### **Artículo 5: Interés superior**

Interés superior Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal (...).

En conclusión, sobre el Estado recae la gran responsabilidad de garantizar que los derechos fundamentales del niño no se vean vulnerados ante la separación de la unidad familiar; para esto establece ciertas herramientas por medio del ordenamiento jurídico como un mecanismo para apaliar las eventuales situaciones a las que pudiese verse sujeto el menor de edad, dichas medidas consisten en fijación de pensión alimentaria, régimen de visitas, acuerdo sobre quien ejercerá la guarda, crianza y educación, entre otros.

Incluso, a través de instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia es como el Estado interviene ante sucesos que lo ameriten para resguardar el equilibrio requerido para un desarrollo sano en el menor.

## **Institutos que dan pie al derecho de crédito ganancial**

Para que nazca a la vida jurídica el derecho a obtener un 50% del valor neto del patrimonio declarado ganancial se requiere la existencia de un vínculo reconocido legalmente.

Por lo tanto, si un sujeto es titular de dicho derecho de crédito (el cual se debe repartir en proporciones alícuotas) es porque lo adquirió en virtud de la consagración de un matrimonio, o bien, de una unión de hecho declarada judicialmente.

Cabe pensar, que resulta conveniente entrar en contexto y definir ambas figuras para comprender con mayor lucidez exactamente en qué consisten jurídicamente hablando y por qué la normativa le reconoce a los esposos o convivientes dicho derecho.

### **Matrimonio**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, dicha figura se puede definir del siguiente modo: “Unión de hombre y mujer, o en determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.”

A manera de complementar, la presente invoca a Ossorio Manuel (s.f., pp. 583-584) que indica:

“Se trata de un sacramento propio de legos por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.

(...) la duración ilimitada del enlace está referida al propósito que anima a los contrayentes, y que es también exigencia legal, en el momento de la celebración; lo que no impide admitir la posibilidad de que la unión conyugal quede rota posteriormente con disolución del vínculo o sin ella, por circunstancias imprevistas de naturaleza grave. **Al establecerse como principio básico de la institución la idea de la permanencia, lo que se quiere señalar es la inadmisibilidad de matrimonios que se contraigan por un plazo o término preestablecido.** (...) se ha entendido que el matrimonio no es un simple contrato que afecta sólo a las partes contratantes, sino que se trata de una institución que determina luego relaciones paternofiliales con repercusión en la subsistencia de una organización que, como es la familia, constituye el fundamento de un orden social determinado. (...)

(...) ha de entenderse por matrimonio la unión monogámica de hombre y mujer.” (Lo resaltado no es del original).

Históricamente, el matrimonio ha sido sometido a variaciones de acuerdo al contexto sociocultural ya que se conoce por medio de la doctrina que existió el matrimonio por raptó, por compra y por último por mutuo consentimiento; donde en las dos primeras se concebía a la mujer como mero objeto o bien.

Sobre esto, el Dr. Ramírez ha señalado (2013, p.41) que el propósito de llevar a cabo esta ceremonia es brindarle carácter público a la unión. Es decir, al momento de celebrarla ya sea mediante notario público, sacerdote o autoridad competente, al poseer estos fe pública se positiviza el acto y se inscribe en el Registro Civil; lo cual hace que el vínculo adquirido por acuerdo de partes sea oponible frente a terceros.

En la actualidad, de conformidad con el ordinal 13 del CF se entiende: “Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso”. Por lo tanto, puede dilucidarse que es necesario como en cualquier acto jurídico de carácter privado que debe primar la autonomía de la voluntad y existir acuerdo de las partes en cuanto al deseo de casarse.

Es de gran relevancia mencionar que para efectuar dicho negocio jurídico, es un requerimiento legal que las partes posean capacidad para contraer nupcias; es decir, de acuerdo con Pérez Vargas, Víctor en su libro de Derecho Privado (2013, pp. 105-106) la capacidad jurídica se entiende como aquella facultad del sujeto de derecho a ser destinatario de derechos y obligaciones; por otro lado, la capacidad de actuar recae en la posibilidad que este posee para ejercitar dichos deberes y obligaciones produciendo efectos jurídicos válidos (misma que se contrae con la mayoría de edad en el caso de personas físicas).

Siguiendo esa línea, la manifestación de la voluntad de los cónyuges no puede encontrarse viciada. De ser así, el acto per se sería nulo; debe entenderse como matrimonio anulable por vicio en la voluntad los estipulados en el CF:

**Artículo 15: (...)**

1. En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;
2. De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad N°7600 de 2 de agosto de 1996).

3. De la persona menor de quince años (derogado este inciso, mediante Ley N° 8571 de 25 de enero del 2007, publicado en la Gaceta N° 43 de 1 de marzo del 2007);
4. Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y
5. Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

Asimismo, según el CF será legalmente imposible el matrimonio en las siguientes circunstancias:

**Artículo 14: (...)**

1. De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior;
2. Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad
3. Entre hermanos consanguíneos;
4. Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el ex cónyuge del adoptante; y el adoptante y el ex cónyuge del adoptado;

5. Entre el autor coautor instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente; y
6. Entre personas de un mismo sexo.
7. De la persona menor de quince años (Así reformado mediante Ley N° 8571 de 25 de enero del 2007, publicado en la Gaceta N° 43 de 1 de marzo del 2007)

En conclusión, el matrimonio es el vínculo legal que nace en virtud de la cohesión de dos voluntades de sujetos con plena capacidad jurídica y de actuar, que además no tienen impedimento legal para celebrar el acto, negocio o contrato; mismo que tiene un rasgo bastante característico y es la intención de las partes en que dicha unión en la medida de lo posible sea permanente. En ese orden de ideas, de este instituto también destaca la publicidad registral de la cual ostenta una vez inscrito, sobre esto véase el numeral 33 del CF: “El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil.”

Inclusive, como en todo contrato que se perfecciona con el amalgamamiento de dos o más voluntades y que supone la existencia de ciertas obligaciones (las cuales deben ser cumplidas), el Código de Familia señala como tales dentro del matrimonio las siguientes:

**Artículo 34:** Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente **deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir.** Asimismo, están obligados a **respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar** salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas. (Lo resaltado no es del original).

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

A criterio de la presente y como breve acotación, el acápite anterior debiera considerarse inconstitucional toda vez que no atiende al principio constitucional de igualdad, ni mucho menos obedece a la máxima del derecho de familia “igualdad entre los cónyuges”. Además, la obligación económica de sostener un hogar les debe competir a ambos cónyuges; en todo caso, son estos quienes deciden la dinámica con la cual manejarán las finanzas del hogar.

Asimismo, hay una serie de finalidades de la vida marital según lo dispone el artículo 11 del CF y según interpreta el Dr. Ramírez (2013, pp. 57-59), estas son: la vida en común, que consiste en la convivencia bajo el mismo techo; la cooperación, que implica la obligación de los cónyuges en coadyuvar en los compromisos domésticos como económicos del hogar; y el mutuo auxilio, este se basa en la solidaridad entre los esposos tanto a nivel emocional como material.

Ahora, como resumen se puede tomar en cuenta lo establecido en uno de los Tratados Internacionales de mayor envergadura como lo es la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en el numeral 16:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

### **Unión de hecho**

La unión de hecho o concubinato, de conformidad con la Real Academia Española, consiste en: “Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”. Para exponer esta figura, no estaría de más evocar nuevamente a Argüello y Gamboa (1999, p.

53) que consideran que la unión de hecho es un fenómeno social y jurídico cada vez más común y que ciertamente requiere de protección normativa o tutela judicial efectiva, justo como la tiene el matrimonio.

En ese sentido Ossorio Manuel (s.f. p. 190) apunta lo siguiente:

Comunicación o trato de un hombre con su concubina (v.); o sea, con su manceba o mujer que vive y cohabita con él como si fuese su marido. En realidad, el concubinato, en lo que afecta a la relación entre el concubinario y la concubina, no suele producir en las legislaciones efectos jurídicos de ninguna clase, aun cuando pudieran tenerlos en relación con los hijos nacidos de esa unión libre. Sin embargo, en la doctrina se abre cada día más el camino que señala la necesidad de regular esa clase de relaciones; en primer término, porque parece cruel privar de todo derecho a la pareja que ha mantenido su unión a veces durante toda una vida, y en que la mujer ha contribuido al cuidado del hogar y a su sostenimiento igual que una esposa, y en segundo término, porque concede al concubinario un trato de preferencia comparativamente al marido en una relación matrimonial, ya que, frente a terceros, que probablemente los creían matrimonio (v.), se libra de todas las obligaciones derivadas de los actos de la mujer. En lo que al primer aspecto se refiere, algunas legislaciones y alguna jurisprudencia han empezado a reconocer ciertos derechos a la concubina, especialmente en materia de previsión social.

Contrario a lo supracitado, en Costa Rica sobre esto el Tribunal de Familia en un proceso abreviado de reconocimiento de unión de hecho, por medio del voto N° 01040 – 2004 manifestó lo siguiente:

“VI.- La unión de hecho fue regulada en el Código de Familia por adición que se le hiciera mediante Ley N° 7532 de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N° 162 del lunes 28 de agosto de 1995. Dicha Ley estableció dos tipos de unión de hecho más una de ellas, la denominada unión de hecho irregular, fue declarada inconstitucional mediante voto 3858-99 dictado a las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y

nueve. Dicha unión de hecho que se declaró inconstitucional es aquella en la que los convivientes no tenían aptitud legal para casarse. Así queda en vigencia únicamente aquella unión denominada regular. Son los artículos 242, 243 y 244 los cuales se refieren a ésta. El artículo 242 del Código de Familia dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”

Son ocho los requisitos de esta unión de hecho, entonces: 1) unión de hecho; 2) pública; 3) notoria; 4) única; 5) estable; 6) por más de tres años; 7) entre hombre y mujer; 8) con aptitud legal para casarse. La unión de hecho se refiere a las relaciones de pareja no fundadas en el matrimonio, es decir al denominado concubinato. Los requisitos de publicidad y notoriedad, implican que la relación de la pareja no se da en forma clandestina u oculta, sino que la misma es evidente, patente, manifiesta, a la vista y conocimiento de todos. La unicidad o singularidad de la relación excluye relaciones simultáneas. De esta manera, se tutela una relación no fundada en el matrimonio, pero lo más parecida al matrimonio en cuanto a la monogamia y la fidelidad. En cuanto a la estabilidad se trata de uno de los requisitos más interesantes, pues implica solidez y permanencia. Vale la pena reiterar aquí los conceptos que desarrolló la Sala Constitucional en el voto 1154-94, sobre las condiciones de la unión de hecho: “...La familia de hecho es una fuente de “familia”, entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria),

cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)...”. En cuanto al plazo de tres años se constituye en el parámetro de estabilidad, o permanencia en el tiempo es éste. Sobre que se trate de una unión de hombre y mujer queda absolutamente claro que se trata de relaciones heterosexuales. La aptitud legal para casarse se refiere sobre todo a la exclusión de un vínculo matrimonial.”

Asimismo, el Dr. Ramírez (2013, p. 333) advierte que en Costa Rica este término fue acogido hace relativamente poco por la norma; igualmente sugiere:

Durante mucho tiempo esta fue una realidad en la sociedad costarricense, en la que muchas parejas decidían unir sus vidas sin que hubiera un matrimonio de por medio que le diera protección y sustento jurídico a dicha relación. Bajo esta coyuntura, es necesario aclarar que no pueden considerarse como uniones de hecho los romances o la “aventuras amorosas” ocasionales o ligeras. Como uniones de hecho deben tenerse solo aquellas relaciones que cumplen funciones similares semejantes a las del matrimonio, y que comparten con esta última institución algunas características tales como la estabilidad, la publicidad, la cohabitación y la singularidad (...).

Debido a lo anterior, o sea, a lo injusto que resultaría no reconocer a los convivientes los derechos adquiridos en virtud de la unión; es que en efecto dicha fenomenología en Costa Rica cuenta con el amparo legal correspondiente, es decir, dicha unión es susceptible al reconocimiento legal siempre y cuando cumpla ciertos requisitos taxativos determinados por ley.

Ahora bien, es importante tener en consideración cómo regula el Código de Familia dicho instituto, para eso hay que dirigirse al Título VII, Capítulo Único que delimita la unión de hecho de la siguiente forma:

**Artículo 242:** La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para

**contraer matrimonio**, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa. (Lo resaltado no es del original).

**Artículo 243:** Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá **solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitará por la vía del proceso abreviado**, regulada en el Código Procesal Civil, y caducará en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante. (Lo resaltado no es del original).

**Artículo 244: El reconocimiento judicial** de la unión de hecho **retrotraerá sus efectos** patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión. (Lo resaltado no es del original).

**Artículo 245:** Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia.

Cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes, el otro podrá pedir para sí, una pensión alimenticia a cargo de primero, siempre que carezca de medios propios para subsistir.

En síntesis, para que la unión de hecho surta efectos jurídicos en primera instancia se debe solicitar el reconocimiento de esta en sede judicial ante el despacho competente, una vez formulada la solicitud y si resulta conforme a derecho la misma se declara; y es justo allí que la unión adquiere todas las consecuencias legales derivadas del vínculo matrimonial con efecto retroactivo; es decir, que dicha unión se reputa como válida y eficaz desde el momento que inició la convivencia. Asimismo, dicha declaratoria da pie a derechos como la pensión alimentaria, sucesión legítima, bienes gananciales, entre otros.

En ese mismo sentido, como requisitos taxativos para declarar una unión de hecho como válida y en concordancia con el Dr. Ramírez (2013, pp. 346-347) esta debe ser: pública (que terceros puedan dar fe de la existencia de la relación así como de la

cohabitación, con el propósito de desvirtuar una relación llevada en la clandestinidad), notoria (la relación debe ser evidente frente a los ojos de los demás), única (vínculo basado en la monogamia) y estable (esta no puede ser esporádica, con lo cual, debe existir permanencia hasta por lo menos tres años, antes de ese periodo no se puede solicitar el reconocimiento); otro requisito de suma importancia es que dicha relación sea entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio (esto quiere decir, que únicamente se reconoce la unión de hecho entre parejas del sexo opuesto; siempre que no exista vínculo matrimonial previo sin disolver).

Por otro lado, la presente considera que las relaciones de carácter sentimental o fraternal son inherentes al ser humano, hasta afirmaría que le son necesarias para el desarrollo normal de la personalidad y la vida diaria. Asimismo, dichas relaciones son susceptibles a las disputas y esas diferencias pueden dar lugar a una ruptura del vínculo.

Por supuesto, es evidente que el hombre es un ser social por naturaleza, es decir, para su crecimiento en el ámbito personal tanto como profesional es imperioso que este interactúe con otros seres humanos de manera cotidiana consolidando así diversos tipos de relaciones. Estos sujetos por pertenecer a una misma especie son semejantes, no obstante, cada uno posee características y necesidades propias; a razón de lo anterior es habitual que dentro del desarrollo de esas relaciones interpersonales surjan desacuerdos o desavenencias.

En ese orden de ideas, es conveniente definir qué es un conflicto, según Diccionario de la Lengua Española (2014): “Problema, cuestión, materia de discusión” y citando las palabras del autor Everardo Rojas Días (1997):

El conflicto es un proceso que podemos llamar “natural” e intrínseco al ser humano, la evolución personal, grupal y social permite una posibilidad de acción a partir de una situación de conflictividad concreta, para lograr un cambio determinado, en sí mismo el conflicto no es negativo ni positivo.

Así que reiterando, todos los seres humanos son susceptibles a formar parte de un conflicto, debido a que diariamente se desenvuelven en diferentes ámbitos y con distintas personas lo que en definitiva acrecienta la posibilidad de que se provoquen divergencias

entre sí por diversas razones, sin embargo, esas fricciones se pueden resolver por medio del diálogo pacífico y efectivo entre los involucrados, o bien, puede ser necesaria la intervención de un tercero para solucionar la disputa en cuestión.

Entonces, en relación al punto céntrico de este estudio lo anterior es relevante porque una vez que existe una ruptura en la relación de pareja reluce el problema sobre cómo liquidar los bienes adquiridos durante la unión.

De conformidad con Víctor Pérez Vargas en su libro Derecho Privado (2013, p.30) que dice: “En la actividad privada encontramos dos principios: autonomía de la voluntad e igualdad. De conformidad con el primero, el particular puede reglar su esfera de acción con su voluntad (...); según el segundo la voluntad unilateral no puede vincular al prójimo”.

El anterior texto en concordancia con los siguientes ordinales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y C.POL. que disponen respectivamente:

**Artículo 3:** El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun cuando haya proceso judicial pendiente.

Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y esta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente”.

**Artículo 28:** (...)

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

**Artículo 43:** Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.

Lo anterior faculta a las partes involucradas en el conflicto a dirimirlo por acuerdo de partes; no obstante, en ocasiones el mutuo consenso es difícil de lograr debido a factores emocionales de las partes, con lo cual es necesario acudir a la vía judicial.

Y es en este instante en el que cobra vida el papel de la Administración de Justicia, en otros términos, la resolución de conflictos es una función propia de los jueces de la Corte Suprema de Justicia ya que su investidura o acto formal de nombramiento en dicho cargo público así los faculta, esta condición encuentra sustento en la potestad jurisdiccional que ha sido otorgada mediante la Carta Magna al Poder Judicial y a partir de esa función jurisdiccional o resolutoria de conflictos que poseen los jueces integrantes del aparato judicial es que pueden ejecutar su respectiva competencia teniendo como prioridad garantizar la armonía, justicia y seguridad jurídica.

Lo descrito anteriormente compone la obligación por parte del Poder Judicial consistente en resolver controversias, y por otro lado y de manera implícita conforme a lo enunciado en el párrafo anterior, se dilucida el derecho fundamental que posee todo ciudadano del país contemplado en el numeral 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica (1949), el cual establece lo siguiente: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

Por lo tanto, a partir del estudio de la ratio legis de esa norma constitucional se colige el principio general de libre acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, la cual debe ser llevada a cabo de forma rápida y completa (dentro del plazo razonable y que se respete la conclusión por sentencia, respectivamente) atendiendo al principio constitucional de “justicia pronta y cumplida”.

Entonces, en el contexto que interesa para la actual investigación y como se mencionó previamente, los vínculos de pareja reconocidos jurídicamente no están exentos a fracturarse debido a conflictos que permiten como única solución separarse en virtud de diversas circunstancias, tales como: maltrato, infidelidad, falta de amor, etc.

## **Formas de disolver el vínculo matrimonial**

Quizás la manera adecuada de traer a colación este fenómeno, que en apariencia es cada vez más común es comenzando por definir en qué consiste la disolución; de acuerdo con Ossorio Manuel (s.f., p.335) hay varias formas de conceptualizarlo: “Acción y efecto de disolver (v.). | Separación, desunión. | Destrucción de un vínculo. | Término de una relación contractual, especialmente cuando no se debe al cumplimiento del fin o del plazo. | Resolución, extinción, conclusión”. Asimismo, una de las formas de delimitarlo por parte de la RAE es: “Relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas”.

En ese sentido, en el “Diccionario Jurídico Enciclopédico” (2005, pp. 696-697) se habla de la disolución de la sociedad conyugal de esta manera:

Extinción o ruptura de la sociedad conyugal (disolución del matrimonio o de la comunidad). Es el fin del régimen de los bienes gananciales. Las causas son taxativamente enumeradas por la ley y varía en las distintas legislaciones.

Generalmente se aceptan como tales la muerte de uno de los cónyuges o la ausencia con presunción de fallecimiento; la sentencia de divorcio y la sentencia de declaración de nulidad del matrimonio. A la disolución le sobreviene la etapa de liquidación o adjudicación o de ambas sucesivamente.

Cabe imaginar, que la desvinculación de los obligados conyugales inscrita en el Registro Civil produce varias consecuencias jurídicas, entre las cuales se pueden mencionar el cambio de estado civil frente a terceros y la liquidación del patrimonio ganancial; dejando por fuera para efectos de esta investigación, acuerdos sobre cuotas alimentarias y sobre la custodia de los hijos (en caso de existir).

Hay varias formas en las cuales se puede producir la desunión de los cónyuges, que son:

## Divorcio

Se debe aludir cómo consigna la RAE el verbo divorciar, ya que la definición aportada resulta bastante sencilla de comprender: “Dicho de un juez competente: Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”.

El Tribunal de Familia, en Voto N° 000259-2009 al ser las ocho horas con diez minutos del veinticuatro de febrero del dos mil nueve dijo sobre el divorcio lo siguiente:

“Las formalidades que comporta el acto matrimonial tiene como fin que las personas que van a suscribirlo tomen conciencia de la importancia y consecuencias que se van a producir. Por medio de procedimientos formales, se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Precisamente el valor que le otorga la ley al consentimiento para llevar a cabo un acto de tan gran trascendencia jurídica como lo es el matrimonio, es porque éste responde a los sentimientos de los contrayentes, unirse para alcanzar los fines que persigue el matrimonio. Hay una voluntad concurrente y coincidente de los contrayentes dirigida hacia un mismo punto, la creación del matrimonio. No obstante, **los fines e incluso la voluntad de los contrayentes puede cambiar durante el matrimonio, lo que ha dado origen a su rompimiento, o sea al divorcio, lo cual puede ser de forma contenciosa o voluntaria**”. (Lo resaltado no es del original).

En ese sentido, la misma jurisprudencia reconoce expresamente la posibilidad de dar término a la sociedad conyugal; sin embargo, tal como lo indica se puede tramitar de dos formas: por la vía contenciosa, o bien, por mutuo acuerdo. No obstante, es necesario estudiar lo estipulado en el CF en lo referente al divorcio ya que esta establece de manera taxativa las causales bajo las cuales se admite la disolución del vínculo matrimonial (para un mejor entendimiento de cada causal se harán breves acotaciones inspiradas en las palabras del Dr. Ramírez [2013, pp. 154-175] al lado de cada inciso):

**Artículo 48:** Será motivo para decretar el divorcio:

1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges; (consiste en la infracción al deber de fidelidad, que es: recíproco, absoluto, indispensable y permanente).
2. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos; (la tentativa de homicidio, o bien consumado el delito, la vulneración al bien jurídico tutelado debe recaer en los hijos comunes o propios del cónyuge afectado).
3. La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge (si a quien se le realiza la proposición acepta no se configura la causal de divorcio, salvo que exista coacción o amenaza ya que la voluntad se encontraría viciada) y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos (en cambio, si la propuesta se formula a los hijos de cualesquiera de los cónyuges, en otras palabras, aunque estos no sean comunes o propios del cónyuge afectado. Es irrelevante que medie aceptación o no, es decir, indiferentemente la causal persiste);
4. La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos; (maltrato físico o psicológico de manera cruel e intenso dirigido hacia el cónyuge o sus hijos, de acuerdo a la jurisprudencia no es necesario que sea reiterado).
5. La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; (debe existir sentencia que declare la separación, desde la firmeza de esta la separación debe permanecer de manera continua como mínimo un año y no puede existir reconciliación; de igual forma, en el transcurso del periodo en el cual perdure la separación los cónyuges deben ser fieles entre sí).
6. La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y (es necesario que de previo exista una declaratoria judicial de ausencia del presunto cónyuge desaparecido por parte de un juez en sede civil).

7. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges (...) deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación; (mediante escritura pública que posteriormente deberá ser homologada por el juzgador competente, las partes deben acordar la disolución del vínculo matrimonial; asimismo, dentro de ese acuerdo deben consignar aspectos como: custodia en caso de procreación, la distribución de la obligación alimentaria de los hijos, pensión a favor de uno de los cónyuges o renuncia de la misma y repartición de los bienes gananciales; una vez que el convenio se ratifica este se inscribe en el Registro Civil).

8. La separación de hecho por un término no menor de tres años; (la separación debe ser ininterrumpida por un periodo no menor a tres años; cabe destacar, que mientras esta condición permanezca los cónyuges aún se guardan el deber de fidelidad)

Ahora bien, en amparo al numeral 49 del CF, el cónyuge inocente puede solicitar en sede judicial el divorcio invocando la causal pertinente en el plazo sujeto a caducidad de un año (computado desde el momento que se conoce el suceso que sustenta la causal de divorcio); o bien, el cónyuge presente ante ausencia declarada judicialmente de la contraparte. En concordancia con el ordinal 55 del mismo cuerpo normativo, una vez dictada y firme la sentencia que ordena la disolución se tiene por deshecho el vínculo matrimonial; con lo cual, es menester concluir que disuelta la unión desaparecen las obligaciones maritales consagradas en los artículos 34 y 35 del supraindicado.

### **Separación Judicial**

Para materializar en palabras claras este término, se recurre a Argüello y Gamboa (1999, p.97- 99) para manifestar lo siguiente:

(...) una de las principales características que se presentan en la separación de hecho, es que mantiene el vínculo matrimonial, por el hecho de no existir todavía intervención judicial. Existe también otro tipo de separación conyugal con características muy particulares, donde el vínculo matrimonial no se disuelve completamente de manera definitiva, a pesar de existir una sentencia judicial, a este tipo de separación la denominamos: Separación Judicial (...).

La separación de los cónyuges los desvincula de su deber de cohabitar, pero los mantiene ligados por el vínculo matrimonial (...).

En ese mismo sentido, considera Rojina Villegas que “la separación de cuerpos es el estado de los esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial (...) la separación de cuerpos al igual que el divorcio, se pronuncia por una sentencia, pero a diferencia de aquella no disuelve el matrimonio, suprime, es verdad, la cohabitación, pero deja subsistir entre los esposos los demás deberes que nacen del matrimonio, especialmente el de fidelidad y el deber de asistencia.

Así puestas las cosas, se puede decir que la separación de los cónyuges ya sea solamente fáctica o judicial, tiene lugar una vez que por algún motivo la convivencia no es posible entre ellos. Dicho argumento se basa en lo anteriormente expuesto y en lo que a continuación se expresará, toda vez que la separación judicial encuentra sustento jurídico en el CF (siguiendo la dinámica planteada con el divorcio, para una mayor comprensión de cada causal bajo las cuales se admite la separación se harán breves anotaciones fundamentadas en las palabras del Dr. Ramírez [2013, pp. 188-198] al lado de cada inciso):

**Artículo 58:** Son causales para decretar la separación judicial entre los cónyuges:

1. Cualquiera de las que autorizan el divorcio; (cualquier causal de divorcia faculta la separación judicial, más no al contrario).

2. El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro; (la carga probatoria corresponde al cónyuge culpable).
3. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes;
4. Las ofensas graves; (ofensas que maltratan física o moralmente al otro cónyuge, sin ser esta violencia excesiva o cruel).
5. La enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común; (en caso de incapacidad cognoscitiva o material ininterrumpida por un periodo no menor a un año de uno de los cónyuges, faculta al otro para solicitar la separación).
6. El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político. La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años; (se puede solicitar la separación judicial siempre que en sede penal se dictara una pena privativa de libertad mayor a tres años, no se trate de un delito de carácter político, o bien, el imputado ya haya descontado dos años en prisión).
7. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges; (se tramita exactamente igual al divorcio por mutuo consenso)
8. La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio. (Presupone la manifestación de la voluntad de los esposos en separarse momentáneamente; no obstante, si dicha separación permanece de forma consecutiva por un año, siempre y cuando ya hayan transcurrido al menos dos años desde la celebración del matrimonio; la norma permite a cualquiera de los cónyuges solicitar la separación judicial).

## Nulidad del matrimonio

Manuel Ossorio (s.f., pp. 628-629), describe nulidad como:

Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.

Se entiende que son nulos los actos jurídicos otorgados por personas incapaces a causa de su dependencia de una representación necesaria; los otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto o que dependieren de la autorización del juez o de un representante necesario; los otorgados por personas a quienes la ley prohíbe el ejercicio del acto de que se trate, y aquellos en que los agentes hubieren procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando estuviere prohibido el objeto principal del acto; (...)"

Asimismo, el citado autor sobre la nulidad del matrimonio (2013, p. 629) indica:

(...) podemos decir que los matrimonios nulos son actos jurídicos cuya nulidad absoluta responde no solo a un interés ético y moral de carácter privado, sino también a razones fundamentales de orden público. Esto determina que sean inconfirmables y que la acción a que dan lugar se considera imprescriptible.

En ese orden de ideas, Pérez Vargas en su libro de Derecho Privado (2013, pp. 414, 424) se vale de la doctrina para postular el siguiente enunciado en relación a la nulidad del acto jurídico otorgado: “Se califica de nulo el negocio que, por **falta de un elemento esencial**, o contrariedad a normas imperativas, carece de aptitud para dar vida jurídica a la situación (...). Se habla, pues, de nulidad cuando faltan elementos esenciales o constitutivos del negocio.” (Lo resaltado no es del original).

A modo de tener en cuenta, este concepto no debe confundirse con anulabilidad; incluso el Sr. Pérez dice sobre ella lo siguiente:

Se considera anulable el negocio jurídico cuando se encuentra **viciado en uno de sus elementos esenciales o es imperfecto** de los presupuestos necesarios para su constitución. Ella ha sido vista como algo intermedio entre los actos válidos (...) y los nulos (...). A diferencia de los primeros, puede ser impugnado; a diferencia de los segundos existe desde el origen y produce sus efectos. Para otros, es la nulidad sanable mediante un sucesivo acto.

En consecuencia, del ordinal 64 del CF se despliega que no solo a instancia de parte se puede alegar la nulidad del acto, sino que la norma también permite que esta sea declarada de oficio.

Ahora bien, bajo esa línea dicha normativa dispone:

**Artículo 65:** La nulidad de los matrimonios a la que se refiere el artículo 15 podrá ser demandada:

- a. En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por error violencia o miedo grave, por el contrayente víctima de error, la violencia o miedo grave;
- b. Al celebrarse el matrimonio de cualquier persona que carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva, por el cónyuge que no la carezca y por los padres o el curador de la persona que carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva. (Reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad N°7600 de 2 de agosto de 1996).
- c. En el caso del matrimonio de la persona menor de quince años, por los padres o tutor del menor o por éste asistido por un curador ad hoc; (derogado)
- d. En el caso de impotencia relativa, por cualquiera de los cónyuges; y en caso de impotencia absoluta, sólo por el cónyuge que no la padezca; y

e. En el caso de celebración ante funcionario incompetente, cualquiera de los contrayentes.

Un último aspecto, de suma importancia sobre la nulidad del matrimonio es que el CF de conformidad con el artículo 66 dispone: “El matrimonio declarado nulo o anulado produce todos los efectos Civiles en favor del cónyuge que obró de buena fe y de los hijos (...)”. En concordancia, el numeral 68 estipula: “Lo dispuesto para el divorcio y la separación judicial se observará también respecto a la nulidad del matrimonio en cuanto fuere aplicable y no contrario a lo determinado en este capítulo”.

Sobre esto, el Dr. Ramírez ha señalado (2013, p. 202) que una vez anulada la unión matrimonial, los ex cónyuges vuelven al estado civil que poseían anterior al “matrimonio”; sin embargo, en este caso el juez también debe resolver sobre la repartición de los bienes gananciales, la custodia de los hijos (si los tienen) y sobre la pensión alimentaria. Lo anterior se debe a que tal como se señaló (según el artículo 68 CF) en lo aplicable, se debe tratar la nulidad matrimonial como un divorcio o separación judicial; toda vez, que la primera produce los mismos efectos civiles que la segunda y la tercera, con respecto al cónyuge que ha obrado de buena fe.

### **Bienes Gananciales**

Sobre la calificación de bien, Ossorio Manuel (s.f., p. 110) estipula que debe entenderse como tal: “Utilidad, beneficio, caudal, hacienda. Dentro de ese sentido, los bienes son de muchas clases, porque pueden referirse a un concepto inmaterial o a uno material (...)”. Entendiendo que los bienes se pueden clasificar de diferentes formas según su naturaleza y derecho que lo motive.

Ese mismo autor (s.f., 112) señala que bien ganancial es el adquirido durante la vigencia de la unión matrimonial, es decir:

“(...) el **bien adquirido** por el marido o por la mujer, o por ambos, durante la sociedad conyugal, **en virtud de título que no sea herencia, donación o legado**, así como los frutos de los bienes comunes o de los propios de cada cónyuge percibidos durante el matrimonio. También, los adquiridos por hechos

fortuitos, como lotería, juego, apuesta. **Su esencia es que el dominio pertenece a ambos cónyuges por igual** (...). (Lo resaltado no pertenece al original).

Jurisprudencialmente en Costa Rica se ha desarrollado bastante el concepto de bien ganancial, por ejemplo, se puede tomar como referencia el Voto N° 00877-2017 dictado por la Sala II que dice sobre el tema:

“(...) bienes gananciales son todos aquellos **adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos**, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos” (TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1990, p.180). Pero este esfuerzo común se desprende no sólo de su colaboración en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por satisfacer las necesidades del hogar. Debe partirse, salvo prueba fehaciente en contrario, que ambos cónyuges velan y se esfuerzan por el mejoramiento de la familia, razón por la cual se presumen gananciales los bienes que se adquieran durante la vigencia plena de su matrimonio (...).”

En ese orden de ideas, Vega, E. (2015, p.74) se vale del doctrinario Eduardo Zannoni para citar lo siguiente: “...aquellos bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos, adquieran durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado”.

En resumen, bien ganancial es aquel que entra a la esfera jurídica de los cónyuges en tanto este no haya sido obtenido a título gratuito. Con lo cual, todo el haber patrimonial declarado ganancial debe reputarse de ambos esposos o convivientes por partidas iguales salvo pacto en contrario; dicha condición es de gran importancia ante la ruptura del vínculo matrimonial o de la unión de hecho judicialmente reconocida, esto por cuanto que disuelto el vínculo también se debe segregar en forma alícuota el patrimonio ganancial.

Entonces, del artículo 41 del CF se desprende el derecho que poseen los consortes o convivientes a participar en la parte alícuota (50 %) que les corresponde en el patrimonio neto del otro, a esto se le denomina régimen de participación ganancial.

### **Régimen de participación ganancial en Costa Rica**

En relación a lo anterior, si se estudia el Capítulo VI del Código de Familia se podrá observar que la norma brinda la oportunidad a los cónyuges o convivientes de visualizar el régimen de distribución de gananciales a través de dos lentes distintos pero que tienen la misma eficacia jurídica. Una vez que se configure cualquiera de los escenarios que dan pie al derecho de participación en el patrimonio del cónyuge contrario, se debe determinar mediante cuál vía se desea liquidar el patrimonio ganancial.

Es decir, se puede tratar el asunto mediante convenio en sede notarial; que si bien es cierto, nace de la actividad privada del derecho, se debe recordar que de conformidad con el ordinal 1022 del Código Civil los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes; o sea, que de igual manera las partes están compelidos a cumplir lo pactado por ellas. La opinión de la presente es que en ciertas circunstancias dirimir el asunto por la vía privada tiene sus ventajas, puesto que es más probable que utilizando métodos distintos a los ordinarios para solucionar controversias se logre un acuerdo bastante favorable para los intervinientes.

O bien, se puede acudir a la vía judicial para que sea un juez quien determine en proceso ordinario cuáles bienes son considerados gananciales y cuáles no; en ese sentido, este impone en total atención a la norma sobre qué bienes existe grado de participación ganancial.

Así que, ¿Cuáles son los regímenes de participación ganancial que reconoce la doctrina y norma costarricense? Tal como se señaló en el acápite previo existen dos sistemas para que dicho régimen diferido adquiera eficacia jurídica, estos son: el convencional y el legal.

Dentro del sistema convencional, la norma reconoce a través de los artículos 37 al 39 del Código de Familia el denominado “régimen de capitulaciones matrimoniales”; por el

contrario, ante ausencia de capitulaciones o mutuo acuerdo el ordenamiento jurídico admite por imposición legal el “régimen supletorio de las capitulaciones” regulado en el numeral 40 del cuerpo normativo en cuestión (que tiene validez durante la vigencia del vínculo) y el “régimen de gananciales” estipulado en el ordinal 41 del supraindicado (surge al disolverse la unión, o bien, de manera anticipada).

Al tenor de la norma y la doctrina, se procederá a amplificar el contenido de dichos regímenes:

### **Capitulaciones matrimoniales**

Para el autor Ramírez Acuña, S. (2013, p. 131) es una de las tantas variaciones contractuales que existen en el derecho, dicho contrato se puede celebrar antes o durante el matrimonio; este se encuentra destinado a regular el patrimonio de los cónyuges o futuros consortes. Es importante saber, que uno de los requisitos formales de este negocio jurídico es que se establezca ante notario y por medio de escritura pública; dentro de ese instrumento público se consignarán aspectos como la administración, disposición y distribución de los bienes.

De igual manera, una vez suscrito el acuerdo las condiciones pueden cambiarse con posterioridad si las partes así lo desean; salvo que existan menores que puedan verse afectados con dicho acuerdo, en ese caso se requiere de autorización de la autoridad judicial competente.

Sobre lo anterior, el Código de Familia dispone:

**Artículo 37:** Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.

**Artículo 38:** El menor hábil para casarse puede celebrar capitulaciones matrimoniales. La escritura será otorgada por su representante, mediando autorización motivada del Tribunal.

**Artículo 39:** Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal.

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

Con el fin de complementar, se cita el Voto N° 00591-2015 pronunciado por el Tribunal de Familia al ser las tres horas con veintiocho minutos del trece de julio del dos mil quince que se refiere a las capitulaciones matrimoniales como:

“El convenio de capitulaciones en nuestro país, se instituye como un contrato solemne, al exigirse determinada forma para su validez (escritura pública), y cuyo requisito de eficacia depende de su inscripción en el registro respectivo. En cuanto a los demás elementos, presupuestos y requisitos de validez y eficacia del negocio jurídico, debemos remitirnos al derecho común para determinar en qué consiste cada uno de ellos. En ese sentido, Pérez Vargas señala que: “La voluntad y la manifestación son el mínimo necesario para la existencia jurídica del negocio, para que un hecho concreto sea relevante como hecho negocial. Puede hablarse en relación a ellas de elementos existenciales. No puede existir un negocio jurídico sino existe al menos una voluntad exteriorizada (...).”

Ahora bien, siguiendo ese hilo conductor quien desarrolla la presente investigación considera pertinente aportar su criterio personal para indicar que si de celeridad, simpleza y pragmatismo se trata esta figura es la ideal para evitar conflictos posteriores en cuanto a la repartición de los bienes adquiridos durante la unión; a su vez, esquivada la mora judicial toda vez que la distribución de estos no se realizará mediante el acuerdo de divorcio (en caso de los matrimonios) que sin importar si es por mutuo acuerdo debe ser homologado por un juez (actividad judicial no contenciosa), y si se habla de una distribución contenciosa se debe acudir a la liquidación judicial de dicho patrimonio ganancial lo que ciertamente implica mayor inversión en tiempo, honorarios y costas procesales.

### Régimen supletorio de las capitulaciones matrimoniales

La regla que se utiliza en este país para regular los aspectos relacionados con el patrimonio de los cónyuges o convivientes (previo reconocimiento judicial) ante ausencia de acuerdo que disponga sobre la disposición y distribución de los bienes en caso de disolución de la sociedad marital; y mientras exista armonía en la relación de pareja ha sido bautizada por la doctrina y la jurisprudencia como “régimen legal de participación diferida”.

Sobre lo anterior, Vega Cortés, E. (2015, p.72) ha dicho:

Este es un régimen mixto que combina el régimen de comunidad y el de separación, mediante el cual los cónyuges o convivientes pueden disponer de manera libre de los bienes (...), esto en el entendido de que el matrimonio o la relación de convivencia marcha de manera normal y armónica. Se dice que es diferido porque la participación surge al momento de decretarse el divorcio, la muerte, la separación judicial, la nulidad del matrimonio para el cónyuge que ha obrado de buena fe, cuando se otorgan capitulaciones y no se ha dispuesto sobre bienes presentes o pasados y con la liquidación anticipada de gananciales.

En concomitancia a este criterio, el Tribunal de Familia por medio del Voto N° 00127-2005 dictado al ser las ocho horas con cincuenta minutos del cuatro de febrero del dos mil cinco aprecia del siguiente modo el régimen de participación matrimonial:

**SOBRE NUESTRO REGIMEN PATRIMONIAL:** Nuestro régimen patrimonial matrimonial, siempre ha llamado la atención en el derecho comparado, y es citado en la doctrina, como el primer país que normativizó un régimen de participación, es decir mixto que combina características del régimen de comunidad y el de separación. **Se ha denominado diferido, puesto que la participación surge al momento de producirse el divorcio, la muerte, la separación judicial, la nulidad de matrimonio para el cónyuge que ha obrado de buena fe, cuando se otorgan capitulaciones y no se ha dispuestos sobre bienes presentes o pasados, y con la liquidación anticipada de**

**gananciales**. Diferir significa, suspender, aplazar o dilatar la ejecución de algo. En nuestro caso el derecho de gananciales nace con esos supuestos que se han dicho”. (Lo resaltado no es del original).

De conformidad con el numeral 40 del CF, que estipula: “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.”; se deriva la existencia de un régimen suplente a las capitulaciones sobre el uso de los bienes matrimoniales o de los convivientes, siempre que la relación persista dentro de los términos de la cordialidad y avenencia.

En otras palabras, este tipo de sistema patrimonial, únicamente tiene sentido mientras permanezca el vínculo entre los consortes; es decir, cada cónyuge puede disponer libremente de los bienes habidos en el matrimonio durante la vigencia de este. Podría entenderse, que dicho régimen es totalmente funcional y válido en tanto no existan conflictos entre la pareja; caso contrario, el tema de la libre disposición de los bienes de uno y del otro podría tornarse un tanto hostil.

Es valioso agregar el aporte que realiza el Tribunal de Familia mediante Voto N° 00419-2017 pronunciado al ser las once horas con diecisiete minutos del diecisiete de mayo del dos mil diecisiete, sobre el régimen supletorio:

“(…) durante la armonía matrimonial existe libertad de poder disponer de los bienes que cada uno de los cónyuges tenga en su patrimonio, ese derecho no es absoluto, y cuando se vislumbra una situación de conflicto que pueda ocasionar la ruptura de la relación, ese derecho se ve limitado, pues deben ser protegidos los intereses del cónyuge no propietario a fin de que no sean burlados sus derechos (...)”.

### **Régimen Ganancial**

Vega Cortés, Eduardo (2015, p. 78) explica que anteriormente en Costa Rica el derecho que adquiriría la pareja respecto del patrimonio adquirido durante la unión se

consideraba como un derecho de copropiedad; cuestión que provocaba que el proceder al momento de liquidar los bienes fuese inscribir dicha anotación (copropiedad o división) ante el Registro Público; no obstante, posteriormente se reforma e interpreta la norma para que se entienda el derecho ganancial como aquel derecho de crédito que poseen los cónyuges o convivientes (previo reconocimiento judicial de la unión de hecho) a obtener el 50% del valor neto del bien; es decir, concebir la ganancialidad de los bienes como un derecho de propiedad era erróneo, pues se estaba frente a un derecho de crédito.

Aclarada esa arista, es trascendente hacer hincapié en que este régimen solo tiene cabida ante ausencia de capitulaciones y disuelta la sociedad marital, pues sería inútil recurrir a este siendo que ya existe un pacto que establece cómo disolver el patrimonio de la sociedad conyugal.

Este sistema descansa en la capacidad de los cónyuges o convivientes a participar en el derecho de crédito que posee cada uno sobre el patrimonio neto adquirido durante la unión; es a ese derecho lo que se le denomina ganancialidad (cuyo propósito es distribuir equitativamente y en términos económicos el esfuerzo común de la pareja, dicho esfuerzo no tiene que ser precisamente monetario o material, vale también el aporte en especie y moral).

Ahora bien, por su parte véase el siguiente ordinal del Código de Familia, que expresa:

**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 (...). 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.

Ahora, léase fuera de la lista taxativa o excluidos los siguientes bienes (ya que estos no se consideran gananciales según disposición de la norma supraindicada):

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 (...).

(Lo resaltado no es del original).

Ramírez Acuña, S. (2013, p. 134) cita el Voto N° 278-1998 dictado al ser las diez horas con diez minutos del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por la Sala II para insistir en lo siguiente: “El carácter ganancial de un bien, se presume respecto de aquellos que han sido adquiridos durante la vigencia plena del matrimonio; pues se considera que se han obtenido en virtud del esfuerzo conjunto de ambos cónyuges.”

En síntesis, el régimen ganancial es posible cuando se dé a raíz de las situaciones descritas previamente; es decir, en caso de divorcio, nulidad del matrimonio, sucesión, separación judicial y realización de capitulaciones matrimoniales posterior a la celebración de la boda.

En ese orden de ideas, dicho ordinal también establece de forma taxativa cuáles no son reputados como bienes gananciales. Como tales, menciona: los bienes adquiridos a

título gratuito o por el azar, los obtenidos antes del vínculo, los destinados en las capitulaciones, los procurados durante la separación de hecho, entre otros.

Otro punto a destacar, y que es mencionado por el Dr. Ramírez (2013, p.136) es que el “valor neto” al que tiene derecho a participar el cónyuge en el patrimonio del otro, es aquel disponible y libre una vez canceladas las deudas u obligaciones de otra índole distinta a la ganancialidad.

Así que, en un marco donde ya existen diversos derechos y obligaciones que le son propias a la relación de pareja que produce efectos jurídicos válidos, ¿Qué sucede con el haber patrimonial de la pareja? ¿Cómo se distribuye?

### **Liquidación de bienes gananciales**

Para dar lugar a lo que la presente considera es el contenido central de este estudio, es importante tener en cuenta que lo anteriormente desarrollado es de gran importancia toda vez que sirve como columna vertebral a lo que a continuación se pretende exponer, es decir, es toda una semántica necesaria para comprender lo que viene a ser el problema planteado.

En primera instancia, hay que tener claro en qué consiste una liquidación, Ossorio M. (s.f., 562) lo delimita como: “Operación que consiste en detallar, ordenar y saldar cuentas una vez determinado su importe. Esta operación es indispensable para la efectividad de múltiples actos jurídicos (...)”. En palabras sencillas, consiste en listar o inventariar los activos y los pasivos que posee una persona física o jurídica con la finalidad de cancelar créditos.

Vega, E. (2015, p. 101) saca a relucir a los autores Cúneo y Hernández (2005) para establecer como liquidación de bienes gananciales lo que sigue:

(...) la liquidación de la sociedad conyugal comprende todos aquellos actos posteriores a la disolución, que deberán determinar qué bienes tiene el carácter de propios y cuales son gananciales, se practicará el inventario y avalúo pertinentes, se fijaran los créditos de la comunidad sobre cada cónyuge y los que

puedan tener estos en relación con aquella, se reintegran los bienes propios y se partirán los gananciales (...).

Entonces, en materia de familia en cuanto a los bienes gananciales de una sociedad marital la liquidación o ejecución de dicho patrimonio nace posterior a la disolución de la unión, o bien, de conformidad con el numeral 41 del CF la ejecución de esos bienes también cabe anticipadamente (antes de deshacer la unión) cuando exista riesgo de pérdida por mala gestión de la contraparte; una vez culminado ese acto, se practica lo que viene a ser la liquidación del patrimonio en cuestión.

Hay dos maneras de ejercitar o llevar a cabo tal diligencia: mediante convenio, es decir, se liquida el patrimonio de la sociedad marital siguiendo los lineamientos o pautas establecidas en virtud de acuerdo suscrito por la pareja en las capitulaciones matrimoniales o en el acuerdo de divorcio (en el caso de los matrimonios); o en su defecto, siguiendo los parámetros impuestos por la autoridad jurisdiccional de acuerdo a los criterios normativos, jurisprudenciales y de la sana crítica.

Como corolario, para incoar la solicitud de ejecución de bienes gananciales ante el juez competente debe existir de previo una resolución dictada por la vía ordinaria que reconozca la disolución del vínculo (divorcio o separación judicial) o incluso ordene la liquidación anticipada por riesgo eminente de pérdida, o bien, mediante proceso abreviado que admita la unión de hecho.

Lo anterior se debe a que la liquidación de bienes gananciales en sede judicial es un proceso de ejecución; y por consiguiente requiere de una declaración judicial previa que permita el impulso oficioso de dicho proceso.

Empero, es un tanto inevitable no desconcertarse cuando se advierte que en relación a este tema no existe regulación expresa sobre cómo liquidar bienes declarados gananciales; y para afirmar lo dicho se convoca nuevamente a Vega E. (2015, p. 140) que entre una de las conclusiones de su tesis alega: “En el bloque de legalidad de Costa Rica, no existe una ley procesal en materia de familia, lo cual hace necesario que para resolver cuestiones

procedimentales, se tengan que utilizar otros cuerpos normativos y aplicar sus normas de manera análoga.”.

Y ahí no termina el panorama, el autor invocado en el acápite anterior también deja entrever que para tales efectos (ejecución de bienes gananciales) los jueces siguiendo los criterios de la sana crítica así como la interpretación e integración de normas similares o análogas han optado por aplicar la Ley de Cobro Judicial; toda vez, que en la actualidad en el contexto costarricense es la única regulación que estipula el camino a seguir respecto a la venta de bienes muebles e inmuebles en el ámbito contencioso.

Ahora bien, sin ahondar mucho aún, en materia civil y siendo aún más específica al respecto, en asuntos cobratorios cuando se tramite un proceso de ejecución prendaria o hipotecaria parte los acreedores deben gestionar el pago de sus créditos por medio de la ejecución o venta de esos bienes (previa solicitud de parte, claro está), así que ¿Exactamente cómo se celebra esa venta? Pues a través del remate, esto de conformidad con el artículo 21.1 de la LCJ.

Para complementar y confirmar los dos anteriores enunciados se hace alusión al Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, que en Voto N° 95-1998 dictado al ser las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho pronuncia:

El procedimiento de ejecución debe entonces comenzar por determinar el valor neto de la finca y de esa forma conocer la suma que corresponde a la ejecutante. El demandado podría, si así lo estima pertinente, evitar la eventual ejecución coactiva, cancelando voluntariamente lo que a ella le corresponde. En caso contrario, **deberá rematarse judicialmente el inmueble, a fin de entregar la mitad del precio obtenido a la actora.** (Lo resaltado no es del original).

Sin duda alguna, es evidente como se indicó previamente que hoy en día no existe una regulación formal acerca del tratamiento que se le debe dar al procedimiento de liquidación de bienes gananciales en la fase de ejecución. Sin embargo; de conformidad con el Diario Oficial La Gaceta (Alcance Digital N° 17) después de 40 años de vigencia el Código de

Familia se promueve la iniciativa del Código Procesal de Familia y se presenta ante la entidad legisladora del país en el 2014 por la Corte Suprema de Justicia, dicho proyecto en la actualidad se tramita bajo el expediente legislativo N° 19.455.

Sin embargo, en correlación a la ejecución de derechos patrimoniales declarados gananciales; antes de presentar el proyecto ante la Asamblea Legislativa, la sala Segunda publica en una revista electrónica del Poder Judicial (Revista N° 6, 2009, pp. 78-80) una propuesta para promulgar el Código Procesal de Familia que disponía sobre este tema lo siguiente:

## **Capítulo V: Ejecución de Derechos Patrimoniales**

### **Sección I: El Derecho de Ganancialidad**

#### **Artículo 388: Legitimación y trámite inicial**

Establecido en sentencia el derecho de ganancialidad e individualizados los bienes sobre los cuales recae en forma concreta, cualquiera de las partes interesadas en llevar a cabo la ejecución del mismo deberá solicitarlo a la autoridad judicial (...).

#### **Artículo 389: Excepciones a la preferencia de ganancialidad**

No existirá el carácter preferente de pago de los derechos de ganancialidad, en los siguientes casos:

Hipotecas o prendas vencidas y no pagadas

Cuando existan deudas que hayan generados decretos de embargos practicados con anterioridad a la anotación de los bienes con derecho a ganancialidad y así consten en el Registro.

#### **Artículo 390: Convocatoria a audiencia conciliatoria**

Rendido el informe pericial, se convocará a una audiencia oral en la que se procurará una forma alterna a la solución del conflicto; (...).

#### **Artículo 391: Decisión final**

No existiendo acuerdo de este tipo, la autoridad judicial emitirá, en esa audiencia la resolución final sobre los montos de pago que se deben entre las partes, (...).

El juez deberá otorgar en esa resolución el plazo razonable para el cumplimiento de la obligación de pago impuesta, de acuerdo al monto, tipo de bien y posibilidades del futuro deudor, plazo que no podrá exceder de seis meses.

#### **Artículo 392: Definición del bien común en ganancialidad**

Cuando se trata de la ejecución de un bien de propiedad común entre los cónyuges en partes iguales y se haya decidido una participación igual en el derecho de ganancialidad, cuando ambos hayan manifestado interés en conservarlo pagando el derecho al otro; la autoridad judicial convocará a un remate de tipo privado entre ellos, que se regulará de la siguiente forma:

1. Si el bien tuviere algún tipo de anotación o gravamen que no se trate del derecho discutido no podrá llevarse a cabo este remate y se deberá verificar un remate público según las reglas dadas en este Código
2. La convocatoria se notificará por los medios señalados en el proceso de ejecución, deberá contener la indicación del monto mínimo del remate, que se define, en su orden, por el acuerdo de las partes, el avalúo municipal con menos de dos años de verificado o el valor pericial del mismo; la hora y fecha y lugar del acto y la indicación de que se debe depositar el cincuenta por ciento de la oferta.
3. A la hora y fecha, el auxiliar rematador y cualquier otro servidor del despacho recogerá los depósitos e iniciará la subasta, siendo que cada vez que se ofrece

una suma ambas partes deben entregar lo restante para completar el cincuenta por ciento de lo ofrecido hasta su finalización.

4. Si una de las partes no hace el depósito en un momento dado, se considerará que quién lo hizo resulta adjudicado del bien en su totalidad

5. La autoridad judicial aprobará el remate en resolución, debiendo entregar el cincuenta por ciento de lo ofrecido a la otra parte como pago del derecho de ganancialidad y ordenando la inscripción del derecho de ésta a favor del otro mediante ejecutoria al Registro correspondiente.

**Artículo 393: Inmueble con destino exclusivo o principal para la vivienda de la familia.**

Tratándose del inmueble cuyo destino exclusivo o principal ha sido la vivienda del grupo familiar, declarada la ganancialidad del bien, liquidado el derecho sobre el mismo, en caso de que no existan gravámenes, ni anotaciones anteriores, la ejecución del derecho se hará siguiendo las siguientes reglas en orden preferente:

1.- **Se le concederá al cónyuge o ex cónyuge ocupante, no titular, del bien,** un plazo razonable, no superior a seis meses, salvo autorización judicial expresa en casos calificados, para comprar el bien al dueño, sea este el esposo, excónyuge, o un tercero que lo haya adquirido después de la anotación de la demanda, depositando la diferencia entre el valor del bien y la suma fijada por concepto de gananciales.

2.- Durante el tiempo que dure el ocupante en cancelar la diferencia del valor del bien podrá seguir ocupándolo, debiendo pagar una mensualidad a favor del propietario que será fijada por el juez prudencialmente, tomando en cuenta las características del bien.

3.- Vencido el plazo otorgado al ocupante para que pague el monto liquidado por concepto de gananciales, salvo acuerdo de partes para una prórroga, se le

concederá al titular del bien un plazo de seis meses para que pague al ocupante la suma fijada por concepto de bienes gananciales. En caso de que el propietario manifieste expresamente interés en esta opción, procederá a realizar el depósito correspondiente, en caso de no contar con el dinero para ello, expondrá un plan debidamente fundado de pago del saldo del monto a favor del propietario, incluyendo las gestiones de financiamiento que ha realizado, y expresando cuánto tiempo requeriría para concretar el pago.

El Juzgado, previa audiencia al ocupante, dictará una resolución fundada, aprobando o rechazando el plan presentado, en caso de aprobación indicará el plazo máximo dentro del cual deberá realizar el pago del saldo al titular del bien, que no podrá superar los seis meses, salvo la posibilidad de una única prórroga por dos meses más en casos calificados, debidamente justificados requiriendo autorización judicial para contar con esa prórroga. Durante este tiempo el ocupante no pagará suma alguna al titular por su permanencia en el inmueble.

4.- En caso de que el ocupante del bien no lo compre, o que el propietario del bien no pague el derecho a gananciales a la otra parte, **se procederá a la subasta pública del bien.** (Lo destacado no se desprende del original).

Ahora bien, la presente considera menester mencionar cuál era la propuesta para el Código Procesal de Familia de conformidad con la Revista N° 6 publicada por Sala Segunda (2009); esta proposición jurídica regulaba el proceso de ejecución de bienes gananciales en el Capítulo V, Sección I del art. 388 al 393. Asimismo, en el apartado III de la Subsección II (Sección III) desde el ordinal 416 al 432 en los cuales se reglamentaba lo relativo al remate. Dichos artículos se citarán en lo que interesa y en tanto difieran de la LCJ y el NCPC en cuanto a la regulación del remate; por lo tanto, sobre los extremos no expresados intérpretese igual a las normas supracitadas (esto para evitar caer en la redundancia):

#### **Artículo 420: Publicación del aviso**

El remate se anunciará por un edicto que se publicará dos veces, en días consecutivos, en La Gaceta; en este se expresará la base, la hora, el lugar y los días de **las subastas**, las cuales **deberán efectuarse con un intervalo de diez días hábiles** (...).

#### **Artículo 422: Realización del Remate**

El remate solo **podrá verificarse** cuando hayan **transcurrido ocho días**, contados desde el día siguiente de la primera publicación del edicto y la notificación a todos los interesados.

#### **Artículo 424: Remate fracasado**

**Si en el primer remate no hay postor**, se darán diez días hábiles para realizar el segundo remate; **la base se rebajará en un veinticinco por ciento (25%) de la original**. Si para el segundo remate no existen oferentes, se celebrará un tercer remate dentro de diez días hábiles. **El tercer remate se iniciará con un veinticinco por ciento (25%) de la base original** y en esta el postor deberá depositar la totalidad de la oferta. **Si para el tercer remate no hay postores, los bienes se tendrán por adjudicados al ejecutante, por el veinticinco por ciento (25%) de la base original**. (Lo destacado no se desprende del original; este acápite no difiere de lo dispuesto por la LCJ en el art. 25 ni del ordinal 161 del NCPC).

#### **Artículo 428: Liquidación del producto de remate en materia de ganancialidad**

Tratándose de un remate consecuencia del cobro de ganancialidad, el producto del mismo será liquidado en el siguiente orden:

- a) El derecho de ganancialidad establecido
- b) Gastos de cuidado y mantenimiento del bien cuando mediante resolución judicial se nombró depositario.

c) Intereses

d) Costas

El remanente será devuelto al propietario del bien ejecutado

Lo citado se puede utilizar en lo conducente para traer a colación la figura jurídica del remate; la cual como se ha mencionado en acápite previos es un instrumento que a la luz de la norma procedimental civil permite que un bien se subaste de manera pública hasta tres veces, rebajando la base en cada una de esas subastas en caso de no haber postores.

En otras palabras, el despacho competente por medio de un edicto fijará tres fechas en las cuales se celebrarán las subastas, asimismo, en dicho edicto hará mención de las rebajas a las que se verá sujeta la base en caso de no presentarse ningún postor, en otras palabras, en la primera subasta el bien se remata con el 100% de la base (pactada por convenio de partes o en su defecto según avalúo pericial o valor registrado); si no hubiera postor al llevar a cabo la segunda subasta esta se realizará con un 75% de la base y en caso de que tampoco hubiere oferentes la tercera subasta se efectuará con un 25% de la base, si del mismo modo no se ofrece ninguna postura se adjudica el bien al ejecutante.

No obstante, aplicar dicho instrumento tal como lo señala la normativa de carácter civil en materia de liquidación de bienes gananciales puede producir un menoscabo al derecho de los cónyuges o convivientes de hecho de participar en un 50% o de manera alícuota respecto del patrimonio neto del otro por concepto de ganancialidad. Por ejemplo, Vega, E. (2015, pp. 112-113) trae a colación los siguientes cuadros fácticos que ayudan a comprender lo anteriormente dicho:

Nótese que si un bien ganancial que vale sesenta millones de colones es rematado con base en lo que dispone la Ley de Cobro Judicial y este es comprado por un interesado en el tercer acto de remate, se estaría causando un gran perjuicio a los consortes, toda vez que el mismo se vendería en la suma irrisoria de quince millones de colones, por lo cual le correspondería siete millones y quinientos mil colones a cada uno de los cónyuges. Configurándose con tal acto un empobrecimiento sin causa en el patrimonio de los consortes o convivientes.

Lo mismo sucedería en el caso de que el cónyuge propietario de manera maliciosa, indique no tener dinero para pagar el cincuenta por ciento que le pertenece a su consorte sobre un vehículo que vale diez millones de colones, por lo cual solicita que se remate el bien y por medio de interpósita persona compre el mismo en el tercer remate, en el cual únicamente pagaría el cincuenta por ciento de la suma de dos millones quinientos mil colones que es lo que le correspondería a su consorte tras la suma obtenida en el remate.”

### **Remate como figura jurídica**

De acuerdo a Parajales Vindas, Gerardo (2001, p. 14):

El remate, entonces, es un acto procesal que tiene como hipótesis la existencia de una obligación, dineraria por lo general, a cargo del dueño de los bienes embargados o gravados. En materia del derecho civil de obligaciones, se afirma que los créditos surgen para ser pagados en forma natural y voluntaria, y en caso de incumplimiento el acreedor puede obtener el pago mediante la subasta o remate de los bienes del deudor. (...).”

Asimismo, dicho autor señala (2001, pp. 16-17): “El remate se hace indispensable cuando los bienes embargados son de naturaleza inmobiliaria o muebles, salvo el caso de dinero en efectivo. Con la subasta se pretende pagar con el dinero obtenido a quien corresponda de acuerdo con la prelación legal (...).”

En ese orden de ideas, Ossorio M. (s.f., p. 912) dice sobre la subasta:

Según la Academia, la venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor y regularmente por mandato y con intervención de un juez o de otra autoridad (...). Couture equipara la subasta al remate y dice de éste que es la venta o subasta de bienes mediante puja entre los concurrentes, bajo condición implícita de aceptarse como precio la oferta mayor.

Ahora bien, la presente considera que el remate es un acto judicial mediante el cual se hace efectivo el cobro de determinada suma de dinero; este consiste en ventilar de forma

pública un bien mueble o inmueble con el firme propósito de que este sea comprado por un tercero, o bien, una de las partes del proceso se lo adjudique.

### **Regulación del remate judicial**

Ciertamente, dentro del bloque de legalidad de Costa Rica se regula lo atinente a este tema.

### **Ley de Cobro Judicial**

También Ley N°8624, se promulgó en noviembre del año 2007 y entró a regir seis meses después, es decir, para mayo del 2008 ya era de aplicación obligatoria y a su vez derogó lo dispuesto en el Código Procesal Civil (del art. 650 al 691) sobre el proceso monitorio, ejecutivo prendario y ejecutivo hipotecario, así como lo estipulado en relación al remate. Esta normativa, de carácter civilista se creó con la finalidad de descongestionar los juzgados civiles y de legitimar una instancia judicial competente además de especializada en asuntos de cobros judicializados.

De conformidad con el Voto N° 736-2014 dictado por el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, esta ley se da a raíz del siguiente fenómeno:

Esta ley surgió ante la necesidad de contar con una vía privilegiada para obtener un rápido acceso a la ejecución de deudas dinerarias, por el desenvolvimiento del tráfico mercantil en la realidad actual, que es sumamente dinámica y donde se cuenta con documentos que hacen plena prueba del título que representan (...).

Según Quesada, R. (2010, p.79) antes de la entrada en vigencia de dicha norma a nivel social se incrementó significativamente la adquisición de deudas por parte de la ciudadanía; asimismo, muchos de estos no cancelaban dichas obligaciones dinerarias; lo cual, incidió directamente en un aumento de procesos judiciales incoados ante el juzgado civil competente (el cual atiende procesos aunque de índole privado de distinta naturaleza) para hacer efectivo el cobro de una suma líquida y exigible. Por lo tanto, no solo la carga laboral del despacho era mayor, también lo era la mora judicial.

Cabe acotar, que los procesos cobratorios no se tramitan por la vía ordinaria, esto en virtud de que no son procesos declarativos sino de ejecución; esto se debe a que previa interposición de la demanda ante el juzgado especializado de cobro que corresponda existe un título que respalda la deuda líquida, exigible y dineraria en cuestión. En ese sentido, las relaciones que pretende regular esta norma son de rigor mercantil.

En otro orden de ideas, en los procesos de ejecución hipotecaria y prendaria el título ejecutivo se basa en una garantía real suscrita por los contratantes de forma accesoria a una obligación principal; es decir, por acuerdo de partes sobre determinado bien descansa un gravamen denominado hipoteca o prenda (según corresponda) que se inscribe mediante escritura pública en el Registro Público; para que ante eventual incumplimiento el acreedor se encuentre facultado para ejecutar el cobro de lo adeudado.

Así puestas las cosas, la manera de ejecutar judicialmente bienes muebles o inmuebles con el objeto de obtener cierta suma de dinero es por medio del remate. La LCJ regula de manera clara lo relativo a este instituto desde el art. 21 al 30. Se hará mención de los mismos en lo conducente:

## **ARTÍCULO 21.- Actos preparatorios del remate**

### **21.1 Concurrencia de acreedores sobre el mismo bien**

Todos los acreedores embargantes o con garantía real, deberán gestionar el pago de sus créditos, en el proceso en el cual se haya efectuado primero la publicación del edicto de remate del bien que les sirve de garantía (...).

### **21.3 Base del remate**

La suma pactada por las partes servirá como base para el remate. En defecto de convenio, a elección del ejecutante, servirá de base el monto que se determine mediante avalúo pericial o el valor registrado (...).

### **21.4 Orden de remate y notificaciones**

Si la solicitud es procedente, el tribunal ordenará el remate e indicará el bien por rematar, las bases, la hora y la fecha. Previendo la posibilidad de una tercera subasta, en esa misma resolución se hará el señalamiento de la hora y la fecha para esta (...).

### **21.5 Publicación del aviso**

El remate se anunciará por un edicto que se publicará dos veces, en días consecutivos, en La Gaceta; en este se expresará la base, la hora, el lugar y los días de las subastas, las cuales deberán efectuarse con un intervalo de diez días hábiles.

### **ARTÍCULO 23.- Remate**

El remate solo podrá verificarse cuando hayan transcurrido ocho días, contados desde el día siguiente de la primera publicación del edicto (...).El remate será presidido por un rematador o por el auxiliar judicial que se designe, sin perjuicio de la intervención del juez. El día y la hora señalados, el pregonero anunciará el remate y leerá el edicto en voz alta; quien preside pondrá en conocimiento de los asistentes las posturas y las mejoras que se hagan, dará por terminado el acto cuando no haya quien mejore la última postura y adjudicará el bien al mejor postor (...).

El postor deberá depositar el cincuenta por ciento (50%) de la base, en efectivo, mediante entero bancario, a la orden del tribunal, o cheque certificado de un banco costarricense y señalar medio para atender notificaciones. Si en el acto del remate, el comprador no paga la totalidad de lo ofrecido, deberá depositar, dentro del tercer día, el precio total de su oferta; de no hacerlo, la subasta se declarará insubsistente.

De todo lo actuado se levantará un acta, la cual será firmada por el rematador, el comprador, las partes y sus abogados (...).

### **ARTÍCULO 25.- Remate fracasado**

Si en el primer remate no hay postor, se darán diez días hábiles para realizar el segundo remate; la base se rebajará en un veinticinco por ciento (25%) de la original. Si para el segundo remate no existen oferentes, se celebrará un tercer remate dentro de diez días hábiles. El tercer remate se iniciará con un veinticinco por ciento (25%) de la base original y en esta el postor deberá depositar la totalidad de la oferta. Si para el tercer remate no hay postores, los bienes se tendrán por adjudicados al ejecutante, por el veinticinco por ciento (25%) de la base original.

Al tenor de la norma, se puede decir que esta ofrece mecanismos como el remate para efectos de resarcir obligaciones monetarias incumplidas por el deudor; entonces, el juzgado competente mediante un edicto fijará tres fechas en las cuales se celebrarán las subastas, incluso dicho edicto indica las rebajas a las que se verá sujeta la base en caso de no presentarse ningún postor. Es decir, en la primera subasta el bien se remata con el 100% de la base (pactada por convenio de partes o en su defecto según avalúo pericial o valor registrado); si no hubiera postor al llevar a cabo la segunda subasta esta se realizará con un 75% de la base y en caso de que tampoco hubiere oferentes la tercera subasta se efectuará con un 25% de la base, si del mismo modo no se ofrece ninguna postura se adjudica el bien al ejecutante.

### **Código Procesal Civil**

El nuevo CPC se publicó en el 2016 y se estipuló que entraría a regir treinta meses después de la misma, es decir, en octubre del 2018. Esta, según el numeral 183 a partir de su entrada en vigencia:

“Se derogan las siguientes disposiciones:

1. La Ley N° 7130, denominada Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, con las siguientes excepciones que se mantienen vigentes, mientras no se publiquen las normas que las sustituyan: los artículos 709 a 818; 825 a 870 y 877 a 885.

2. La Ley N° 8624, Ley de Cobro Judicial, de 1 de noviembre de 2007; (...).”

El ex mandatario, Solís Rivera, Luis G. (2016) para GOBIERNOCR sobre la reforma del CPC dijo:

El Código que hoy sancionamos, a diferencia del anterior, debe identificarse como el Código de la oralidad, el de la inmediatez, el de la celeridad para los sujetos de todo el Derecho Privado, es decir del Derecho Civil, Comercial, de Familia, Agrario y hasta Laboral, en tanto *lex generalis*, aplicable supletoriamente a todas las disciplinas.

En consecuencia, en lo que interesa para la elaboración del presente estudio se debe aclarar que en lo relativo al remate una vez que el NCPC adquiriera rigor se dejará de regular de conformidad con la LCJ. Este cuerpo normativo que pretende ser innovador y brindar celeridad, positiviza la figura del remate en los numerales comprendidos entre el 157 y 165.

Sin embargo, la nueva regulación no varía sustancialmente; a todas luces dicha normativa no cambia el fondo pero sí los plazos para verificar el remate y para la celebración de cada subasta. Para comprobarlo léase:

#### **ARTÍCULO 159.- Remate**

El remate solo podrá verificarse cuando hayan transcurrido **cinco días hábiles** desde el día siguiente de la primera publicación del edicto y la notificación a todos los interesados. (Lo destacado no se desprende del original).

#### **ARTÍCULO 161.- Remate fracasado**

Si en el primer remate no hubiera postor se efectuará la segunda subasta una vez transcurrido **un plazo no menor de cinco días**, rebajando la base en un veinticinco por ciento (25%) de la original. Si en el segundo remate tampoco hay oferentes, se celebrará una tercera subasta en un plazo no menor de cinco días. La tercera subasta se iniciará con el veinticinco por ciento (25%) de la base

original y en ella el postor deberá depositar la totalidad de su oferta. Si en la tercera subasta no hubiera postores, se tendrán por adjudicados los bienes al ejecutante, por el veinticinco por ciento (25%) de la base original. (Lo resaltado no pertenece al original).

Ahora bien, tal como se indicó previamente el aparato jurisdiccional en atención al principio de integración de normas, la sana crítica y coadyuvándose con los criterios jurisprudenciales desarrollados ha venido utilizando en la actualidad la figura del remate consagrado en la norma procedimental civil para ejecutar los bienes declarados gananciales; esto en virtud de que hoy en día no existe una norma especial y positivizada en el ordenamiento jurídico en relación a los procesos propios del derecho de familia.

Sin embargo, desde hace varios años se han gestado propuestas para la creación de una normativa especial en materia de procedimiento con respecto al trámite de los asuntos ventilados en los juzgados y tribunales de familia.

### **Código Procesal de Familia**

Alfaro A. María y Miranda S. Andrea (2016, pp. 142-150) indican en su estudio que tras varios precedentes en cuanto a la creación del Código Procesal de Familia, es hasta hace unos años que gracias a la iniciativa de jueces como de otros profesionales en derecho en colaboración de entidades como el PANI, Registro Civil y la UCR que se propone nuevamente un anteproyecto para regular el procedimiento en materia de familia con la intención de especializar aún más la materia y hacerla más rápida en observancia al espíritu garantista del principio constitucional de “justicia pronta y cumplida”.

Sala Segunda en Revista N° 6 (2009, pp. 45 y 46) en el artículo “¿Es el Derecho Procesal de Familia una rama autónoma del derecho?” Indicó:

(...) su autonomía viene dada por el vertiginoso cambio y evolución que la organización familiar ha experimentado. Eso ha requerido de una normativización autónoma, con sus propios criterios e instituciones, atemperado a las necesidades y exigencias de las personas en el contexto de sus relaciones familiares. (...)

Particularmente en el derecho procesal de familia, la situación ha sido difícil por cuanto son pocas las leyes de familia de carácter procesal que se encuentran vigentes de manera autónoma, o desligadas del derecho procesal civil. Sin embargo, lejos de ser un elemento negativo, ello refuerza la idea de que los procesos de familia deben responder a una lógica distinta: Se acentúan los poderes del Juez como director del proceso, se promueve la autonomía de la voluntad de las partes, se facilitan los medios alternos de solución de conflictos, se flexibilizan las reglas de la prueba, de la cosa juzgada, de la legitimación, se reducen a lo mínimo o tienden a desaparecer los formalismos procesales, se promueve la sencillez de los procedimientos, se fortalece la idea de la gratuidad de la justicia, etc. (...)

En ese sentido, pues, el derecho de familia, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, es una rama autónoma del derecho.

Es así que surge la iniciativa de hacer positivas aquellas máximas que se han desarrollado vía jurisprudencial y doctrinal, que permiten al juzgador de familia tasar la prueba de una manera distinta, flexibilizar el proceso en virtud de la naturaleza sensible y del interés del Estado en garantizar los principios consagrados en el numeral 2 del CF en relación a los conflictos que en esta sede se ventilan, entre otros.

La situación actual respecto de esta propuesta, de acuerdo a Herrera S. Kimberly en su reportaje para [elmundo.cr](http://elmundo.cr) el 08 de febrero del 2018 es que en el primer debate con 42 votos del plenario se aprobó el CPF. De igual manera, en abril del mismo año el Diario Oficial La Gaceta en su Alcance N° 77 publicó la redacción final del proyecto de ley en cuestión.

Sin embargo, el proyecto de ley que se presentó en el año 2014 ante la Asamblea Legislativa no contempla ninguno de los numerales que previamente se mencionaron en lo referente a la liquidación de bienes gananciales en revista N° 6 de Sala Segunda (2009). Sino que en relación a la ejecución contenciosa del patrimonio ganancial de acuerdo a la redacción final del proyecto de ley del CPF publicado en el Diario Oficial La Gaceta (2018, Alcance N° 77) se lee de la siguiente manera:

### **Capítulo III: Ejecución de derechos patrimoniales**

#### **Sección I: El derecho de ganancialidad**

##### **Artículo 320- Legitimación y trámite inicial**

Una vez establecido en sentencia el derecho de ganancialidad y cuando se hayan individualizado los bienes sobre los cuales recae de forma concreta, cualquiera de las partes interesadas solicitará la ejecución, debiendo indicar los bienes declarados con derecho de ganancialidad y ofrecer la prueba necesaria para fijar el valor neto de estos.

Cuando la petición esté en forma, se dará audiencia a la otra por tres días para proponer cualquier otro tipo de prueba sobre ese aspecto del valor neto y de forma inmediata se ordenará traer las pruebas ofrecidas y pertinentes, incluyendo si fuera necesario y no hay acuerdo sobre el valor del bien, la de tipo pericial para la valoración del bien.

##### **Artículo 321- Convocatoria a audiencia conciliatoria y decisión final**

Rendido el peritaje y los informes necesarios se convocará a una audiencia de conciliación.

No existiendo acuerdo, la autoridad judicial emitirá, dentro del tercer día, la resolución final sobre el valor del derecho reclamado, las obligaciones pecuniarias que se asumen, su forma y plazo razonable de pago.

**Si no se cumple lo ordenado, la persona acreedora del derecho de ganancialidad podrá pedir el cobro de la suma indicada mediante el procedimiento de cobro ejecutorio establecido en la normativa de cobro de las obligaciones civiles y mercantiles.** (Lo destacado no pertenece al original).

##### **Artículo 322- Definición de bienes comunes en ganancialidad**

Tratándose de bienes en copropiedad de la pareja; no existiendo hijos o hijas menores de edad o existiendo no hay interés en el que ostentará la custodia de ellos en permanecer con el bien y otorgar pago al otro cónyuge, y **si ambas partes tienen interés en la titularidad completa del bien sin que exista acuerdo en otra solución, la autoridad ordenará el remate** con la base del acuerdo de partes o, en su defecto, del dictamen pericial pedido, salvo que existan gravámenes hipotecarios, **sin posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados.** (Lo resaltado no se desprende del original)

### **Artículo 333- Liquidación del producto de remate en materia de ganancialidad**

Tratándose de un remate consecuencia del cobro del derecho de ganancialidad, el producto de este será liquidado luego de las deudas preferentes en el siguiente orden:

- 1) Intereses y costas.
- 2) Gastos de cuidado y mantenimiento del bien cuando se nombró depositario mediante resolución judicial.
- 3) Capital adeudado por el derecho de ganancialidad.

El remanente será devuelto al propietario del bien ejecutado.

Se puede observar que la propuesta del CPF presentada en el año 2014 por la Corte Suprema de Justicia ante la Asamblea Legislativa en comparación a la formulada en el 2009 indica de manera expresa que para ejecutar lo bienes comunes declarados gananciales cuando no se tenga otra solución se deben liquidar por medio del remate sin permitirse las rebajas sobre la base en virtud de los remates fracasados.

Por lo tanto, se podría decir que de conformidad con lo señalado en el Diario Oficial La Gaceta, Alcance N° 77 del proyecto de ley CPF Transitorio III (2018, p. 110) será a partir de octubre del año 2020 en el cual dicha norma adquirirá eficacia jurídica. Por lo

tanto, a partir de ese momento existirá regulación expresa con respecto a los procedimientos judiciales en asuntos de familia.

### **Jurisprudencia en relación a la liquidación de bienes gananciales**

Se puede entender como jurisprudencia según lo expresa Ossorio, M. (s.f., p.531) en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales:

(...) se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada (...).

En otro orden de ideas, yendo al punto que interesa; en correlación al proceso de ejecución de bienes gananciales el aparato judicial ha realizado varios pronunciamientos, de los cuales se hará mención de tres votos seguidamente; cabe destacar, que de dichas resoluciones se extraerá lo relevante para esta investigación:

#### **I. Voto N° 736-2014:**

Esta sentencia fue dictada en proceso ordinario por el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José al ser las quince horas y cuarenta y cuatro minutos del dos de setiembre de dos mil catorce.

#### **CONSIDERANDO**

##### **I.-**

Mediante la resolución dictada por el Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur (...) la juzgadora ordena sacar a remate el inmueble de la Provincia de San José matrícula de folio real [...], estableciendo la base en cuarenta y dos millones seiscientos dieciséis mil doscientos colones sin céntimos, dejando establecidos los montos, así como la fijación de hora y fecha para los remates sucesivos en caso de ser fracasado el primero, conforme a lo

que establece la Ley de Cobro Judicial, e indicándose que el inmueble soporta (...).

**II.-AGRAVIOS :** En resumen: Se impugna que la base sobre la cual se saca a remate el bien, se sustenta en un peritaje que tiene ya más de tres años de efectuado y por consiguiente, no se ajusta al valor real del bien, por lo que se ocasiona un grave perjuicio y un empobrecimiento ilícito en su perjuicio, (...).

**SOBRE EL FONDO:** La ley de Cobro Judicial, prevé un procedimiento para llevar a cabo el remate de bienes cuando deba hacerse el cobro de una obligación dineraria. Así regula el artículo 21 numeral 3 que a falta de convenio, el monto de la base para remate se determina mediante avalúo pericial. El artículo 23 a su vez contempla la forma en que se debe efectuar el remate, y el 25 regula el procedimiento en caso de que el primer remate sea fracasado. De tal forma que, si no hay postores en el primer remate, donde el bien se subasta por el cien por ciento del avalúo, viene un segundo remate donde se saca a remate el bien con una rebaja del 25% de la base original, y si nuevamente fracasa el remate, viene un tercer remate que se inicia con el 25% de la base original.

**(...).Claro está el cobro de una deuda de gananciales, no encaja con la realidad mercantil, por ser una obligación de otra naturaleza.**

La liquidación de gananciales que surge con la disolución del matrimonio, el reconocimiento de la unión de hecho, o la nulidad del matrimonio cuando ha dado lugar a la formación de un patrimonio común que debe liquidarse, según lo que estipula el artículo 41 del Código de Familia, por no ser propiamente una obligación dineraria de una suma líquida y exigible, sino una OBLIGACIÓN DE VALOR, donde lo que se tiene es un derecho de participación en un crédito, las reglas del procedimiento deben ajustarse a la naturaleza de la obligación. Así, al tener que liquidarse un bien por la parte ejecutante, para obtener el cincuenta por ciento de su derecho de participación en los gananciales, ambas partes serían realmente acreedores, no siendo esta una obligación civil pura y simple, sino una obligación de valor que tiene características diferentes. De ahí que entren en juego los principios del Derecho Procesal Familiar, como lo es el principio

protector de la familia y sus integrantes derivado del artículo 51 de la Constitución Política, el principio de tutela de la realidad y las Convenciones Internacionales, como la de Belén Do Pará y la CEDAW, en lo que corresponde a la igualdad de derechos entre los cónyuges en lo patrimonial, tanto en lo referente al matrimonio como a su disolución; **por lo que se deben ajustar las disposiciones de la Ley de Cobro Judicial, a una interpretación acorde con la naturaleza jurídica del proceso familiar.** De ahí que ante la **falta de acuerdo para obtener la suma líquida** que represente el **derecho de participación** en la liquidación del derecho de **gananciales, podrá aplicarse el remate del bien en la vía ejecutiva, conforme a las normas que regulan el remate en nuestro país** (...).

Esta integración del Tribunal, (...) llega a la conclusión de que la resolución recurrida debe revocarse, por las siguientes razones: 1. El presente proceso es una ejecución de sentencia para hacer efectiva el derecho de participación que tiene cada uno de los cónyuges en la liquidación del 50% del valor neto de su derecho a gananciales. Es decir no es una obligación dineraria pura y simple, sino una obligación de valor, donde se debe seguir todo un procedimiento para llegar a la suma líquida y exigible por un lado. Por otro, no es una obligación donde hay un acreedor y un deudor, sino que **ambos son acreedores, pues ambos son titulares de su derecho de participación en la liquidación del ganancial.**

2. En virtud de la particularidad de esta relación de las partes, donde la obligación por ejecutar tiene sus particulares características, **la ley de Cobro Judicial es el instrumento que hace efectiva la posibilidad de que las partes obtengan lo que les corresponde.** Sin embargo, dada la naturaleza del proceso familiar y como se dijo al ser una obligación de valor donde ambas partes son acreedoras, el procedimiento de la Ley específica, que regula **el remate, se ajusta al proceso familiar** para obtener la suma líquida que interesa en beneficio de las dos partes. Ello implica al **adaptar la ley ordinaria a la**

**naturaleza jurídica del derecho procesal familiar**, se deben aplicar los principios generales del derecho procesal familiar (...).

3. No proceder de esta forma lesiona el derecho de una de las partes, pues de **rematarse el bien con las rebajas** que prevé la ley de Cobro Judicial, se **ocasiona un empobrecimiento indebido** a una de las partes, injustamente (...). Y conforme ya lo había dicho el Tribunal, en el voto N° 1099 del 2011, de las 9:11mn del 05 de octubre de dos mil once, sino se paga la suma líquida que representa el derecho de participación en un ganancial, es conveniente que **de requerirse el remate, se saque el bien a subasta por el cien por ciento del avalúo en los tres remates**, pues la naturaleza de la obligación así lo demanda. (...) siendo que las dos partes son acreedoras de su cincuenta por ciento de participación respecto del derecho de gananciales, ambas deben resultar beneficiadas, (...). Así las cosas es posible sacar a remate un bien, por el 100% del avalúo, en las tres ocasiones, si es que los remates anteriores fracasan, pues solo así tendrá cada parte procesal la retribución justa del 50% del valor neto del bien que se está liquidando (...). Es justo actualizar el valor del bien, pues de ello depende la justa retribución del derecho de participación en la liquidación del ganancial. (...).

### **POR TANTO**

Se revoca la resolución recurrida. En su lugar hágase una actualización del valor del inmueble y en su momento ordénese el remate conforme a derecho, si otra causa no lo impide.-

(Lo destacado no pertenece al original)

### **II. Voto N° 00083-2015:**

El presente fue pronunciado en proceso de ejecución por el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José al ser las trece horas y cuarenta y cuatro minutos del veintisiete de enero de dos mil quince, dice:

## CONSIDERANDO

I.-AGRAVIOS: Apela el ejecutante, por medio de su apoderada especial judicial, (...) la resolución de las catorce horas del dieciocho de agosto de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Familia de Desamparados, mediante la cual se ordenó la venta judicial de la finca del partido de San José, matrícula [Valor 001].

Las inconformidades de la parte recurrente son las siguientes: a) que la solicitud de remate se hace con base en el Ley de Cobro Judicial que derogó los numerales 432, 439 a 447 y 650 a 691 del Código Procesal Civil, por lo que **no hay fundamento para sacar a remate el inmueble sin hacer las rebajas a la base**, contempladas en la ley y b) que la jueza a-quo debió fundamentar las razones para su proceder.

Por lo anterior, pretende se revoque la resolución recurrida y se proceda conforme a Derecho.

## II.-SOBRE EL FONDO:

(...)

El Tribunal de Familia se ha decantado por tal criterio, para respetar la naturaleza jurídica del derecho ganancial; como lo hizo en el voto número 513-2014, citado por la jueza de primera instancia, del cual se destaca el siguiente extracto:

"En consecuencia, es posible que la persona juzgadora en materia de familia, atenue lo regulado en la Ley de Cobro Judicial, y lo ajuste a las particulares circunstancias del proceso familiar. Así las cosas **es posible sacar a remate un bien, por el 100% del avalúo, en las tres ocasiones, si es que los remates anteriores fracasan, pues solo así tendrá cada parte procesal la retribución justa del 50% del valor neto del bien que se está liquidando**" (...).

**POR TANTO**

Se confirma la resolución recurrida.-

(Lo destacado no pertenece al original).

**III. Voto N° 000533-2017:**

Este pronunciamiento se dictó al ser las catorce horas y treinta y un minutos del veintiséis de junio de dos mil diecisiete por parte del Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, en proceso de ejecución por gestión del petente el asunto se elevó a la instancia superior o al a quem a causa de lo siguiente:

**CONSIDERANDO:**

I.-AGRAVIOS: Apela la ejecutada la resolución de las diez horas treinta y un minutos del cuatro de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de Alajuela, mediante la cual se rechazó la solicitud de actualización de peritaje y se convocó a remate.

Las inconformidades de la recurrente son las siguientes: 1) que no debió rechazarse la solicitud de actualización de los peritajes, ya que los remates han de hacerse con datos actualizados; 2) que no deben sacarse a remate las dos fincas juntas, sino que se tienen que individualizar, a efecto de que quede claro el valor de cada bien, específicamente; 3) que en la convocatoria a remate se omite indicar la medida de la segunda finca y 4) que para el segundo y tercer remate no se hicieron las rebajas de la base previstas en la Ley de Cobro Judicial.(,,).

**II.- SOBRE EL FONDO:**

(...)

**La línea jurisprudencial iusfamiliar se ha decantado por atenuar las disposiciones de la Ley de Cobro Judicial, en lo que a liquidación de gananciales se refiere,** en vista de que dicha normativa fue concebida para otras situaciones jurídicas diferentes a la que nos ocupa en el presente asunto (...).

**POR TANTO:**

Se confirma la resolución recurrida.-

(Lo resaltado no se desprende del original).

En conclusión, en apariencia a nivel jurisprudencial existe una uniformidad de criterio en lo relativo al método para liquidar bienes declarados gananciales; sirviéndose de la LCJ en lo referente al remate judicial (esto en virtud de que en la actualidad no existe regulación expresa sobre el procedimiento de ejecución de gananciales).

Cabe destacar, que si bien el procedimiento se realiza en amparo a dicha norma, la interpretación de esta no se puede hacer de manera literal; contrario sensu, la autoridad competente iría en detrimento del principio de igualdad entre los cónyuges o convivientes ya que se les estaría considerando a uno de ellos acreedor y al otro deudor, cuando en realidad ambos son acreedores de un derecho de crédito que nace del vínculo o unión de la pareja; con lo cual, tratar un asunto de esta índole bajo la luz directa de esta norma va a producir abusos del derecho.

Así las cosas, no se puede considerar a una de las partes como ejecutante y a la otra ejecutada, en virtud de que ambas tienen calidad de ejecutantes del derecho de crédito ganancial; es decir, a obtener el 50% del valor neto constatado en el patrimonio del otro siempre que estos se adquiriesen durante la unión y a título oneroso.

No obstante, Vega, E. (2015, p. 113, 114, 115) en la aplicación del instrumento que realizó para su estudio científico sacó a relucir ciertos criterios que se siguen en los juzgados de familia del país que llamaron la atención de quien redacta este documento puesto que contrarían lo dicho por el Tribunal de Familia en reiteradas ocasiones (como breve acotación, es importante mencionar que a continuación se dirán los nombres de los

juzgadores y el juzgado en el cual se encontraban resolviendo al momento que el autor citado realizó la entrevista).

El supraindicado transcribe las palabras del Juez Alvarado Arias, Wálter del Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José; y dice:

“(…) la primera venta o remate tiene que hacerse, por el valor total del bien ganancial, si fracasa, se realizará la segunda venta con un rebajo a la base de un veinticinco por ciento y si este fracasara, se realizará el tercer remate con una base inicial del veinticinco por ciento del valor neto del bien. Aclaró que la ejecutante nunca puede adjudicarse el inmueble en el caso eventual que el tercer remate fracasare, porque se estaría frente a un abuso del derecho (…).

Asimismo, este señala el criterio del Juez Valverde Granados, Carlos del Juzgado de Familia de Heredia, que consiste en:

“(…) las rebajas a la base no van a aplicar a menos que las partes acepten de manera consensual que se rebaje la base y que ambas asuman de manera proporcional la pérdida. En igual forma, indica que también puede realizarse rebajas a la base siempre y cuando una parte acepte de manera unilateral dicha pérdida (…).”

En contraposición, la jueza Arce Ihabadjén, Valeria del Juzgado Primero del I Circuito Judicial de San José, indicó:

“(…) hay que buscar opciones y que tiene claro de que no se está frente a obligaciones civiles, por eso puede aplicarse la Ley de Cobro Judicial, pero haciendo algunos correctivos y que también en algunos casos hay que apartarse de la aplicación de la misma. Manifiesta que en su Despacho Judicial nunca se ha llegado a la subsistencia de un remate, lo cual sería una gran cosa, porque por lo menos se le giraría algo a las partes que están solicitando el remate.”

En ese mismo sentido, la jueza Escobar Vega, Johanna del Juzgado de Familia del I Circuito Judicial de Alajuela manifestó lo siguiente:

“ (...)en su Juzgado, trata de hacerse conciencia a las partes sobre lo difícil que hace venderse un bien ganancial en su valor total y que, por ello, en la mayoría de los casos las partes arriban a un acuerdo que le es beneficioso para ambos. De lo contrario, si no hay acuerdo entre partes se señalan los tres remates (...).”

Entonces, pese a que el Tribunal de Familia ya ha señalado vía jurisprudencial cuál criterio se debe aplicar para dirimir controversias de esta naturaleza, cabe la posibilidad de que en la actualidad algunos juzgados no coincidan con esos lineamientos y en la práctica efectúen las tres rebajas a la base en caso de remate fracasado.

Y sobre esto, es vital tener claro que no todas las resoluciones dictadas por los jueces de familia en primera instancia se apelan debido a la mora judicial, el desgaste emocional que implica sobrellevar un proceso sobre todo de esta índole, la inversión económica en cuanto a honorarios y costas procesales así como el tiempo que se debe emplear; de manera que no todos los asuntos se elevan al aquem o Tribunal de Familia.

### **CAPÍTULO III: Marco Metodológico**

Como pieza fundamental en la elaboración de documentos de investigación y análisis se encuentran los métodos utilizados para el cumplimiento de los objetivos durante su realización. Es por lo anterior que en el presente capítulo se expondrán los aspectos metodológicos aplicados durante el proceso, mismos que formaron la estructura sobre la que se realiza la presente investigación.

#### **Enfoque utilizado**

El enfoque utilizado en el estudio en cuestión es el cualitativo, ya que es este método el que permitirá canalizar la manera en la que se pretende obtener información, así como su posterior interpretación.

El presente se selecciona cuando el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados ya que el enfoque cualitativo es recomendable cuando el tema del estudio ha sido poco explorado o no se ha hecho investigación al respecto en ningún grupo específico (Marshall, C y Preissle, G, 1995).

Este proceso inicia con la idea de investigación, es por lo anterior que se utiliza el enfoque cualitativo en el presente documento, puesto a que busca diagnosticar la eficacia entre la legislación costarricense con la cual se regula el tema la de liquidación de bienes declarados gananciales actualmente con la que se pretende introducir según el proyecto de ley bajo el expediente 19.455 (Código Procesal de Familia).

Aunado a lo anterior el presente enfoque facilitará resolver el problema planteado en este análisis debido a que el conocimiento producido u obtenido de otros estudios proporcionará para la investigación científica actual los datos suficientes para desembocar en determinada conclusión pero para ello se explorarán datos que ya han sido establecidos o lo que es lo mismo teoría que ya ha sido fundamentada; no obstante, cabe destacar que para la presente no se requerirá de la interpretación de estadísticas preexistentes sino un estudio documental.

Sobre esto, Blasco y Pérez para su búsqueda “Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte: ampliando horizontes” (2007, p. 25) han dicho:

La investigación cualitativa se plantea que observadores competentes y cualificados puedan informar con objetividad, claridad y precisión acerca de sus propias observaciones del mundo social. Ello supone la aproximación al sujeto que está en un mundo real para que nos ofrezca información sobre sus experiencias, opiniones, valores, etc., en un ámbito del saber determinado. El investigador debe ahora buscar un método que le permita exponer de forma clara y fiable, las observaciones realizadas por él sobre experiencias de otros sujetos.

Partiendo de la definición brindada por los citados autores se puede manifestar que efectivamente el presente es el método adecuado para el tema planteado por quien redacta, debido a que la finalidad de la misma es realizar un contraste entre la normativa que se aplica hoy en día en relación a la ejecución de bienes gananciales a la que se aplicará una vez aprobado el CPF , esto con el propósito de verificar de acuerdo al conocimiento y las percepciones de los entrevistados si dicho cuerpo normativo puede suplir las necesidades existentes dentro de la norma en torno a este tópico y si establece un medio idóneo y tasado por ley para liquidar el patrimonio declarado ganancial que no vulnere los intereses de las partes involucradas en el conflicto.

### **Tipo de investigación**

En el presente documento se pretende diagnosticar un tema o problema de investigación poco estudiado, por lo que se espera aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos.

Es por lo anterior, que el tipo de investigación a utilizar es el exploratorio. El autor Daniel Cauas, en su libro titulado “Elementos para la elaboración y ejecución de un proyecto de investigación” expresa lo siguiente con respecto al tipo de investigación exploratoria;

Este tipo de investigación, procura un avance en el conocimiento de un fenómeno, con el propósito de precisar mejor un problema de investigación o para poder generar hipótesis. Por esto, este esquema de investigación debe ser flexible a fin de permitir la reconsideración de distintos aspectos del fenómeno, a medida que se avanza.

Su metodología contempla esencialmente dos tipos de acciones:

- Estudio de la documentación;
- Contactos directos”

La primera de ellas se refiere a la reconstrucción del trabajo realizado: revisión de archivos, informes, estudios y todo tipo de documentos o publicaciones. Los contactos directos con la problemática a estudiar se pueden realizar después o simultáneamente con la revisión de la documentación. (Cauas, D s.f)

Como se puede dilucidar a partir del planteamiento de los objetivos el presente estudio será meramente explicativo o exploratorio, esto en virtud de que la intención de quien redacta es enlazar varias teorías desarrolladas a través de la doctrina, jurisprudencia, el ordenamiento jurídico, y el criterio de los entrevistados así como la valoración de la propuesta del CPF en relación a la ejecución de bienes gananciales; todo esto con la finalidad de exponer una única teoría basada en conocimientos que ya existen.

### **Diseño / Método**

Según el autor Hernández Sampieri en la sexta edición de su libro “La metodología de la investigación”, el diseño o método debe visualizar la manera práctica y concreta de resolver el planteamiento del problema de la investigación, además de cumplir con los objetivos fijados”. Cabe mencionar que el término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema.

En el presente documento la autora utiliza el diseño para aportar evidencias respecto de los lineamientos de la investigación, mismo será de investigación – acción, por su índole cualitativa.

Según McKernan en su obra “Investigación – acción y curriculum”, la investigación acción es la investigación de los profesionales en ejercicio para resolver sus propios problemas y mejorar su práctica. Textualmente mencionando los propósitos y momentos de la investigación acción rescata:

“• El último propósito de la investigación acción es comprender y comprender es la base de la acción para la mejora.

- La investigación acción ha intentado hacer comprensible el problemático mundo social y además mejorar la calidad de vida en los ambientes en los que se relaciona.

- La validez de los conceptos, los modelos y los resultados que genera depende no tanto de las pruebas de verdad, como de su utilidad al ayudar a los profesionales a actuar de manera más efectiva, más capaz e inteligente.

- Un pilar de la investigación acción es que los participantes que experimentan el problema son los que mejor estudian e investigan los entornos naturales.

- La investigación es investigación acción en la medida en que puede resolver problemas prácticos.”

Es por lo anteriormente mencionado que en el presente se aplicará un diseño de investigación-acción. En otras palabras, en relación al tema que se ocupa en la actual investigación, surge la necesidad de constatar en primera instancia que hoy en día no existe una regulación expresa en cuanto al procedimiento para liquidar bienes gananciales; y es a causa de ello que de forma análoga se ha utilizado la LCJ, así que el propósito de quien lleva a cabo este estudio es determinar si con la creación del CPF se consigna el remate en las condiciones adecuadas para evitar caer en abusos del derecho y vulnerar el principio de igualdad entre los cónyuges.

## **Muestra de la investigación**

La muestra en una investigación es fundamental para el éxito de la misma. Según lo mencionado por Hernández Sampieri en el libro anteriormente descrito;

La metodología cualitativa permite entender cómo los participantes de una investigación perciben los acontecimientos. La variedad de sus métodos, reflejan la perspectiva de aquel que vive el fenómeno. El uso de esta aproximación es de carácter inductivo y sugiere que, a partir de un fenómeno dado, se puede encontrar similitudes en otro, permitiendo entender procesos, cambios y experiencias.

En la presente se consultarán a una muestra de dos expertos, 1 Juez y 1 Litigante, mismos que se especialicen en materia de familia puesto que se considera que las personas a entrevistar son las más idóneas para la investigación en virtud de que permanecen en constante contacto con asuntos de esta índole; los cuales cabe destacar, son de naturaleza sensible y deben ser valorados por los juzgadores y litigantes especializados basados en un criterio no tan formalista para evitar desproteger o causar perjuicios a las partes.

Es importante considerar que estos cuentan con el conocimiento que dan los años ante el ejercicio constante de la profesión y la especialización técnica. Esta pequeña muestra pretende ligar las percepciones de los sujetos a los que por su labor basan sus criterios de forma tanto objetiva como subjetiva.

## **Unidades de Análisis o Variables**

Las unidades de análisis o variables muestran la razón que categoriza los objetivos planteados en la presente investigación para analizar los puntos más relevantes que se toman como base de la estructura del documento.

- Primera unidad de análisis: “Familia”.
- Segunda unidad de análisis: “Regímenes patrimoniales de la sociedad marital”
- Tercera unidad de análisis: “Código Procesal de Familia”

## **Instrumentos**

Una vez que se selecciona el diseño de investigación apropiado y la muestra adecuada de acuerdo al planteamiento del problema, la siguiente etapa implica describir los instrumentos para la recolección de los datos pertinentes sobre los atributos, conceptos o variables de las unidades de análisis.

### Recolección de datos:

Recolectar los datos implica elaborar un plan detallado de procedimientos que conduzcan a reunir datos con un propósito específico. (Hernández S, 2015)

En la presente investigación se encuentra como parte fundamental la descripción del instrumento que se aplicará para el proceso de recolección de información, misma corresponda en esta ocasión a la entrevista.

### La entrevista:

De acuerdo el Diccionario Larousse, el verbo entrevistar se define como: “Mantener una conversación con una persona para divulgar sus respuestas”.

### Entrevista semiestructurada:

Según Denzin y Lincoln 2005 sobre la entrevista semiestructurada:

“El investigador antes de la entrevista se prepara un guión temático sobre lo que quiere que se hable con el informante.

Las preguntas que se realizan son abiertas.

El investigador debe mantener la atención suficiente como para introducir en las respuestas del informante los temas que son de interés para el estudio, enlazando la conversación de una forma natural.”

### Análisis de la información:

Para Hernández Sampieri, R. (2014, p. 418) esta fase del proceso investigativo consiste en:

En el análisis de los datos, la acción esencial consiste en que recibimos datos no estructurados, a los cuales nosotros les proporcionamos una estructura. Los datos son muy variados, pero en esencia consisten en observaciones del investigador y narraciones de los participantes (...).

Los propósitos centrales del análisis cualitativo son: 1) explorar los datos, 2) imponerles una estructura (organizándolos en unidades y categorías), 3) describir las experiencias de los participantes según su óptica, lenguaje y expresiones; 4) descubrir los conceptos, categorías, temas y patrones presentes en los datos, así como sus vínculos, a fin de otorgarles sentido, interpretarlos y explicarlos en función del planteamiento del problema; 5) comprender en profundidad el contexto que rodea a los datos, 6) reconstruir hechos e historias, 7) vincular los resultados con el conocimiento disponible y 8) generar una teoría fundamentada en los datos.

Una vez desarrollado esos términos, la presente considera que el instrumento adecuado para recabar dicha fuente de conocimientos, es la entrevista semiestructurada, toda vez que se pretende conseguir información brindada por los expertos no a través de preguntas cerradas, sino, por medio de interrogantes que permitan obtener a partir de una sola pregunta varios datos de interés para la investigación.

### **Método de análisis**

Para ejecutar este estudio se requerirá del método de factorización, mismo que es definido por Hernández Sampieri, R. (2014, p. 426) de la siguiente manera:

(...) identificar unidades de significado, categorizarlas y asignarles códigos a las categorías (...).los códigos surgen de los datos (más precisamente, de los segmentos de datos): los datos van mostrándose y los “capturamos” en categorías (...); para comenzar a revelar significados potenciales y desarrollar ideas, conceptos e hipótesis; vamos comprendiendo lo que sucede con los datos

(empezamos a generar un sentido de entendimiento respecto al planteamiento del problema).

Entonces, a partir de las unidades de análisis que son tomadas de los objetivos específicos que a su vez se encuentran desarrollados en el marco teórico; se planteará un instrumento a través de cual se obtendrán diversos datos de interés para esta investigación, es decir, datos relacionados con la ejecución de bienes gananciales según la experiencia y conocimiento de los expertos que servirán para la muestra. Dichos datos, se categorizarán con la finalidad de describirlos, analizarlos e interpretarlos para dar respuesta al problema planteado, es decir: ¿Existe un medio idóneo para la ejecución de la liquidación de bienes declarados gananciales de acuerdo al CPF?

## **CAPÍTULO IV: Análisis de Resultados**

En el presente apartado se pretende desarrollar y fundamentar las categorías que funcionen como raíces de las unidades de análisis descritas anteriormente tomando como referencia el enfoque seleccionado para la realización de este estudio, en otras palabras, aquel que se refiere al análisis cualitativo de los datos recolectados por medio del instrumento aplicado.

Sin embargo, dichas unidades de análisis deben codificarse para así plantear las incógnitas que podrán responder el problema que da lugar a la actual investigación. Además, cabe destacar que las interrogantes serán respondidas por dos expertos en la materia cuyo perfil será el de un juez del Tribunal de Familia y un litigante con experticia en esta área.

Sobre lo anterior Hernández, Sampieri ha dicho (2014, p.419): “En ciertos estudios es necesaria la opinión de expertos en un tema. Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios para generar hipótesis más precisas o la materia prima del diseño de cuestionarios.”

Teniendo eso claro, las unidades de análisis muestran la razón que categoriza los objetivos planteados en la presente investigación para analizar los puntos más relevantes que se toman como base de la estructura del documento. Es por esto que seguidamente se justificará debidamente cada una de ellas con sus respectivas categorías, elaborando posteriormente la triangulación de la información, es decir, se analizará la información recabada, las respuestas obtenidas por parte de los sujetos a entrevistar con experticia o conocimiento en la materia y por último el criterio de la presente.

Siendo así, se procederá a conceptualizar cada una de las unidades de análisis elegidas tomando como referencia la teoría aportada en el II Capítulo de la presente investigación.

### **Clasificación de la información, descripción, análisis e interpretación de las variables según el marco de referencia.**

Hernández Sampieri (2016, p. 396) indicó:

“Se recogen datos —en la muestra inicial— de una unidad de análisis o caso y se analizan.

Simultáneamente se evalúa si la unidad es apropiada de acuerdo con el planteamiento del problema y la definición de la muestra inicial. Se recolectan datos de una segunda unidad y se analizan, se vuelve a considerar si esta unidad es adecuada (...); y así sucesivamente.”

De acuerdo a lo anterior, el autor supracitado indica las pautas a seguir para obtener una adecuada recolección de datos, mismos que se obtendrán a partir de entrevistas semiestructuradas.

De manera que en este apartado se podrán observar las distintas respuestas brindadas por los expertos, esto de conformidad con las interrogantes planteadas que pretenden resolver los objetivos edificados en el presente estudio. Cabe reiterar, que dichas preguntas parten de las unidades de análisis previamente seleccionadas y debidamente citadas en el Capítulo III: Marco Metodológico de esta investigación; aunado a los hallazgos se analizará la información cotejando los datos reunidos en el Capítulo II del actual estudio junto con el criterio profesional de la presente realizando así una triangulación de la información.

### **Derecho de familia**

Es de gran importancia recordar que la interpretación de la norma en el derecho de familia no puede ser severa e implacable debido a la índole de los conflictos que muchas veces se llevan a la jurisdicción de familia para que sea esta entidad quien dirima sobre el mismo; incluso, el Tribunal de Familia en resolución N° 01114 – 2015 en lo conducente hizo el siguiente aporte:

“(…) los Jueces y las Juezas cuentan con amplios poderes para conducir el proceso y tienen el deber de resolver las pretensiones de las partes, sin que tengan que sujetarse estrictamente a la literalidad exacta, sino que cuentan con un margen de discrecionalidad que les permite tomar sus decisiones de forma más flexible, y no con la rigurosa congruencia que sí es exigible -y razonable- en otras materias (...).”

### **A. Familia**

En esta subcategoría, es importante definir ¿Qué es familia? El Dr. Sergio Ramírez Acuña en su libro Derecho de Familia (2013, pp. 13-15) señala que esta figura ha existido desde mucho tiempo atrás, que así esta ha sido objeto de la evolución; en otras palabras, a través de los años y de diversos hitos históricos el concepto de familia ha variado.

Siguiendo ese hilo conductor, el citado autor (2013, p.18) invoca a Belluscio quien a su vez nombra a Zannoni para manifestar que la familia desde el punto de vista legal es el: “Conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”. Asimismo, este destaca que al parecer dicha premisa establece el requerimiento de un elemento biológico para determinar el parentesco y excluye otros parientes (por afinidad o legal como lo es la adopción).

Ossorio Manuel (pp.407- 408) define familia en un sentido estricto de la siguiente manera: “(...) en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad.”

Aunado a todo lo anterior, en esta posición los expertos entrevistados basándose en su experticia desarrollan el término “familia” para luego por derivación comprender el concepto “pareja” y los matices que esta figura construida a nivel social requiere para producir consecuencias jurídicas; esta última definición para lo conducente es realmente fundamental porque al hablar de gananciales se presume la existencia de una relación marital..-

Entonces, para sostener las teorías antes citadas se les solicitó a los entrevistados que elaboraran una definición desde una perspectiva jurídica de dichos términos; y según el Juez de Tribunal de Familia Mauricio Chacón Jiménez, quien a continuación será llamado “Experto A” (2018, comunicación personal):

“Lo primero es definir que no es familia, familia no es un concepto jurídico ya que el derecho no la crea ni estipula qué tipo de características debe tener una

relación familiar para considerarse como tal. De manera que el concepto de familia es un concepto histórico, antropológico y social, (...).

Así las cosas, familia no es un término jurídico sino una realidad social que debe legislarse (...) puede identificarse como el vínculo que existe entre dos o más personas unidas por relaciones de parejas o filiatorios, donde no se puede hablar de un concepto estricto de pareja (matrimonio) sino que se deben incluir otros vínculos también de carácter afectivo como las uniones fácticas o de hecho.

Sin embargo, ambas coinciden en la vida en común, en la relación afectiva, emocional, estable y sexual; de la cual pueden nacer menores (...).

Ahora, con la regulación del matrimonio (...) a diferencia de la unión de hecho produce efectos jurídicos inmediatos porque no solo es un acto constitutivo de la voluntad sino que se instrumentaliza para hacerla oponible frente a terceros. Por lo tanto, la ley fija los requisitos taxativos para determinar qué es un matrimonio, que es una unión legal y formal desde sus inicios; por el contrario, la unión de hecho es precisamente eso, un vínculo fáctico y una realidad material pero no formal (...)

Ahora, como se dijo el matrimonio produce efectos jurídicos inmediatos; la unión de hecho no pero para lograr determinar su existencia se deben dar una serie de requisitos o condiciones todas estipuladas por la ley (...).

Ahora bien, los requisitos antes citados que se contemplan en el ordenamiento son exigidos para producir efectos patrimoniales, con esto quiero traer a colación que no precisamente estas exigencias aplican en otras áreas (...).”

Por otro lado, el MSc. Giovanni Cavallini Barquero (en lo que sigue denominado “Experto B”), abogado litigante en materia de familia; lo definió del siguiente modo (2018, comunicación personal):

“Hace unos años un par de trabajadoras sociales del Poder Judicial establecieron el concepto: La familia es un grupo social integrado por varias personas unidas

por un vínculo de afinidad, parentesco, simpatía, o intereses comunes. Que tienen una economía compartida y vida cotidiana. Esa es la definición más fuerte de familia considero yo.

Pero la familia en sentido estricto (padre, madre e hijos) es la familia tradicional, es un modelo, no es la familia en sí; (...).

Ahora bien, la pareja son dos personas que tienen elementos de afinidad, afectivos y sexuales, estos además visualizan la construcción de un proyecto común y economía compartida.

Por otro lado, es importante explicar que de la pareja se derivan el matrimonio y la unión de hecho; por consiguiente estos actos pueden desencadenar una serie de efectos pero entre los efectos que produce el matrimonio al ser una institución ya reconocida, simple y sencillamente el primero es que es erga omnes, en virtud de ello se inscribe para que cualquiera pueda identificar quién es el esposo u esposa.

Esa es una de las diferencias que tiene el matrimonio de la unión de hecho, en lo demás son exactamente iguales; otra distinción entre ambas figuras es que para el matrimonio se otorga un efecto patrimonial desde la constitución del vínculo.”

Se puede visualizar cómo los entrevistados coinciden de manera amplia en la contextualización de dichas instituciones, no obstante, el “Experto A” hizo verdadero hincapié en que ambos conceptos no eran términos jurídicos sino que eran un fenómeno social que el derecho debe regular.

Ahora bien, la presente coincide con el primer entrevistado en el extremo que dichas fenomenologías se tratan de conceptos jurídicos indeterminados toda vez que la percepción social de las figuras se encuentran en constante transformación de acuerdo al contexto sociocultural en el cual se desarrollen.

Sin embargo, se puede decir que aunque no exista una definición precisa y única para ambas instituciones con los aportes realizados por los entrevistados así como la información contenida en las fuentes doctrinarias citadas estos pueden encontrarse un poco más claros, al menos para los efectos que interesan en la actual investigación.

Y es por ello que se debe recordar que en virtud del tema planteado en este estudio, se debe partir del concepto de familia y pareja en sentido estricto; en otras palabras, aquellos núcleos conformados por vínculos de afinidad entre hombre y mujer (matrimonio o unión de hecho), lo anterior por cuanto la norma actual exige una serie de requisitos tanto para que el matrimonio sea válido como para que la unión de hecho surta efectos patrimoniales.

### ***B. Principio de igualdad entre los cónyuges***

En esta sección se desarrollará el principio de igualdad entre los cónyuges, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 de la Constitución Política. El anterior numeral, en síntesis dispone que el matrimonio es la base esencial de la familia y que los cónyuges poseen los mismos derechos y obligaciones frente a terceros como entre sí, a excepción del artículo 35 del CF en cual aún se conserva la idea del legislador quien quiso plasmar que el principal obligado a sufragar los gastos del hogar es el cónyuge masculino; normativa que a pesar de continuar vigente el mayor aporte lo realiza la cónyuge femenina.

Para sostener lo anterior, se cita nuevamente a Ossorio Manuel (s.f., p. 470) quien define igualdad como:

(...) cuando en términos de Derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades.

En ese orden de ideas, esta máxima también ha sido desarrollada jurisprudencialmente y sobre esto la Sala II en voto N° 01031- 2015 ha dicho: “Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente”.

Sin embargo, siguiendo el método propuesto para esta investigación los eruditos que sirvieron de muestra para arrojar los hallazgos de este estudio deberán explicar en qué consiste dicho principio y destacar su importancia, especialmente en relación a la liquidación de bienes gananciales en sede judicial.

En concordancia con la tesis desarrollada por la Sala en cuestión y las anteriores interrogantes, el “Experto A” (2018, comunicación personal) menciona:

“Lo primero que hay que saber es que el principio de igualdad aplica en aquellas situaciones entre iguales; por otro lado, aplicar el principio de igualdad cuando el conflicto no es entre personas iguales se producen lesiones a la máxima y esto es fundamental entenderlo y lo ha dicho la Sala Constitucional un millón de veces.

Por ejemplo, en gananciales el dueño del bien ejerce un derecho de propiedad, el otro (que no es dueño) respecto de ese bien lo que tiene es un derecho personal de crédito a participar en el valor neto de ese bien; por lo tanto, son posiciones jurídicas distintas y no podemos aquí hablar de un derecho de igualdad porque el derecho de “A” es a la propiedad y el de “B” es al crédito (no hay igualdad tampoco).

Por decir algo, lo que no se puede visualizar es que el cónyuge o conviviente tenga menos derecho a participar en gananciales en virtud del género, (...).

(...) el juzgador jamás puede a su discreción y basándose en las circunstancias propias del conflicto calcular el porcentaje de participación debido a que para ello la ley señala el grado de participación indiscriminadamente de las aristas del caso y es allí cuando se configura en su totalidad la igualdad entre los cónyuges o convivientes.

(...) en segunda instancia si se respeta el principio en su totalidad pero muchos de los jueces de primera instancia están confundiendo igualdad en donde no aplica; por ejemplo: los dos tienen derecho a participar en gananciales del valor

neto de la finca pero ¿Por qué el dueño tiene derecho a participar de un crédito? ¿Quién le paga? Ese razonamiento en el Tribunal no tiene cabida.”

Por su parte el “Experto B” señaló con respecto a este principio (2018, comunicación personal) lo siguiente:

“El principio es bastante interesante porque consiste en no crear ninguna discriminación en cuanto los derechos y responsabilidades que cada uno de los miembros de la pareja tienen entre sí, o sea son simplemente iguales, esto porque ambos están en igualdad de condiciones en determinado plano.

Este principio de igualdad entre los cónyuges en referencia a los efectos patrimoniales es muy sencillo, porque indiferentemente de las circunstancias ambos tienen derecho a participar en un cincuenta por ciento del valor neto constatado en el patrimonio de la contraparte. Porque recuerde que la igualdad es tratar como iguales a aquellos que lo son, pero en la condición.

Incluso, considero que este principio en el proceso ordinario se procesa como el derecho a participar a gananciales y en fase de ejecución se otorga lo que corresponde; no obstante, en cualquier estado del proceso los jueces pueden generar menoscabos al determinar un bien como ganancial cuando no lo es, o cuando ordena el remate generándole la pérdida del bien al titular y con una deuda no solo al banco (en caso de hipoteca) sino a la contraparte y peor aun cuando se ordena el remate con las distintas rebajas que indica la LCJ.”

Ante lo citado, se puede observar que los entrevistados concuerdan en cuanto a que para considerar la existencia de igualdad las partes deben encontrarse en idénticas condiciones; ya que de lo contrario el principio como tal no tendría sentido y aplicarlo podría traer menoscabos a colación de carácter económico patrimonial.

Tal como se puede visualizar en el ejemplo planteado por el “Experto A” en lo referente al derecho de copropiedad y el de gananciales, pues al ser estos derechos de

distinta naturaleza y pese a que medien cónyuges o convivientes hay que determinar en qué plano se va a aplicar dicha igualdad.

Sin embargo, con referencia a los efectos patrimoniales que producen tanto el matrimonio como la unión de hecho reconocida se establece como efecto el derecho a participar en gananciales (siempre que los bienes tengan esa condición) indiferentemente de la razón que motiva la separación o liquidación de los bienes.

Así puestas las cosas, quien redacta de conformidad con los criterios jurisprudenciales, doctrinarios y los aportes realizados por los interpelados considera que el principio de igualdad entre los cónyuges aplicado a la materia de ganancialidad en sede judicial se trata de un principio objetivo que viene preestablecido por ley.

Ahora bien, es importante rescatar que dicho principio en el campo que se pretende dilucidar no es tan complejo de comprender toda vez que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho que posee cada uno de los cónyuges a participar en un 50% del valor neto del patrimonio constatado en el respectivo dominio; sin embargo, hay que tener presente que no se trata de rematar todo el haber patrimonial declarado como ganancial al amparo del principio de “igualdad entre los cónyuges”, ya que la norma no puede ser tan ilógica de provocar un desapoderamiento a las partes involucradas. Siendo el caso que ambas partes tienen bienes que entran en el régimen de gananciales se puede utilizar la figura de la compensación.

Y de conformidad con lo indicado por los dos entrevistados el principio per se tiene sentido aplicarlo cuando se enfrenten personas en igualdad de condiciones. Es por lo anterior, que se concluye que hay que determinar de manera muy precisa en qué contexto se pretende aplicar dicho principio; por ejemplo: este principio aplicado a la materia en estudio quiere decir que ante cualquier circunstancia jurídica no se hará diferenciación alguna al momento de distribuir derechos y obligaciones; justo como sucede al momento de disolverse el matrimonio o la convivencia, pues ante ausencia de acuerdo se deben repartir los bienes adquiridos durante la unión de forma alícuota puesto que estos se consideran gananciales.

## **Regímenes patrimoniales de la sociedad marital**

Del segundo objetivo específico se desprende la supraindicada unidad de análisis o variable, de la cual en el capítulo II de la presente investigación se indicó que dentro de los regímenes de participación ganancial existen dos sistemas para que el mismo adquiera eficacia jurídica, estos son: el convencional y el legal.

En ese orden de ideas, a partir de la citada variable se desprende que existen dos formas de ejecutar el haber patrimonial ganancial, que son: mediante convenio, es decir, liquidando el patrimonio de la sociedad marital siguiendo los lineamientos o pautas establecidos en el acuerdo suscrito por la pareja en las capitulaciones matrimoniales, en el acuerdo de divorcio (en el caso de los matrimonios), conciliación, etcétera; o en su defecto, siguiendo los parámetros impuestos por la autoridad jurisdiccional de acuerdo a los criterios normativos, jurisprudenciales y de la sana crítica.

Sin embargo, para desarrollar las incógnitas se extraerán de dichos sistemas las figuras de capitulaciones matrimoniales y el régimen de participación ganancial, para que los entrevistados argumenten de manera precisa las diferencias entre ambas instituciones y así sean totalmente visibles para quien tenga interés.

### ***A. Capitulaciones matrimoniales***

Para el autor Ramírez Acuña, S. (2013, p. 131) es una de las tantas variaciones contractuales que existen en el derecho, dicho contrato se puede celebrar antes o durante el matrimonio; este se encuentra destinado a regular el patrimonio de los cónyuges o futuros consortes. Es importante saber, que uno de los requisitos formales de este negocio jurídico es que se establezca ante notario y por medio de escritura pública; dentro de ese instrumento público se consignarán aspectos como la administración, disposición y distribución de los bienes.

Así puestas las cosas, en el siguiente apartado se pretende conocer la forma mediante la cual clasifican los entrevistados los regímenes para distribuir los bienes adquiridos durante el matrimonio o la convivencia; asimismo a estos se les cuestionó sobre la importancia que pueden tener las capitulaciones matrimoniales tanto a nivel jurídico como entre las partes.

Sobre lo anterior el “Experto A” (2018, comunicación personal) indica que existen dos sistemas que son el convencional y el legal, pero estos a su vez estos se desmenuzan en distintas variaciones; sobre esto él expone:

“El régimen convencional que se subdivide en: capitulaciones, convenio de divorcio, conciliación, acuerdo que no sigue las formalidades (yo sostengo la tesis que las formalidades son para efectos de terceros pero no entre cónyuges, porque de conformidad al CC el contrato es ley inter partes y siguiendo esa línea los cónyuges o convivientes pueden pactar en un contrato cómo van a disponer de los bienes habidos en la unión, incluso el contrato puede ser verbal siempre que este sea demostrable).

El otro escenario es cuando no hay consenso, entra la ley a regular la situación (...)

Cabe destacar, que los convivientes también pueden comparecer ante notario para realizar capitulaciones matrimoniales o si lo desean hasta un contrato de comunidad plena (lo suyo es mío y lo mío es suyo) e inscribirlo, es perfectamente posible.”

Por su parte, el “Experto B” (2018, comunicación personal) argumenta sobre este instituto jurídico lo siguiente:

“Referente a la manera de disponer de los bienes adquiridos durante a la unión, hay dos formas: por convenio como las capitulaciones, el divorcio, conciliación, etcétera; o bien, a falta de acuerdo mediante las estipulaciones de la ley.

(...), para mí las capitulaciones matrimoniales son lo ideal, pero este convenio socialmente tiene una connotación negativa para la ciudadanía porque lo perciben como una condición de término para el matrimonio pero no ven que es un instituto bastante amigable para ahorrar futuros problemas de carácter económico, resuelve la distribución de los bienes, etcétera.”

Ante los fundamentos planteados por los interrogados se logra dilucidar de manera muy evidente que estos coinciden en la manera de clasificar los sistemas de distribución de los bienes adquiridos durante el vínculo; por otro lado, el “Experto B” sí destacó de acuerdo a su criterio la importancia de esta figura la cual básicamente resumió en términos de menor complejidad y costo en comparación a un proceso de carácter contencioso.

En ese orden de ideas, tomando como punto de partida el marco teórico y las respuestas brindadas la presente considera que efectivamente la norma reconoce varios sistemas para disponer del patrimonio adquirido durante el vínculo; para eso basta referirse a los numerales 37 al 41 del CF.

Ahora bien, dentro de la actividad contractual la misma norma reconoce el régimen de capitulaciones matrimoniales, que no es más que un medio idóneo para plasmar la voluntad en cuanto a la forma de distribuir los bienes que los futuros contrayentes, o bien, de los que ya esposos adquieran durante la unión. Además, quien redacta considera que las capitulaciones (régimen de separación de bienes) efectivamente son el medio ideal para distribuir el patrimonio toda vez que permite la libre disposición de este sin contar con el permiso del otro cónyuge, hay cómoda división del patrimonio ante el divorcio, en caso de existir deudas de uno de los miembros de la pareja no se pone en riesgo el patrimonio familiar sino el personal del cónyuge deudor e incluso se evitan las costas procesales y personales que generan un proceso judicial para la liquidación de bienes gananciales así como la inversión de tiempo.

Por último, sacando a relucir la tesis del “Experto A” en cuanto a que los convivientes también pueden suscribir un acuerdo de separación de bienes o capitulaciones matrimoniales; la presente debe coincidir totalmente con el entrevistado, toda vez que partiendo del criterio de que los convenios son el instrumento mediante el cual se perfecciona la voluntad de las partes y que de conformidad con el ordinal 1022 del Código Civil los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes, las partes de igual manera están compelidas a cumplir lo pactado por ellas y al tratarse de actividad privada que depende enteramente de la autonomía de la voluntad no debe existir impedimento para que

quienes viven en unión de hecho puedan comparecer ante un notario público y suscribir dicho acuerdo.

### ***B. Régimen ganancial***

Ramírez Acuña, S. (2013, p. 134) cita el Voto N° 278-1998 dictado al ser las diez horas con diez minutos del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por la Sala II para insistir en lo siguiente:

“El carácter ganancial de un bien, se presume respecto de aquellos que han sido adquiridos durante la vigencia plena del matrimonio; pues se considera que se han obtenido en virtud del esfuerzo conjunto de ambos cónyuges.”

Otro punto a destacar, que también es mencionado por el Dr. Ramírez (2013, p.136) es que el “valor neto” al que tiene derecho a participar el cónyuge en el patrimonio del otro, es aquel disponible y libre una vez canceladas las deudas u obligaciones de otra índole distinta a la ganancialidad y de orden preferente, tales como las garantías reales sobre bienes muebles e inmuebles.

Ahora bien, en esta sección se procederá a interpretar y analizar de acuerdo a los argumentos de los expertos que sirven de muestra para la presente investigación y a la teoría recabada en el Capítulo II de este estudio lo referente al régimen ganancial; para ello se interpeló a los sujetos para que estos indicaran cómo definirían el derecho a participar en gananciales y ante cuáles circunstancias se utiliza dicho sistema para distribuir los bienes declarados como tales.

En relación a lo citado, el “Experto A” manifestó (2018, comunicación personal):

“El otro escenario es cuando no hay consenso, (...) el otro régimen legal es el de participación en gananciales, este se produce cuando termina el matrimonio (por muerte, matrimonio, nulidad y separación judicial) y aparte de ser un régimen supletorio es diferido.

(...) el derecho de participación de gananciales no es a la mitad de la cosa sino a la mitad del valor neto del bien ganancial que está constatado en el patrimonio del otro (...)

Antes de determinar el derecho a participar en gananciales primero se debe identificar cuáles son los bienes gananciales, que son todos aquellos que conforman el patrimonio de una persona a excepción de los cinco casos que establece el CF, ahora, si se llega a obtener esa condición de ganancialidad hay derecho a participar.”

Por otra parte, el “Experto B” (2018, comunicación personal) indicó de manera literal un punto importante y es que en este régimen a diferencia de las capitulaciones matrimoniales es necesaria la intervención de un juzgador para que este determine la ganancialidad de los bienes que se disputan; sin embargo léase lo manifestado por su persona:

“(...) el régimen de participación ganancial de acuerdo a don Gerardo Trejos es el derecho que tengo yo a participar en los bienes de mi pareja (...).

Además, hay que tomar en cuenta que en el régimen de participación ganancial quien toma la decisión es un juez ante la presencia de un conflicto y este lo va a hacer al amparo de la norma y puede que la manera en la cual la ley determina qué se debe considerar ganancial y la forma de liquidarlo a las partes no les parezca del todo satisfactorio.”

De todo lo citado se puede colegir que en efecto es un régimen que entra en la escena jurídica ante ausencia de acuerdo llámese este convenio capitulaciones matrimoniales, divorcio, conciliación, etc. Ahora bien, de conformidad con el ordinal 41 del CF únicamente tiene sentido disolverse la unión, o bien, de manera anticipada cuando exista mala gestión respecto del bien por una de las partes.

Por lo tanto, siguiendo ese parámetro el juez que conoce del asunto primero debe determinar mediante la vía ordinaria dentro del patrimonio de las partes cuáles son bienes

gananciales y para ello debe echar mano del CF en el artículo 41 en el cual establece las excepciones, entre ellas se encuentran: cuando la adquisición del mismo precediera la unión, los adquiridos a título gratuito o causa aleatoria (azar), los adquiridos durante la separación de hecho y los que indiquen las capitulaciones matrimoniales; sobre esto último es menester recordar que si bien dentro del acuerdo se estipula la forma de distribución del patrimonio, en caso de que un bien se adquiriera después o se omitió en su momento en el contrato este adquiere calidad de ganancial.

Siendo así, el derecho a participar en gananciales consiste en aquella facultad que posee el cónyuge o conviviente sin patrimonio o con patrimonio de menor valor a recibir el 50% del valor neto del patrimonio (aquel que adquiere durante el vínculo y a título oneroso) declarado ganancial de la contraparte; y con valor neto se refiere a aquella suma que queda disponible del producto de la subasta una vez canceladas las deudas o gastos de mantenimiento.

### **Código Procesal de Familia**

Siguiendo el anterior orden lógico, la presente autora seleccionó el proyecto de ley tramitado bajo el expediente legislativo N° 19.455 (Código Procesal de Familia) como última unidad de análisis; dicho proyecto cabe destacar se aprobó con 42 votos en primer plenario celebrado el 08 de febrero del 2018. Así las cosas, esta propuesta es de suma relevancia resaltarla en lo referente a la forma en la cual este estipula que se deben ejecutar o liquidar los bienes gananciales.

Ahora bien, hay que recordar lo dicho por los redactores amparados por la Corte Suprema de Justicia acerca del proyecto de ley en cuestión (2014, p. 7):

“Este proyecto de ley de Código Procesal de Familia, se presenta, luego de cuarenta años tanto de la promulgación del Código de Familia, como del surgimiento del primer despacho judicial especializado en la materia. Igual estamos a veinte años de que se instalara el tribunal de apelaciones de familia.

El momento actual es el propicio para aprobar una legislación procesal, pues existe una organización judicial muy consolidada y madura. Dicha organización

está compuesta por más de cien tribunales de la materia, más de doscientas personas juzgadoras que se dedican a ella. Hay esfuerzos académicos de postgrado que apuntalan la cultura jurídica del derecho familiar y procesal familiar, en los cuales se han graduado varias personas profesionales que empujan por lograr saltos cualitativos, y que están comprometidas y capacitadas para lograr un progreso en esta área tan importante. (...)

La tercera generación de los sistemas procesales familiares es aquella de mayor sofisticación y especialización que tiende a la efectivizar los derechos humanos en las relaciones familiares. En el derecho comparado hay esfuerzos que tienden hacia esta tercera generación. Pero no existe aún un sistema satisfactorio. No obstante el proyecto que ahora se presenta, resulta en suma con muchos elementos dentro del plano normativo que nos ponen en esa senda hacia la tercera generación, en un momento, como se mencionó, propicio, pues se cuenta con una infraestructura, con una experiencia acumulada de cerca de cuarenta años y de cerca de doscientos jueces y juezas esperando se apruebe esta propuesta.”

Por su parte, Sala II hace un aporte en Revista N° 6 sobre el derecho procesal de familia que en opinión de quien redacta es importante citar nuevamente (2009, pp. 45 y 46):

“(…) su autonomía viene dada por el vertiginoso cambio y evolución que la organización familiar ha experimentado. Eso ha requerido de una normativización autónoma, con sus propios criterios e instituciones, atemperado a las necesidades y exigencias de las personas en el contexto de sus relaciones familiares. (...)

Particularmente en el derecho procesal de familia, la situación ha sido difícil por cuanto son pocas las leyes de familia de carácter procesal que se encuentran vigentes de manera autónoma, o desligadas del derecho procesal civil. (...)

En ese sentido, pues, el derecho de familia, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, es una rama autónoma del derecho.”

Asimismo, los redactores de dicho artículo indican que la situación manifestada en el acápite anterior ha acentuado los rasgos que diferencian al derecho de familia (entiéndase tanto en el fondo como la forma) de las demás ramas existentes, esto en virtud de que se promueve la autonomía de la voluntad de las partes, se le da mayor cabida a los métodos que la Ley RAC contempla para solucionar divergencias de manera alterna, los criterios utilizados para tasar la prueba no son rigurosos sino flexibles, de igual manera los formalismos exigidos en otras áreas sobre la legitimación y cosa juzgada son mínimos. Incluso, dichos autores recalcan la sencillez y que debido a la naturaleza de los conflictos que en esta sede se ventilan debe fortalecerse el principio de gratuidad.

No obstante, es de carácter imperioso mencionar que en el curso de la realización de este estudio, en fecha 03 de octubre del 2018 por medio del Diario Oficial La Gaceta, Alcance N° 178 (2018, p. 2) se publicó el decreto legislativo N° 9621 denominado “Ley de Vigencia Transitoria para Procedimientos de Familia”, el cual reza lo siguiente:

“ARTÍCULO ÚNICO- Se mantendrá la vigencia de la Ley N° 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, para la tramitación exclusiva de los procesos en materia de familia, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de Familia.

Rige a partir de su publicación.

ASAMBLEA LEGISLATIVA- Aprobado el primero de octubre del 2018”

Así puestas las cosas, a partir de dicha variable la misma se puede desmembrar en dos subcategorías para efectos de obtener datos en los puntos que realmente interesan para este estudio. De manera tal que al ser tan amplia la propuesta en cuanto a los aspectos que esta pretende regular al entrar en vigencia, se debe manifestar que los puntos medulares de esta unidad de análisis son el remate y su regulación actual y por otro lado, el artículo 322 así como el Transitorio III del CPF.

#### ***A. Remate y su regulación actual***

De acuerdo a Parajeles Vindas, Gerardo (2001, p. 14):

El remate, entonces, es un acto procesal que tiene como hipótesis la existencia de una obligación, dineraria por lo general, a cargo del dueño de los bienes embargados o gravados. En materia del derecho civil de obligaciones, se afirma que los créditos surgen para ser pagados en forma natural y voluntaria, y en caso de incumplimiento el acreedor puede obtener el pago mediante la subasta o remate de los bienes del deudor. (...).

Asimismo, Ossorio M. (s.f., p. 912) cita a Couture, quien indica: “el remate es la subasta de bienes mediante puja entre los concurrentes, bajo condición implícita de aceptarse como precio la oferta mayor.”

Bajo la lupa de esas definiciones, quien redacta se planteó incógnitas con respecto a la forma en la cual se están liquidando en fase de ejecución los bienes declarados gananciales toda vez que de conformidad con la teoría recogida en el Capítulo II en la actualidad no existe norma expresa al respecto y se presentan casos en donde se está practicando el remate con sus correspondientes rebajas tal como lo estipulaba la LCJ para la ejecución de deudas dinerarias.

Sobre la mecánica del remate en sede civil para la ejecución de deudas de carácter dinerario el “Experto A” (2018, comunicación personal) explicó que se llevan a cabo del siguiente modo:

“primer remate: cien por ciento de la base sin postores, con lo cual el juez ordena la rebaja de la base a un setenta y cinco por ciento de la base y si no se presentan postores, se celebra la tercera subasta con el veinticinco por ciento (...).”

Asimismo, el supraindicado en referencia a la forma de aplicar el remate para la liquidación de bienes gananciales en sede judicial manifestó:

“Yo estoy totalmente de acuerdo con la jurisprudencia sobre cómo se deben liquidar los bienes gananciales...porque si se conoce el motivo del por qué se resuelve como se ha venido haciendo se puede llegar a la conclusión de que es

una forma efectiva para la solución del conflicto, imponer el modelo de cobro judicial de manera literal para todos los asuntos no es realista.”

Por otro lado, el “Experto B” (2018, comunicación personal) expuso:

“(…), el remate es una herramienta mediante el cual un juez saca un bien a venta judicial con el objetivo de obtener un precio y a partir de eso proceder posteriormente al pago de los créditos que existan.”

El entrevistado posteriormente trajo a colación al igual que el “Experto A”, el criterio que se ha desarrollado en el Tribunal de Familia para la ejecución de bienes declarados gananciales (mismo que también se acotó en el Capítulo II del presente estudio); y sobre esto ambos expertos coincidieron en que ya existía una construcción jurisprudencial sólida (pese a que la jurisprudencia salvo que se refiera a derechos fundamentales no es vinculante) en lo referente a dicho proceso, en el cual se ha indicado se utilizaría la LCJ pero de manera no literal, es decir, sin aplicar las rebajas a la base.

En este punto, la presente considera que es importante recordar que dicho instituto hasta octubre del 2018 se regulaba al amparo de la LCJ, misma que mediante el nuevo CPC se derogó ya que la nueva normativa tiene como propósito implementar la oralidad y la inmediatez; ahora bien, el cuerpo normativo en cuestión contempla todo lo relativo a los procesos de ejecución de deudas dinerarias, líquidas y exigibles.

Así las cosas, es sumamente relevante mencionar que la naturaleza de estos procesos consagrados en el actual cuerpo normativo deben su origen a un proceso judicial que pretende hacer efectivo el cobro de una obligación dineraria, líquida y exigible por medio de un monitorio, o bien, a través de un proceso de ejecución hipotecario o prendario según corresponda; toda vez que cualquiera de estos procesos se tramitan como si se tratase de un proceso en fase de ejecución. Se debe tener en consideración que lo que se ejecuta es una obligación o deuda de carácter mercantil o civil.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 161 del nuevo CPC el despacho por medio de un edicto fijará tres fechas en las cuales se celebrarán las subastas, inclusive hace mención de las rebajas a las que se verá sujeta la base en caso de no presentarse ningún

postor, en otras palabras, en la primera subasta el bien se remata con el 100% de la base (pactada por convenio de partes o en su defecto según avalúo pericial o valor registrado); si no hubiera postor al llevar a cabo la segunda subasta esta se realizará con un 75% de la base y en caso de que tampoco hubiere oferentes la tercera subasta se efectuará con un 25% de la base, si del mismo modo no se ofrece ninguna postura se adjudica el bien al ejecutante.

Por lo tanto, a falta de norma expresa en la actualidad en cuanto a la ejecución de bienes gananciales por medio de la integración de normas el aparato judicial ha indicado que no se debe aplicar de manera literal la tramitación del proceso de cobro judicial en relación a la ejecución de gananciales sino el cascarón de la figura procesal del remate, esto como un remedio para solucionar el conflicto cuando entre las partes no sea posible llegar a un acuerdo en cuanto a la distribución de los bienes.

No obstante, se debe parafrasear a los interpelados en el extremo que ambos nuevamente coincidieron; pese a dicha construcción jurisprudencial muchos jueces de familia en primera instancia están aplicando la rebaja a la base de manera oficiosa como una forma de coadyuvar a las partes a solucionar el conflicto, pero es evidente que al no tratarse de un proceso de carácter civil y una deuda de carácter dinerario no se puede aplicar dichas rebajas salvo que una de las partes o ambas acepten asumir la pérdida.

### ***B. Artículo 322 y Transitorio III del Código Procesal de Familia***

De acuerdo CPF en relación a la ejecución contenciosa del patrimonio ganancial de conformidad con la redacción final del proyecto de ley publicado en el Diario Oficial La Gaceta (2018, Alcance N° 77) se lee de la siguiente manera:

#### **Artículo 322- Definición de bienes comunes en ganancialidad**

Tratándose de bienes en copropiedad de la pareja; no existiendo hijos o hijas menores de edad o existiendo no hay interés en el que ostentará la custodia de ellos en permanecer con el bien y otorgar pago al otro cónyuge, y si ambas partes tienen interés en la titularidad completa del bien sin que exista acuerdo en otra solución, la autoridad ordenará el remate con la base del acuerdo de partes

o, en su defecto, del dictamen pericial pedido, salvo que existan gravámenes hipotecarios, sin posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados.

Aunado a ello, el transitorio III del mismo cuerpo normativo reza:

**TRANSITORIO III-** Se mantendrá la vigencia de la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas, para la tramitación exclusiva de los procesos en materia de familia hasta la entrada en vigencia de este Código.

Este Código regirá en su integridad a partir del 1º octubre de 2020, el transitorio III regirá a partir de la publicación en el diario oficial La Gaceta.

Como se indicó en acápites previos y en concordancia a lo supracitado la “Ley de Vigencia Transitoria para Procedimientos de Familia” estipuló de igual manera que para la tramitación de los procesos de familia se debe acudir al CPC derogado en tanto no entre en vigencia el CPF.

Ahora bien, se cuestionó a los entrevistados para que indicaran cuál sería el impacto que va a producir el artículo 322 del CPF a nivel jurídico y para que a su vez determinaran de acuerdo a su criterio y dado a que ya entró en vigencia el nuevo CPC cuáles serán las reglas a aplicar en lo referente al remate para la ejecución de bienes gananciales.

El “Experto A” (2018, comunicación personal) sobre el artículo citado indicó lo siguiente:

“La esencia del artículo está muy bien, ya que no va a permitir de manera explícita el rebajo de la base por la mera facultad del juzgador pero si las partes están de acuerdo o una de las partes acepta asumir la pérdida ante la rebaja sin perjudicar a la contraparte no tendría que limitarse dicha voluntad. Es decir, lo que no es conforme a derecho es aplicar las rebajas de manera oficiosa que es lo que sucede en muchos juzgados; ahora bien, de la lectura del artículo se puede visualizar que introducen el elemento de copropiedad y este es un término que a mi criterio nada tiene que ver con ganancialidad.”

Por el contrario, el “Experto B” (2018, comunicación personal) argumentó:

“El artículo 322 del CPF va a producir un fuerte impacto en el tanto que no va a existir la posibilidad una base que se rebaje de manera porcentual y oficiosa en lo referente a la ejecución de bienes gananciales como sí lo señala la LCJ y el nuevo CPC para la satisfacción de deudas de carácter dinerario, liquidas y exigibles.”

Como se puede observar, ambos concuerdan en que dicho numeral va a regular de manera expresa la forma en la cual se deben liquidar bienes gananciales, es decir, por medio del remate sin posibilidad de rebajar la base.

Ahora bien, otro aspecto en el cual los interrogados armonizan es que hasta que no adquiera eficacia jurídica el CPF la norma que se debe utilizar para interpretar y adecuar la figura del remate al proceso de ejecución de bienes gananciales es el CPC nuevo.

En conclusión, la presente concuerda con los sujetos interrogados en virtud de que la LCJ se encuentra derogada desde octubre del 2018 y que la Ley de Vigencia Transitoria para Procedimientos de Familia únicamente revive el CPC anterior para la tramitación de los procesos de familia; y sabiendo que este último cuerpo normativo no regula el remate se debe acudir de manera supletoria y basándose en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la norma que sí lo expresa, que en el caso que se ocupa sería el nuevo CPC.

No obstante, otro aspecto a considerar y coincidiendo con el “Experto A”, la introducción del elemento de copropiedad al numeral genera confusión en el tanto que indica que se celebrará el remate sin rebajas cuando se trate de bienes comunes gananciales; pero hay que recordar que el término “copropiedad” no es sinónimo de “ganancialidad”.

Esto por cuanto el primero implica un derecho real de dominio en el cual los titulares de dicho derecho ostentan el título de dueño y si se pretende liquidar un bien en copropiedad ya sea porque no existe acuerdo entre las partes sobre su división se deben utilizar las reglas fijadas para ello en la normativa civil y acudir a la venta del bien en sede

judicial; incluso sería posible dado el título de dueño que tienen las partes en esta situación que estas pacten libremente el precio por el cual se subastará el bien en sede judicial.

Por otro lado, la ganancialidad a criterio de la presente es un derecho de crédito personal, es decir, debido al efecto patrimonial que produce el matrimonio o la unión de hecho declarada las partes pueden participar en un 50% del valor neto del patrimonio del otro; es decir, “A” y “B” contraen nupcias y no pactan un régimen de separación de bienes (capitulaciones matrimoniales), durante el vínculo “A” adquiere dos vehículos y una finca pero al cabo de seis años ambos deciden divorciarse y ante la falta de acuerdo “B” tiene derecho a participar en un 50% del valor neto respecto del patrimonio de “A” quien es el cónyuge titular.

De manera que con dicho ejemplo, se puede visualizar que en ganancialidad ambas partes no tienen título de dueño sobre un mismo bien; la titularidad o el derecho real de propiedad lo ostenta uno, mientras que el segundo tiene respecto de ese patrimonio un derecho de crédito o valor.

## **CAPÍTULO V: Conclusiones y Recomendaciones**

Sobre este capítulo, Hernández, Sampieri ha dicho (2014, p.522):

“En esta parte se: *a*) derivan conclusiones, *b*) explicitan recomendaciones para otras investigaciones (por ejemplo, sugerir nuevas preguntas, muestras, abordajes) y se indica lo que prosigue y lo que debe hacerse, *c*) evalúan las implicaciones de la investigación (teóricas y prácticas), *d*) establece cómo se respondieron las preguntas de investigación y si se cumplieron o no los objetivos, *e*) relacionan los resultados con los estudios previos (comparándose nuestra narrativa general y producto (...), *f*) comentan las limitaciones de la investigación, *g*) destaca la importancia y significado de todo el estudio y *h*) discuten los resultados inesperados.”

Con lo cual, se puede dilucidar que es el apartado final y a criterio de la presente medular de todo el estudio, esto debido a que los nuevos conocimientos adquiridos a partir de la estructura del proyecto se plasmarán en esta sección, la respuesta al planteamiento del problema así como las nuevas incógnitas que pueden derivarse a partir del presente.

### **Conclusiones**

**Conceptuar familia, su relación con el término “pareja” y su protección constitucional, así como las distintas figuras jurídicas que dan pie al derecho de crédito ganancial.**

En esta sección, basada en las diferentes fuentes informativas consultadas se puede concluir que el término “familia” al igual que “pareja” son conceptos jurídicos indeterminados, lo que quiere decir que la norma como tal no viene a indicar las características necesarias para entender qué es familia, pues al tratarse de un fenómeno que existe desde tiempo atrás ha ido evolucionando conforme a las corrientes que ha atravesado la humanidad.

Sobra decir que ciertamente este es un fenómeno social totalmente impregnado de subjetividad, esto significa que la percepción de dichas instituciones van a variar considerablemente según la ubicación temporal y espacial guiándose totalmente por el contexto sociocultural en el cual se desarrollen tales institutos.

Para entenderlo mejor se ejemplifica de la siguiente forma, socialmente hoy en día en comparación a antaño se ha tomado de manera positiva o desde una óptica tolerante las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo, en tales circunstancias también se puede hablar de familia y pareja; lo mismo sucede con aquellas parejas que deciden convivir y no formalizar dicha unión mediante el matrimonio, instaurando así una unión meramente fáctica que per se no se encuentra regulada en la normativa costarricense (lo que sí se regulan son los requisitos necesarios para que esta produzca efectos patrimoniales) pero que de igual manera desde una perspectiva social también se puede considerar familia; por último, hay países en los cuales la poligamia es válida jurídicamente.

Con estos ejemplos lo que se pretende dar a entender es que tales conceptos no tienen una definición exacta, precisa o universal.

No obstante, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones para efectuar esta investigación y en tanto no se reforme la normativa costarricense en los artículos 14 inciso 6 y el numeral 242 del CF que se refieren a uno de los requisitos esenciales (unión entre parejas heterosexuales) para producir efectos jurídicos válidos (y más concretamente para lo que interesan en la presente investigación) de carácter patrimonial; se deben entender dichos conceptos en sentido estricto, en otras palabras, vínculos producidos en virtud de la filiación y para los casos como el matrimonio o la unión de hecho de afinidad entre hombre y mujer.

### **Dilucidar los diferentes regímenes patrimoniales de la sociedad marital y cómo se liquidan los bienes declarados gananciales hoy en día en sede judicial.**

En relación a este objetivo, gracias a la información obtenida por medio de la lectura de la norma, doctrina y jurisprudencia así como de la aplicación del instrumento que sirvió para recabar los hallazgos es materialmente posible dilucidar que dentro del ordenamiento jurídico costarricense existen dos sistemas a través de los cuales se pueden disponer de los bienes adquiridos durante la unión, estos son:

El régimen convencional, que no está comprendido únicamente por las capitulaciones matrimoniales sino que también se pueden distribuir dichos bienes mediante el acuerdo de divorcio (si es que se disolvió la unión), o bien, en un contrato de denominación distinta

pero que sirva para tales fines (la distribución de los bienes de los cónyuges o convivientes) permitiendo incluso el uso de contratos verbales (siempre y cuando en caso de incumplimiento este pueda ser demostrable ante el juez), incluso, en conciliación tanto judicial como extrajudicialmente.

Teniendo esto en cuenta, de acuerdo a la opinión de la presente es importante destacar que el régimen convencional al derivarse de la actividad privada o ínter partes depende estrictamente de la autonomía de la voluntad de quienes suscriben el acuerdo, de manera tal que ellos pueden estipular dicha distribución como mejor les convenga toda vez que los contratos de acuerdo al ordenamiento jurídico tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, de modo que estos acuerdos una vez perfeccionados con el amalgamiento de la voluntad de los contrayentes adquiere inmediata validez jurídica.

Por otra parte el otro régimen regulado en Costa Rica es el legal o supletorio, el cual de acuerdo a la normativa, doctrina y resultados se materializa en dos etapas, esto último debido a que ante la inexistencia de capitulaciones y mientras la unión se dé armoniosamente cada una de las partes dispone de manera libre de todo su patrimonio (el que posea a título de dueño); no obstante, el problema se materializa cuando comienzan a darse conflictos entre la pareja y estos optan por separarse, asimismo los respectivos bienes que se encuentren dentro del haber marital.

Ante el segundo escenario y a falta de acuerdo entre las partes, estos deben acudir al aparato judicial para liquidar el patrimonio que pertinentemente el juzgador en atención a la norma declarará ganancial dentro del proceso ordinario; sin embargo, el problema se agrava cuando no se tiene claro por parte del juzgador en qué consiste la figura como tal e indica que ambas partes tienen derecho a participar en gananciales sobre un mismo bien.

Entonces, siguiendo esa línea el derecho en cuestión no se trata de uno de copropiedad sino uno de valor o de crédito, el primero nace del derecho real de propiedad en donde las partes ostentan sobre determinado bien el título de dueños y por esa sola condición pueden disponer de este de manera libre con aquiescencia de ambos; el segundo por su parte, nace a raíz del vínculo matrimonial o de hecho en tanto este se encuentre debidamente reconocido por un juez y no se le puede dar el tratamiento de derecho real

porque es un derecho de crédito que consiste en la facultad que tiene el cónyuge a participar en un cincuenta por ciento del valor neto dentro del patrimonio del cónyuge titular del derecho de propiedad.

Así que ¿Cómo va a participar el cónyuge propietario en gananciales respecto del bien que es dueño? No es viable, porque el cónyuge o conviviente “deudor” debe respecto del otro un valor y dicho valor no precisamente va a ser el equivalente a la mitad del valor registrado o dictaminado por perito de determinado bien, más bien, el valor neto es aquella suma líquida y disponible una vez saldadas las deudas.

Ahora bien, la manera en la cual se ejecutan dichos bienes es a través de la herramienta procesal conocida como remate; como bien se pudo dilucidar en el presente estudio, hoy en día en Costa Rica para estos asuntos no existe una norma expresa y especial que indique cómo liquidar bienes gananciales, es por esto y ante la imposibilidad de alegar por parte del juzgador falta de normas para resolver que jurisprudencialmente se construyó la tesis basándose en la interpretación e integración de la normativa existente que se debía utilizar el cascarón de la LCJ en lo relativo al remate de bienes, esto quiere decir, aplicar el remate sin rebajas.

Sin embargo, de acuerdo a los hallazgos y al Capítulo II de la presente investigación muchos jueces no siguen ese criterio a cabalidad y fijan la rebaja de la base ante el remate fracasado de acuerdo a los parámetros para la ejecución de deudas dinerarias.

En ese orden de ideas, es sumamente importante recalcar que este instituto jurídico hasta antes de octubre del 2018 se regulaba en la LCJ pero una vez que entró en vigencia el nuevo CPC la citada ley perdió eficacia toda vez que el código en cuestión actualmente regula la tramitación de los procesos de cobro judicial y por consiguiente las reglas para celebrar el remate.

Siendo así y ante la imposibilidad de resucitar norma derogada (en este caso la LCJ), hasta que el CPF no produzca los efectos jurídicos necesarios se debe utilizar el nuevo CPC pese a que la Ley de Vigencia Transitoria para Procedimientos de Familia estipuló que para la tramitación de procesos llevados a cabo en la jurisdicción de familia se utilizaría el CPC de 1989; este análisis se deriva en virtud de que no se puede usar norma que ya no existe y

porque el CPC derogado pero revivido exclusivamente para los procesos de familia no contempla las reglas del remate.

**Advertir si la necesidad de una regulación expresa en la actualidad para la liquidación de los bienes declarados gananciales en sede judicial será debidamente suplida con el Código Procesal de Familia.**

De conformidad con la opinión de la presente, llegados a este punto surgen aristas un poco complejas de clausurar; esta situación se da a causa de lo reciente de las fuentes y el poco estudio que existe sobre ellas. No obstante, de acuerdo a la recolección de datos y las teorías ya planteadas quien redacta considera que la regulación de la fase de ejecución de bienes gananciales contemplada en el CPF pudiera resultar escueta y un poco confusa.

Para entender mejor lo argumentado se debe recordar que el artículo 321 del CPF estipula que ante el no pago del valor estipulado como ganancial, el titular de dicho derecho podría ejecutarlo mediante el procedimiento de cobro judicial de obligaciones civiles o mercantiles.

Y tal como se planteó en el problema de este estudio, si bien, de manera análoga se utilizan las reglas de cobro judicial para la ejecución de bienes gananciales no se puede transformar el derecho ganancial (que si bien como se indicó previamente es un derecho de crédito personal) en un derecho de crédito por una deuda dineraria respaldada por un título ejecutivo porque nacen a la vida jurídica de diferente manera y por motivos distintos.

Ese artículo de acuerdo a la opinión de la presente daría pie a un menoscabo evidente, porque se le estaría otorgando el derecho al cónyuge “ejecutante” de atacar el resto del patrimonio del cónyuge propietario por medio de medidas cautelares como embargos, anotaciones y gravámenes.

Y nuevamente, la ganancialidad no se traduce a deuda dineraria, líquida y exigible sino que es un derecho a participar de manera alícuota respecto del patrimonio del otro.

Ahora bien, dicho cuerpo normativo introduce en el numeral 322 la figura de copropiedad misma que como se indicó es un derecho real que implica el dominio sobre determinado bien por dos o más partes; pero en lo conducente se entenderá como dos

sujetos (cónyuges o convivientes) que ejercen a título de dueños el goce y disfrute de un bien.

Siguiendo esa definición aportada, a criterio de la presente sería erróneo asumir que copropiedad y gananciales significan lo mismo toda vez que el primero nace de un derecho real de propiedad y el segundo de un crédito o valor. Sin embargo, la redacción del numeral citado cae en el error de introducir dicho elemento lo que puede a todas luces generar ciertas confusiones; no obstante, lo rescatable y lo que realmente interesa de este para el actual estudio es cómo regula el remate para la ejecución de bienes gananciales, es decir, no otorga la posibilidad de rebajar la base ante el remate fracasado de manera oficiosa.

Así puestas las cosas y en respuesta a la hipótesis planteada, pese que en la actualidad no existe norma expresa que regule la forma en la cual se deben ejecutar los bienes declarados gananciales, el medio idóneo para hacerlo es mediante las reglas estipuladas en el nuevo CPC en lo referente al remate, siempre que se siga el criterio jurisprudencial indicado por la Sala II y secundado por el Tribunal de Familia, en otras palabras, que no se aplique dicha norma de manera literal dado que son cuestiones de naturaleza distinta y no se les puede dar el mismo tratamiento.

Como última acotación, se debe indicar que la presente difiere de Vega. E (2015) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho en el extremo en que este entre sus objetivos pretendía advertir la necesidad de crear una norma especial para esta clase de procedimientos, es decir, un cuerpo normativo que regulara la tramitación de los procesos de familia y entre sus recomendaciones indicó que se debía crear una norma especial para tales efectos.

No obstante, omitió mencionar que en efecto para el momento en el cual él se encontraba desarrollando su tesis ya existía un proyecto de ley que perseguía esa finalidad, o sea el CPF, el cual fue presentado ante la Asamblea Legislativa en el año 2014.

### **Recomendaciones**

Para finalizar, en el curso de la investigación se lograron visualizar una serie de falencias que en la medida de lo posibles es correcto reestructurar para que la aplicación del derecho de familia y la interpretación de sus normas sean lo más incluyentes posibles.

Asimismo, en relación al tema que se ocupa en este estudio se plantean varias recomendaciones en lo referente a la redacción de los artículos del CPF que se refieren a la ejecución de bienes gananciales. Entre las sugerencias que se realizan se encuentran:

- Realizar propaganda positiva sobre realizar la distribución de bienes gananciales por medio de acuerdo utilizando en particular las capitulaciones matrimoniales, esto en virtud de que por medio de esta se puede separar el patrimonio con el fin de proteger el patrimonio familiar de acreedores y evitar tanto las costas en la liquidación de bienes gananciales en sede judicial como la inversión de tiempo.
- No confundir el término de copropiedad con ganancialidad toda vez ambos son términos jurídicos distintos, que nacen de manera diferente y no producen iguales consecuencias jurídicas.
- El artículo 321 del CPF en lo que se refiere a:

“No existiendo acuerdo, la autoridad judicial emitirá, dentro del tercer día, la resolución final sobre el valor del derecho reclamado, **las obligaciones pecuniarias que se asumen, su forma y plazo razonable de pago.**”

Entender dicha obligación como aquellas que puede soportar el bien, es decir, las garantías reales y que deben ser canceladas dado que se trata de créditos preferentes, gastos de mantenimiento y costas procesales; mismos gastos que deben asumirse de manera ganancial.

Asimismo, suprimir lo estipulado en el mismo numeral en lo siguiente:

“Si no se cumple lo ordenado, la persona acreedora del derecho de ganancialidad podrá pedir el cobro de la suma indicada mediante el procedimiento de cobro ejecutorio establecido en la normativa de cobro de las obligaciones civiles y mercantiles.”

Dicha modificación es pertinente realizarla puesto que como se desarrolló previamente, a criterio de quien redacta este numeral le da armas al “cónyuge ejecutante” para perseguir el resto del patrimonio del “cónyuge ejecutado” así no se trate este de un bien ganancial. De modo que sería incorrecto transformar ese derecho

ganancial en una deuda de carácter dinerario, cuando la naturaleza de ambos créditos es de naturaleza distinta.

Ahora bien, la manera correcta de ejecutar esa deuda de valor sería liquidando únicamente los bienes declarados gananciales por medio subasta sin la posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados, salvo acuerdo de partes y asumiendo la pérdida de manera voluntaria.

- Por último, en relación al numeral 322 del CPF es conveniente eliminar de la redacción del artículo el elemento de copropiedad; la citada norma actualmente se lee así:

#### **Artículo 322- Definición de bienes comunes en ganancialidad**

Tratándose de bienes en copropiedad de la pareja; no existiendo hijos o hijas menores de edad o existiendo no hay interés en el que ostentará la custodia de ellos en permanecer con el bien y otorgar pago al otro cónyuge, y si ambas partes tienen interés en la titularidad completa del bien sin que exista acuerdo en otra solución, la autoridad ordenará el remate con la base del acuerdo de partes o, en su defecto, del dictamen pericial pedido, salvo que existan gravámenes hipotecarios, sin posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados.

Debiéndose leer de la siguiente manera:

#### **Artículo 322- Del remate de bienes gananciales**

Tratándose de bienes gananciales; no existiendo hijos o hijas menores de edad o existiendo, y no teniendo interés quien ostenta la custodia de ellos en permanecer con el bien y otorgar pago al otro cónyuge, sin que exista acuerdo en otra solución, la autoridad ordenará el remate con la base del acuerdo de partes o, en su defecto, del dictamen pericial pedido, salvo que existan gravámenes hipotecarios, sin posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados.

## Referencias

### **TESIS:**

Aguirre Rodríguez, Marianela; Ramos Sibaja, Andrés. (2011). “Estudio de los alcances jurídicos de la Ley de Cobro Judicial 8624, análisis de sus efectos prácticos en el ámbito costarricense: un examen particular de la provincia de Guanacaste”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

Alfaro Alfaro, María y Miranda Segura, Andrea. (2016). “La capacidad progresiva de los menores de edad dentro del proyecto del código procesal de familia”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

Argüello Muñoz, Wilfred; Gamboa Zamora, Silvia. (1999). “La Figura del fraude de simulación frente a la disolución de las relaciones de pareja”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

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

Espinoza García, Leda María. “LOS PRINCIPIOS ESPECIALES DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA”. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

Perlaza Pérez, Rolando; Segura Villalobos, David; y Umaña Mora, Mario. (2005). “Régimen de los bienes gananciales y su forma de distribución en los casos inter vivos y en el proceso sucesorio”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

Quesada Ulate, Randall. (2010). “Análisis jurídico de la Ley de Cobro Judicial, virtudes, defectos e impacto actual de su aplicación”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Costa Rica.

Vega Cortés, Eduardo. (2015). “Necesidad de implementar el procedimiento adecuado para liquidar bienes gananciales”. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad Hispanoamericana, Facultad de Derecho. Costa Rica.

### **LIBROS:**

Aguilar Bulgarelli, Oscar. (2004). “Costa Rica y sus hechos políticos de 1948: problemas de una época”. Costa Rica: EUNED.

Brenes Córdoba, Alberto. (1974). “Tratado de las personas”. San José, Editorial: Costa Rica.

Cabanellas de Torres, Guillermo. (1998). “Diccionario Jurídico Elemental”. Argentina: Heliasta.

Cervantes Villalta, Edgar. (2008). “Manual de Aplicación de la Ley de Cobro Judicial”. Escuela Judicial: Costa Rica.

Dr. Ramírez Acuña, Sergio. (2013). “Derecho de Familia”. San José, Editorial: El Roble del Atlántico. Costa Rica.

Parajeles Vindas, Gerardo. (2001). “El Remate en la Jurisprudencia Costarricense”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor. (2013). “Derecho Privado”. San José, Editorial: Litografía e Imprenta LIL, S.A. Costa Rica.

Rojas Díaz, Everardo. (1997). Introducción a la Resolución Alternativa de Conflicto. Costa Rica: SERPAJ.

Trejos, Gerardo. (1999). Derecho de Familia Costarricense. Editorial Juricentro, 1999, San José; Costa Rica.

### **LEYES:**

Código Civil. (1841).

Código de Familia. (1974).

Código de la Niñez y la Adolescencia. (1998).

Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949).

Ley de Cobro Judicial. (2006).

Ley Sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. (1997).

Reforma del Código Procesal Civil. (2016).

### **PROYECTO DE LEY:**

Diario Oficial La Gaceta. (2018). Alcance N° 77: Código Procesal de Familia (Expediente Legislativo N° 19.455).

### **REVISTA ELECTRONICA:**

Sala Segunda. Revista N° 6: “Proyecto de Código Procesal de Familia”. (2009). Recuperado de: [https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista\\_N6/contenido/PDFs/2.pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N6/contenido/PDFs/2.pdf)

Sala Segunda. Revista N° 6: “¿Es el Derecho Procesal de Familia una rama autónoma del derecho?”. (2009). Obtenido de: [https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista\\_N6/contenido/PDFs/1-2.pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N6/contenido/PDFs/1-2.pdf)

### **TRATADOS INTERNACIONALES:**

Naciones Unidas. (2015). “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Sala Constitucional. Voto N° 1975-1994

Sala II. Voto N° 00877-2017

Sala II. Voto N° 01031-2015

Sala II. Voto N° 40-2007

Tribunal de Familia. II. Voto N° 00083-2015

Tribunal de Familia. III. Voto N° 000533-2017

Tribunal de Familia. Voto N° 000259-2009

Tribunal de Familia. Voto N° 00127-2005

Tribunal de Familia. Voto N° 00419-2017

Tribunal de Familia. Voto N° 00591-2015

Tribunal de Familia. Voto N° 736-2014

Tribunal de Familia. Voto N° 95-1998

### **INTERNET:**

Blasco Mira, Josefa y Pérez Turpín, José. (2007). “Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte: ampliando horizontes”. Recuperado de:

<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12270/1/blasco.pdf>

Cauas, Daniel (S.F.) “Elementos para la elaboración y ejecución de un proyecto de investigación”. Recuperado de

[file:///C:/Users/HP/Downloads/apuntesinvest\\_cauas\\_1539\\_.pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/apuntesinvest_cauas_1539_.pdf)

Denzin, Norman K. & Lincoln, Yvonna S. (2005). “The Sage Handbook of Qualitative Research. Third Edition”. Recuperado de

[http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/COLECCION\\_UNPAN/BOL\\_DICIEMBRE\\_2013\\_69/UNED/2012/investigacion\\_cualitativa.pdf](http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/COLECCION_UNPAN/BOL_DICIEMBRE_2013_69/UNED/2012/investigacion_cualitativa.pdf)

- Granados, Greivin. (2018). “¡Histórico! Aprueban Código Procesal de Familia”. Descargado de: <https://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/130449/historico-aprueban-codigo-procesal-de-familia>
- Hernández Sampieri, Roberto. (2014). “Metodología de la Investigación”. 6ta edición. Recuperado de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Herrera Salazar, Kimberly. (2018). “EN PRIMER DEBATE: Diputados aprueban Código Procesal de Familia”. Recuperado de: <https://www.elmundo.cr/diputados-aprueban-codigo-procesal-familia/>
- Marshall, Catherine & Rossman, Gretchen B. (1995). “Designing qualitative research”. Recuperado de <https://escholarship.org/content/qt3m25g8j8/qt3m25g8j8.pdf>
- McKernan, James (1991). “Investigación-acción y curriculum” .Recuperado de [https://books.google.co.cr/books/about/Investigaci%C3%B3n\\_acci%C3%B3n\\_y\\_curriculm.html?id=llzVMRMIA28C&printsec=frontcover&source=hp\\_read\\_button&redir\\_esc=y](https://books.google.co.cr/books/about/Investigaci%C3%B3n_acci%C3%B3n_y_curriculm.html?id=llzVMRMIA28C&printsec=frontcover&source=hp_read_button&redir_esc=y)
- N/A. (2005). “Diccionario Jurídico Enciclopédico”. Obtenido de: <http://tecnologicamerani.edu.co/web/wp-content/uploads/2017/06/42.-Diccionario-Enciclopedico-Juridico-Diccionario-1.pdf>
- Ossorio, Manuel. (s.f.). “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Recuperado de: [https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction\\_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf](https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf)
- Solís Rivera, Luis G. (2016). “Un Código histórico, en procura de Justicia pronta y cumplida”. GOBIERNO CR. Descargado de: <http://gobierno.cr/un-codigo-flexible-en-procura-de-justicia-pronta-y-cumplida/#more-12662>
- Villanueva Monge, Zarella. (s.f.). “PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”. Obtenido de: <https://www.poder->

[judicial.go.cr/blogpresidencia/index.php/48-proyecto-de-codigo-procesal-de-familia-ninez-y-adolescencia](http://judicial.go.cr/blogpresidencia/index.php/48-proyecto-de-codigo-procesal-de-familia-ninez-y-adolescencia)

## Apéndice

### **Apéndice A**

#### **Categoría de análisis: Derecho de familia**

##### **a) Familia**

¿Puede definir el término de familia?

¿Qué es pareja y bajo cuáles condiciones estos pueden producir efectos jurídicos?

##### **b) Principio de igualdad entre los cónyuges**

¿En qué consiste el principio de igualdad entre los cónyuges?

¿Podría destacar la importancia de dicho principio en los procesos que se llevan a cabo en la jurisdicción de familia?

#### **Categoría de análisis: Regímenes patrimoniales de la sociedad marital**

##### **a) Capitulaciones matrimoniales**

¿Cuáles son los tipos de regímenes patrimoniales de la sociedad conyugal que reconoce el ordenamiento jurídico de Costa Rica?

¿Puede relucir la importancia de las capitulaciones matrimoniales como medio para distribuir los bienes adquiridos durante la unión?

##### **b) Régimen ganancial**

¿Cómo definiría el derecho a participar en gananciales?

¿Bajo qué circunstancias se utiliza el régimen de participación ganancial?

#### **Categoría de análisis: Código Procesal de Familia**

##### **a) Remate y su regulación actual**

¿De conformidad con la norma vigente en qué estriba el remate?

¿De acuerdo a la regulación actual del remate cómo se liquidan en sede judicial los bienes gananciales?

**b) Artículo 322 y Transitorio III del Código Procesal de Familia**

¿Cuál es el impacto que va a tener el numeral 322 del CPF a nivel jurídico?

¿Cuál norma es la que se va a utilizar de manera análoga tomando como referencia el transitorio III del CPF para integrar criterios jurisprudenciales en relación a la liquidación de bienes gananciales?

**Apéndice B**

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal a MSc. Mauricio Chacón Jiménez, Juez de Tribunal de Familia y Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, 05 de noviembre del 2018:

Cuando se habla de derecho procesal se habla de derecho público, entonces las normas procesales son de acatamiento obligatorio tanto para el juez como para las partes...pero esto no significa que en todos los asuntos haya regulación específica, entonces existen disposiciones como la Ley Orgánica del Poder Judicial Artículo 5 que dice que cuando haya silencio de la norma es posible aplicar instituciones o normativa de forma analógica tanto para cuando hay situaciones reguladas parecido o cuando hay situaciones reguladas al contrario.

En estos casos, hay una necesidad de que el juzgador resuelva el conflicto; de manera que el juez o la jueza nunca puede alegar que no hay normas de procedimiento para evitar resolver el mismo.

En este tema en particular, hay que entrar en un análisis que ha hecho el tribunal desde hace un tiempo del porqué no se aplican las normas contenidas en la LCJ. Y esto es porque hay que distinguir básicamente los momentos en los cuales los Tribunales de Justicia intervienen para solucionar un conflicto (el cual no tiene que ser una pelea sino un asunto que hay que dirimir) que no ha sido posible lograr a solución extrajudicial...aun con acuerdos sobre la esencia del conflicto a veces es necesario ejecutar esos acuerdos; con lo cual estamos en la parte de hacer realidad lo que dice esa sentencia o lo que dijeron las partes en un convenio.

Y entonces, el Tribunal de Familia ha explicado que cuando es necesario vender bienes para satisfacer el pago de la deuda ha básicamente dos modelos, uno es el que contempla la LCJ o contemplaba, ahora está en el Código Procesal Civil, este trámite está previsto precisamente en las normativas citadas en las que estamos hablando de deudas de naturaleza dineraria; es decir, cuando una persona le debe una cantidad de dinero a otra persona.

Distinto es cuando hay deudas de valor, estas tienen una filosofía y un tratamiento jurídico distinto; entonces, cuando hay una deuda de valor no es que yo le deba una cierta cantidad de dinero a una persona en principio (sin embargo, hay momentos en los que sí se convierte así), sino que hay que determinar cuál es el valor porque yo le doy la mitad de “eso”...ahora vamos a ver con algunos ejemplos para dar a entender lo dicho fácticamente. Pero antes hay que distinguir las figuras de acreedor y deudor, que no siempre parten de una deuda dineraria.

Hay dos formas básicas entonces, el remate de bienes como tal (la subasta, pero con la finalidad de cancelar una deuda) y por otro lado está la venta judicial (una que hace en los tribunales); Gerardo Parajeles explica esto muy claro y muy sencillo, que aquí los tribunales se convierten en coadyuvantes de las partes para que éstas solucionen el problema.

Entonces, aquí el asunto es qué le debe el cónyuge propietario del patrimonio de mayor valor al cónyuge que no tiene patrimonio o tiene uno de menor valor; en un principio en 1988, el CC no solo introduce la figura del matrimonio civil sino la del divorcio, a su vez introduce el concepto de bienes gananciales y el derecho a participar en gananciales. En esa época, 1888 era un derecho real, de modo que se tenía un derecho a la mitad de la “cosa”, si era una finca pues a la mitad de la finca. El CC que era donde estaba regulado esto, era totalmente coincidente en que en cuanto el matrimonio termina por divorcio (que era raro que sucediera) o cuando termina por muerte (entra en el tema de sucesiones) la norma citada lo concebía como derechos reales.

Hoy en día, esto ha cambiado porque el derecho de familia y más precisamente cuando se hizo el CF en 1974 seguía este modelo de derechos reales, de mitad de la cosa en

el CF como gananciales y mitad de la cosa como sucesorio en el CC. Pero dos años después en 1976, que entró en vigencia el código se cambia el sistema de valor, entonces el derecho de participación de gananciales ya no es a la mitad de la cosa sino a la mitad del valor neto del bien ganancial que esta constatado en el patrimonio del otro.

Esto quiere decir que el cónyuge que es dueño de la “cosa” no tiene derecho de gananciales, el dueño de la cosa tiene un derecho real de propiedad y el otro tiene derecho a la mitad de un valor. Aquí es qué le debe el cónyuge que tiene el bien al otro, de manera que existe una figura de acreedor y deudor muy clara, ahora, lo que este le debe es la mitad del valor neto quiere decir esto que le debe en principio una suma de valor, hay que legar a ese monto pero para determinarlo hay que hacer probablemente una valoración pericial y a eso hay que deducirle las cargas que soporta el inmueble pero que no son exclusivas del propietario, por ejemplo, los impuestos son una carga que tiene que pagar el propietario con lo cual estos no son deducibles a la hora de hacer el cálculo, pero si para la adquisición de una finca se inscribe una hipoteca en realidad la persona no es dueña de la finca en el sentido que no puede disponer libremente de ella, ya que es un crédito y quizás esa finca vale cien millones de colones y todavía se deben sesenta millones al banco de capital, entonces esos sesenta hay que deducirlos y se obtiene un valor neto, que en este caso serían cuarenta millones de colones y el cónyuge que no es propietario tiene derecho a que el cónyuge titular del bien le pague veinte millones de colones.

En ese caso, el cónyuge propietario liberaría la ganancialidad de la finca pagando esos veinte millones, con lo cual eso sería la solución del conflicto de una manera pacífica y extraprocésal porque se satisfizo la pretensión.

Pero qué sucede si ese cónyuge propietario no tiene los veinte millones, entonces nos venimos a Tribunales... ¿Le debe veinte millones? No, aquí lo que le debe es la mitad del valor neto; es decir, vamos a ayudarlo a que venda la propiedad porque no ha satisfecho la obligación, así que establecido el valor por los cien millones de colones según perito y se aplicaron sesenta millones por concepto de deducciones de modo que quedaron cuarenta millones netos pero este no pudo pagar la mitad.

Es posible que la finca se esté rematando y que al momento de la subasta se vuelve súper atractiva porque cerca construyeron un centro comercial moderno o hicieron mejoras en las calles, o sea, el propietario no ha hecho nada pero el valor se ha incrementado a la hora de hacer un remate o venta de esa finca. Por lo tanto, se ordena el primer remate por el valor pericial, es decir, los cien millones que se determinó mediante perito, no obstante, se debe tener presente que las partes pueden acordar un monto para la base desde el principio.

Entonces, se remata con la oferta de cien millones y esta es tan buena que se remata la finca finalmente en ciento cuarenta millones de colones ¿Qué pasaría aquí: Se le paga veinte millones al cónyuge no propietario y el remanente de sesenta millones se los deja el propietario? Pues no, porque él no le debía veinte millones sino la mitad del valor neto y lo cierto es que el valor final fue de ciento cuarenta millones, a lo cual había que deducirle los sesenta que se le debían al banco y quedaron ochenta millones que se deben repartir en cuarenta millones para cada uno.

Al revés también, la finca fue valorada en cien millones de colones y hubo una invasión cerca del inmueble, se instaló un precario, la municipalidad descuidó la zona y las calles están en mal estado; entonces, se anuncia remate del bien por el valor indicado pericialmente y no se presenta ningún postor ¿Qué se hace en el anterior caso? Ahí es donde se presente la bifurcación entre lo que dice la LCJ sobre el remate que ahora se contempla en el CPC y la naturaleza de lo que estamos hablando.

Como hemos dicho, el señor no le debe a la señora veinte millones de colones; no se trata de que las personas se queden sin patrimonio. Entonces, es necesario explorar este otro escenario de cuándo es necesaria una venta en sede judicial y es lo que vamos a ver en el análisis del CPF ya que no existe actualmente una ley especial que indique cómo se rematan los bienes gananciales.

Es así como en los Tribunales también se venden bienes para acabar con el conflicto de la indivisión de una “cosa”, aquí no es un remate sino que hay dos copropietarios que no quieren seguir como dueños de un mismo bien, el bien no adquiere cómoda división o no logran pactar un acuerdo sobre la división; de manera que hay que venderlo y hay que repartir el precio ¿Cómo se vende eso judicialmente? No es que el copropietario “A” le

debe al copropietario “B” o viceversa, hay que venderlo y entre ambos repartir el precio. Siendo así las partes pueden decidir vender la finca en el valor que estimen pertinente de acuerdo a su voluntad, o bien, solicitarle al juez que nombre un perito y cancelar sus respectivos honorarios para que este dictamine el valor de la base.

Ese caso, se fija la base igualmente en cien millones de colones pero no se vende a la primera y el juez sugiere rebajar la base, sin embargo, está en la obligación de ordenar el remate por la misma base si así lo desean las partes. Y es que así debe ser, porque no se está ante una ejecución por una deuda dineraria de modo que se puede repetir las veces que sean necesarias. No obstante, las partes sí pueden solicitar que se rebaje la base en el porcentaje que consideren puesto que el bien es de su propiedad y al aparato judicial no pretende que estos pierdan su patrimonio.

El derecho de familia como la palabra lo dice es derecho, que hayan personas que piensen que en esta rama no hay ley y que pueden solucionar los conflictos siguiendo criterios de conciencia y de una mal llamada equidad es otra cosa, esos son malos aplicadores del derecho de familia. Esta rama como tal, es un conjunto de normas establecidas por el legislador tomando como referencia distintas fuentes como: doctrina, jurisprudencia, principios que se refieren a una rama específica del derecho pero que forman parte del ordenamiento.

De manera que el DF no es una isla, donde se puede actuar antojadizamente ni que se puedan resolver ante falta de regulación específica según los criterios subjetivos que tenga un juzgador. Entonces, entre las facultades de un juez está aplicar la ley; por ejemplo si “A” tiene una deuda proveniente de una condena de daños y perjuicios de un divorcio y se van a perseguir los bienes del vencido para hacer efectiva la deuda se aplican las rebajas, porque la deuda es de carácter dinerario.

Así que existen dos formas en las cuales los tribunales intervienen para la venta de un bien, una puede ser el remate para la ejecución de una deuda dineraria; y otra puede ser el remate como solución de un conflicto donde no hay una deuda de carácter dinerario. Esto último, no es inventado, simplemente se dijo “esta deuda” de gananciales donde se está rematando el bien declarado ganancial tiene una connotación de deuda de valor y no de

deuda dineraria y por eso ante falta de norma expresa se sobrentiende que se debe utilizar la que más se ajusta, por lo tanto, no es una decisión antojadiza sino que sigue siendo una decisión conforme a derecho la aplicación de determinada norma (en este caso lo era la LCJ).

Explico, que las obligaciones gananciales tienen ciertas características especiales, por ejemplo el código civil indica que el patrimonio de una persona responde por sus deudas, sin embargo, en muchos escenarios del derecho no es todo el patrimonio, por ejemplo: yo le debo la mitad por concepto de gananciales de “X” finca de manera que esa finca es la que se va a rematar.

Se cita nuevamente el ejemplo de la finca que en sus cercanías hay un precario, etc; finalmente ese inmueble se vende por cuarenta millones y no por los cien millones de la base ya que se realizan las respectivas rebajas en las subastas, en ese caso qué se reparte si ya se le deben sesenta millones al banco ¿Qué hacemos? Porque en este caso el dueño de dicho bien se va a quedar sin el mismo, sin poder pagar al banco y una deuda frente a su cónyuge, por lo tanto, esa no puede ser la idea del remate de gananciales en virtud de que se le genera un menoscabo a una de las partes.

Pero puede darse que la esposa de “A” se dé cuenta de que este es adúltero, y “A” para contrarrestar posibles situaciones vende su carro de treinta mil dólares a un tercero de buena fe por la suma de veintiocho mil dólares; ante dicho caso la venta realizada por “A” es fraudulenta pero por parte del tercero no toda vez que este realiza la compra de buena fe y al amparo de la publicidad registral ¿Qué pasa si se le expone y se demuestra ante el juez de familia dicha situación?

Hay una figura jurídica denominada “inoponibilidad”; la venta entre “A” y el tercero es perfecta porque existió acuerdo entre cosa y precio, de manera que tiene efecto erga omnes. Sin embargo, esa venta no puede ir en perjuicio de la esposa de “A” porque este efectivamente hizo un traspaso de mala fe, siendo así, este acto no es oponible ante ella y a su vez la cónyuge sí adquiere un crédito respecto a “A” de carácter dinerario. De modo que la norma faculta a la parte para que satisfaga su derecho ganancial persiguiendo cualquier otro bien constatado en el patrimonio de “A” aunque este no sea considerado ganancial;

cabe destacar que en el caso expuesto sí opera a rajatabla la norma contemplada en la LCJ y en la RCPC utilizada para el cobro de sumas líquidas y exigibles.

Cuando no, véase la diferencia, vea lo absurdo a aplicar con literalidad la LCJ o RCPC a la liquidación de bienes gananciales, “A” es dueño de la finca y se deben sesenta millones al banco, primer remate: sin postores, con lo cual el juez ordena la rebaja de la base a un setenta y cinco por ciento de la base y no se presentan postores, se celebra la tercera subasta con el veinticinco por ciento (porcentaje ridículo para estas situaciones) y un tercero compra el bien. “A” pierde la propiedad, no puede pagar la deuda al banco porque aún debe treinta y cinco millones a la entidad financiera, ¿la ex cónyuge tiene derecho a que se le dé el cincuenta por ciento del valor neto? De manera que el remate con rebajas a la base en liquidación de bienes gananciales no tiene sentido, el derecho debe ser lógico.

Es decir, “A” se compró una finca que por consiguiente está dentro de su patrimonio y la pareja tiene derecho a la mitad del valor neto, muy bien, pero no es lógico que se le despropie del bien y el cónyuge titular quede con deudas...distinto es que “A” le deba sesenta millones a una persona y con el producto del remate de la finca no alcanzó para cancelar la deuda, ahí seguirán el resto de los bienes que posea “A” hasta que la deuda quede totalmente satisfecha.

Pero es que en gananciales no es que se deba la mitad del valor de la finca sino el valor neto, que este no equivale al valor fijado por perito u otros medios; es más bien el valor por el cual se vendió el inmueble. Por lo tanto, perdió ella y perdió “A” (este último porque se queda sin el bien y con una deuda en el banco por la cual seguramente este perseguirá el resto del patrimonio de “A”).

Entonces hay muchas situaciones que podían generar un menoscabo importante al patrimonio tanto del cónyuge titular del bien ganancial como a aquel que tiene ese derecho a participar en gananciales.

Lo primero es que no es familia, familia no es un concepto jurídico ya que el derecho no la crea ni estipula qué tipo de características debe tener una relación familiar para considerarse como tal. De manera que el concepto de familia es un concepto histórico,

antropológico y social, pero el derecho no puede ignorar que existe el instituto con lo cual este debe regular instituciones familiares o propias del derecho de familia.

Por ejemplo: nace un niño, pero el derecho no crea a este niño como tal, no obstante lo que sí hace el derecho es reconocer si este nació dentro de un vínculo matrimonial ya que la ley presume la paternidad, en caso contrario la norma también ofrece diversos mecanismos para que al niño se le reconozca la paternidad, a su vez distingue cuáles son los derechos y obligaciones de los padres así como las del menor.

Así las cosas, familia no es un término jurídico sino una realidad social que debe legislarse ¿Qué es una familia? Históricamente, la constitución básica de la sociedad y que puede identificarse como el vínculo que existe entre dos o más personas unidas por relaciones de parejas o filiatorios, donde no se puede hablar de un concepto estricto de pareja (matrimonio) sino que se deben incluir otros vínculos también de carácter afectivo como las uniones fácticas o de hecho.

Sin embargo, ambas coinciden en la vida en común, en la relación afectiva, emocional, estable y sexual; de la cual pueden nacer menores. Ante esa situación el derecho comienza a regular dicha fenomenología.

Ahora bien, el concepto se introduce desde la antigüedad, en el cual se reconocía el matrimonio como un derecho de casta porque solo se podían casar entre patricios, no un patricio con una plebeya...también se hablaban de mujeres ignominiosas o de teatro, para esos estratos sociales existían otros institutos jurídicos como el concubinato, la poligamia, entre otros.

Lo que sucede es que existiendo varias figuras, la iglesia católica tomó la figura del matrimonio que no era católica en sus orígenes para convertirlo a tales fines e imponerlo a los seguidores de la religión e incluso a los no simpatizantes de la misma.

Pero lo triste es que la desigualdad nace cuando el matrimonio se eleva a sacramento y a los que viven juntos sin casarse los degradan a una condición de pecado permanente. Lo curioso es que fácticamente la dinámica es la misma o muy similar.

Pongámonos en contexto, “A” vive en matrimonio con su pareja y “B” en unión de hecho con su mujer, en ambos casos ambas se dedican a las labores domésticas y al cuidado de los menores y llega a existir dependencia económica; el derecho reconoce que la cónyuge de “A” puede ser beneficiaria de una pensión alimentaria en virtud de la unión matrimonial pero a la conviviente de “B” le niega tal derecho.

No obstante, posteriormente se legisla la unión de hecho para reconocer esos derechos que sí tienen los convivientes.

El derecho que no es perfecto y está hecho por quienes tienen el poder, el derecho no es justo por naturaleza sino que protege aquellos a quienes tienen el sartén por el mango, este comentario lo hago para que sea visible que las legislaciones se basan en el interés político actual (y lo digo sin tomar partido), para entender esto solo basta ver las noticias relacionadas con el combo fiscal, la huelga y los sectores que se manifiestan (que muchos no están en contra de que se le impongan cargas fiscales sino del por qué no se le grava el capital a los grandes empresarios).

Con lo mencionado, es sumamente visible de que el derecho sirve a los intereses siempre de los que tienen el poder; por ejemplo, de un momento a otro el derecho no establecía que los hombres y las mujeres somos iguales sino que siempre protegió a los hombres, lo mismo con los afroamericanos, los pobres; sino que han existido muchas luchas que dan lugar a grandes debates que permitieron reconocer la igualdad.

De manera tal que para llegar a esa equidad entre hombres y mujeres tuvieron que pasar miles de años, lo mismo para que dicha equidad se reconociera dentro del ordenamiento jurídico; ahora bien, plasmar la igualdad en un ámbito real también es un proceso paulatino socialmente hablando.

En este momento, por ley se le reconoce tanto al hombre como a la mujer los mismos derechos y obligaciones, pero esta última pese a que se ha insertado en su gran mayoría al mercado laboral sigue llegando al hogar a realizar tareas domésticas mientras que el señor se sienta a ver televisión, por lo tanto, pasar de la igualdad formal a la real va a tomar su tiempo pese a que ya hay un gran avance.

No hay que mezclar nunca las formas de adquisición, es muy común incluso en el aparato jurisdiccional que se confunda la forma de liquidar un derecho ganancial y un derecho de copropiedad. Se han hecho pronunciamientos en los cuales se indican que “X” tiene derecho a la mitad de la finca por concepto de ganancialidad pero se olvida que el derecho no es a la mitad de la finca, por lo tanto, cabe perfectamente la posibilidad que el cónyuge titular del bien simplemente satisfaga ese cincuenta por ciento pagándosela sin necesidad de vender el bien.

Distinto es si se habla de copropiedad, toda vez que son dos personas quien tienen la titularidad del bien y que si no se logran poner de acuerdo en cuanto a su distribución el producto de la venta se va dividir a la mitad pero basado en un derecho real no de crédito, tal como sucede con la ganancialidad.

Yo no considero que el plazo mínimo por el cual debe mantenerse la unión de hecho produzca menoscabos pues es un término razonable y proporcional para producir efectos y presumir así la estabilidad, entre otras cosas propias de una relación de pareja.

Ahora bien, tampoco comparto la tesis de que para considerar un bien declarado ganancial se deba considerar el “auxilio mutuo”. Por ejemplo: “A” y “B” están casados, donde el primero es el del poder económico y “B” no realiza ningún aporte monetario ni en especie; “A” durante la unión se compra una finca y meses después el matrimonio se disuelve ¿“A” puede cuestionar el derecho de “B” en adquirir la mitad del valor neto en virtud de la ganancialidad toda vez que esta última no realizó ningún aporte o esfuerzo?

¿Ese mismo derecho es debatible también si “A” vive casada con “B” pero están proceso de divorcio, donde la primera es quien trabaja y es quien sufraga las necesidades de ambos, además por sus propios méritos esta se compra un carro y una casa, mientras que “B” es un alcohólico y agresor?

Entonces, ante esas situaciones y aunque a muchos no les parezca correcto el derecho a participar en gananciales no puede calcularse de acuerdo al esfuerzo común, tomando esto último como punto de referencia para medir el porcentaje que le corresponde al cónyuge no titular o de menor patrimonio. Hay que recalcar que la ganancialidad equivale a un cincuenta por ciento del valor neto del patrimonio, no más ni menos, para estos efectos no

importa si hay un cónyuge culpable de la separación o no puesto que indiferentemente de las circunstancias el derecho seguirá siendo el mismo.

Por lo tanto, estamos frente a un derecho meramente objetivo ya que al disolverse el vínculo cada uno tiene derecho a participar en un cincuenta por ciento por gananciales en el patrimonio constatado del otro.

Ahora, con la regulación del matrimonio entra una voluntad legislativa, esta figura a diferencia de la unión de hecho produce efectos jurídicos inmediatos porque no solo es un acto constitutivo de la voluntad sino que se instrumentaliza para hacerla oponibles frente a terceros. Por lo tanto, la ley fija los requisitos taxativos para determinar qué es un matrimonio, qué es una unión legal y formal desde sus inicios; por el contrario, la unión de hecho es precisamente eso, un vínculo fáctico y una realidad material pero no formal.

Por ejemplo, fácticamente “A” puede vivir maritalmente con su hija o con tres mujeres, materialmente es posible. Ahora el tema, es que la unión de hecho es jurídicamente relevante cuando hay consecuencias de carácter jurídico.

Por ejemplo: la Ley de Migración dice que el conviviente extranjero de un tico puede optar por la residencia; tema aparte, la CPOL no indica nada de manera expresa sobre la unión de hecho, incluso el proyecto de la CPOL decía “el matrimonio es la base legal de la familia” y fue el diputado Ortiz quien manifestó que tal enunciado era excluyente dado que en C.R. existían muchas familias donde las parejas no se encontraban casadas y aun así la familia debe contar con la protección del Estado; por lo tanto, convinieron los diputados en cambiar la palabra “legal” por “esencial”.

Como se dijo, el matrimonio produce efectos jurídicos inmediatos; la unión de hecho no pero para lograr determinar su existencia se deben dar una serie de requisitos o condiciones todas estipuladas por la ley, la doctrina identifica cuatro exigencias esenciales para que exista ese vínculo de manera legal: vivir juntos, desarrollar la unión de manera pública (deben parecer casados para las personas, “matrimonio aparente”) y tener libertad de estado, debe ser una relación estable y por último de carácter heterosexual.

Ahora bien, los requisitos antes citados que se contemplan en el ordenamiento son exigidos para producir efectos patrimoniales, con esto quiero traer a colación que no precisamente estas exigencias aplican en otras áreas como por ejemplo en un caso de violencia doméstica en el seno de una pareja homosexual; ante estas situaciones la norma correspondiente de igual manera debe aplicarse.

En resumen, el plazo de tres años puede considerarse razonable y brindar seguridad jurídica para así lograr determinar con total certeza si se configuran los requisitos necesarios para que exista convivencia de hecho. No obstante, el plazo de tres años al menos en otros terrenos no es un requisito esencial para esto véase el ejemplo de migración que se dio anteriormente, incluso, la CCSS se sabe que tiene dos regímenes: el de seguridad social y el de IVM; entonces esta entidad antes permitía asegurar a su conviviente si habían vivido bajo el mismo techo mínimo un año.

Por lo tanto, la unión de hecho no es igual al artículo 242 CF; considerarlo como sinónimos es un error muy común tanto desde la práctica como desde una óptica social.

Ahora, ¿por qué se comienza a regular esta figura? Hay que recordar que al promulgarse el CF esta no mencionaba nada al respecto y es años más tarde (1979) que la CEDAW visualiza el problema que sufría la mujer no casada pero que vivía en unión de hecho y fundaba una familia, este fenómeno se puede identificar como uno discriminatorio en razón del estado civil.

Sin embargo, pese a que en C.R. se aprobó dicha convención (CEDAW) la omisión normativa respecto de la unión de hecho permanecía igual, es decir, sin regularse. Es hasta en 1990, que se promulga la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer y es ahí donde por primera vez se habla de derechos de convivientes, en el CF únicamente se habla de que estos pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar y por su parte el CC regula derechos patrimoniales en lo referente a este asunto (legítima al conviviente como heredero legítimo).

Cinco años después, se hace la adición del título séptimo del CF que regula el instituto en cuestión...vea lo curioso, en ese mismo año se hace una inmensa reforma de adhesiones y el legislador las colocó donde iban (por ejemplo véase el capítulo de filiación:

matrimonial, extramatrimonial y por adopción, lo que sucedió es que se corrió la numeración); pero no sucedió lo mismo con la unión de hecho (lo ideal habría sido colocarla justo después del matrimonio) sino que en la actualidad se encuentra al final del CF.

¿Qué efectos se producen cuando se casa una persona? Se producen consecuencias jurídicas de tres tipos: personales (cambio de estado civil, los hijos habidos dentro del matrimonio se presumen del cónyuge, naturalización, visita íntima en la cárcel, posibilidad de asegurar a la pareja, etc.), sociales (por ejemplo: cuando el Estado debe asegurar indirectamente a la pareja) y patrimoniales (en este ámbito la norma ofrece diversos mecanismos para disponer de los bienes finalizado el vínculo, tales como: capitulaciones, acuerdo de divorcio, conciliación, etc.)

Teniendo claro los efectos que produce el matrimonio, se debe destacar que en ninguna parte la norma establece cuáles efectos produce la unión de hecho per se; lo que sí dice es que esta una vez reconocida en el proceso abreviado (se acude a esta vía siempre que haya conflicto) y al amparo de los requisitos normados produce los mismos efectos patrimoniales del matrimonio (véase art. 242, 243 y 244).

La Sala ha dicho en reiteradas ocasiones que el plazo de tres años para reconocer la convivencia, el de tres años de separación para admitirla como causal de divorcio y el plazo de caducidad por el término de dos años para reclamar derechos patrimoniales entre convivientes (las partes tienen únicamente dos años para presentar la demanda una vez finalizada la convivencia) son términos razonables, proporcionales y que protegen la seguridad jurídica.

Caso contrario, las mujeres pueden reclamar los gastos de embarazo al padre y la ley decía que el reembolso es por un año y yo le pregunté a la Sala porque considero que es un límite absurdo, porque si una señora le ha proveído a su hijo durante diez años todas sus necesidades y es a los diez años cuando el proceso de investigación de paternidad señala quién es el padre, pues ese plazo se combate porque es totalmente arbitrario porque son todos los gastos los que hay que retribuirle a la señora proporcionalmente por supuesto, el solo reconocer un año viola la CEDAW.

Lo primero que hay que saber es que el principio de igualdad aplica en aquellas situaciones entre iguales; por otro lado, aplicar el principio de igualdad cuando el conflicto no es entre personas iguales se producen lesiones a la máxima y esto es fundamental entenderlo y lo ha dicho la Sala Constitucional un millón de veces.

Entonces, no es igual un matrimonio que una unión de hecho porque la relación jurídica nace de manera distinta, la formalidad del acto es determinante y en el segundo no hay un acto formal; ahora bien, dentro de la relación de la pareja el derecho a ejecutar la participación en gananciales independientemente de cómo se constituyera dicha unión (matrimonio o fácticamente), dice la ley que tiene el mismo derecho cada esposo o conviviente.

Pero en este punto es fundamental entender lo que expliqué previamente, quien tiene derecho a participación en gananciales

El dueño del bien ejerce un derecho de propiedad, el otro (que no es dueño) respecto de ese bien lo que tiene es un derecho personal de crédito a participar en el valor neto de ese bien; por lo tanto, son posiciones jurídicas distintas y no podemos aquí hablar de un derecho de igualdad porque el derecho de “A” es a la propiedad y el de “B” es al crédito (no hay igualdad tampoco).

Lo que no se puede visualizar es que el cónyuge o conviviente tenga menos derecho a participar en gananciales en virtud del género (por ser mujer la contraparte), esto atendiendo a que históricamente a la mujer le ha resultado más difícil adquirir bienes porque resulta que incluso en el trabajo ganan menos y después debe realizar tareas propias del hogar mientras el caballero se repantiga en el sofá.

Pese a que son injusticias, el juzgador jamás puede a su discreción y basándose en las circunstancias propias del conflicto calcular el porcentaje de participación debido a que para ello la ley señala el grado de participación indiscriminadamente de las aristas del caso y es allí cuando se configura en su totalidad la igualdad entre los cónyuges o convivientes.

Por ejemplo, también se materializa la igualdad entre cónyuges en esta situación: “B” tiene derecho a participar respecto del patrimonio de “A” y este último tiene derecho a

participar respecto de los valores de “B”; sin embargo, es sumamente absurdo y he visto en distintas resoluciones en donde se ordena rematar la totalidad del patrimonio de ambas partes cuando se puede utilizar la figura de la compensación porque no se trata de dejar a las partes sin bienes.

No obstante, considero que en segunda instancia si se respeta el principio en su totalidad pero muchos de los jueces de primera instancia están confundiendo igualdad en donde no aplica; por ejemplo, los dos tienen derecho a participar en gananciales del valor neto de la finca pero ¿Por qué el dueño tiene derecho a participar de un crédito? ¿Quién le paga? Ese razonamiento en el Tribunal no tiene cabida.

Entonces navegando en todos esos temas hay que saber encontrar y aplicar esa igualdad.

El régimen convencional que se subdivide en: capitulaciones, convenio de divorcio, conciliación, acuerdo que no sigue las formalidades (yo sostengo la tesis que las formalidades son para efectos de terceros pero no entre cónyuges, porque de conformidad al CC el contrato es ley inter partes y siguiendo esa línea los cónyuges o convivientes pueden pactar en un contrato cómo van a disponer de los bienes habidos en la unión, incluso el contrato puede ser verbal siempre que este sea demostrable).

El otro escenario es cuando no hay consenso, entra la ley a regular la situación régimen supletorio legal que también se subdivide: artículo 40 del CF, durante la vida normal del matrimonio que indica que cada cónyuge es dueño y dispone libremente de los bienes adquiridos antes de casarse, de los adquiridos por cualquier título estando casados y de los frutos que aquellos le den (este régimen la doctrina lo conoce como separación absoluta del patrimonio); el otro régimen legal es el de participación en gananciales, este se produce cuando termina el matrimonio (por muerte, matrimonio, nulidad y separación judicial) y aparte de ser un régimen supletorio es diferido.

Cabe destacar, que los convivientes también pueden comparecer ante notario para realizar capitulaciones matrimoniales o si lo desean hasta un contrato de comunidad plena (lo suyo es mío y lo mío es suyo) e inscribirlo, es perfectamente posible.

Antes de determinar el derecho a participar en gananciales primero se debe identificar cuáles son los bienes gananciales, que son todos aquellos que conforman el patrimonio de una persona a excepción de los cinco casos que establece el CF, ahora, si se llega a obtener esa condición de ganancialidad hay derecho a participar.

El problema surge cuando se interpreta la norma para determinar qué bienes son gananciales que tampoco es que se haga bien o mal, simplemente es un tema de interpretación, por eso no se puede decir que primera instancia esté equivocado jurídicamente sino que puede existir una mejor interpretación, tal como sucede si entra el Tribunal (que es un ente colegiado y de alzada) a valorar o incluso la Sala (pero cabe destacar que los pronunciamientos de esta sala no son vinculantes, salvo en materia constitucional) pues prevalece el criterio del superior.

Por ejemplo, si el bien se adquirió antes del matrimonio no es ganancial pero sí se adquirió con ocasión del matrimonio como la compra de la casa en la cual se pretende vivir pues no se puede aplicar el primer criterio a rajatabla porque si bien se adquirió antes de formalizar el vínculo lo que motivó la adquisición fue el matrimonio.

En otro sentido, hay una discrepancia enorme entre este Tribunal y la Sala II respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio por título aleatorio. Es decir, si “A” se compra la lotería y se pega el acumulado no es ganancial, lo señala la ley de manera estricta y la Sala II tratando de hacer de hacer una interpretación se ha respaldado en el “esfuerzo común” para adquirir la lotería o similares.

Ahora, una cuestión curiosa es ver que en cinco artículos se regula el régimen patrimonial de la familia... ¿Sabes en cuántos artículos se regulan esta misma situación en el CC de España? En ciento treinta artículos ¿El CF de Panamá? En ciento diez artículos; y en Costa Rica es ridículo que en un solo artículo se resuman los efectos patrimoniales de esta figura.

Yo considero que el derecho procesal de familia sí es una rama autónoma, si bien existe una teoría del proceso pero el proceso como tal no tiene importancia sino que este tiene importancia en el tanto el derecho sustantivo ¿Es posible hacer un código que reúna todas las materias? Sí, sí es posible de hecho muchos países lo regulan así ¿Es incorrecto

regularla de esa manera? No, no es incorrecto es más un tema de voluntad legislativa. En Costa Rica se hicieron varios esfuerzos para contemplar en un solo código todos los procedimientos con las respectivas diferencias de cada materia y fracasó tres veces.

Fue así que se optó por un sistema en el cual cada materia regulaba su propio procedimiento, lo cual es razonable porque las necesidades sustantivas son distintas... por ejemplo, no se puede pensar que en materia civil opera el principio de gratuidad.

Yo estoy totalmente de acuerdo con la jurisprudencia sobre cómo se deben liquidar los bienes gananciales...porque si se conoce el motivo del por qué se resuelve como se ha venido haciendo se puede llegar a la conclusión de que es una forma efectiva para la solución del conflicto, imponer el modelo de cobro judicial de manera literal para todos los asuntos no es realista.

El CPF tiene una particularidad, fue hecho por muchos y por nadie como en Fuenteovejuna ¿Quién mató a Fuenteovejuna?... El CC, los redactores fueron Parejeles, Jorge López y Rodolfo León, aunque contaron con el aporte de otros expertos pero ellos son los que tienen clara la filosofía del CC. Si el código está muy bien hecho hay que hacerles un homenaje y si es un fracaso es responsabilidad de ellos, en cualquiera de las dos situaciones sabemos quiénes son ya sea para agradecerles o darles la responsabilidad del desatino.

Pero en el CPF no sabemos quiénes son porque mucha gente opinó, mucha gente hizo sugerencias y se tomaron decisiones sin consultar, es que esto no puede ser tan democrático donde tantas personas metan mano, esto no es razonable.

Entonces, yo estoy de acuerdo con la existencia de una regulación del procedimiento en materia de familia y estoy de acuerdo con muchísimas normas del CPF pero este tiene unos detalles inaceptables...yo pensaba que en CR teníamos un nivel de madurez de discusión y objetividad, pero este código se hizo en el máximo secreto y se publicó en el máximo secreto hasta después de aprobado; o sea ¿En qué momento era posible hacer ver las falencias de esta norma?

La esencia del artículo está muy bien, ya que no va a permitir de manera explícita el rebajo de la base por la mera facultad del juzgador pero si las partes están de acuerdo o una de las partes acepta asumir la pérdida ante la rebaja sin perjudicar a la contraparte no tendría que limitarse dicha voluntad. Es decir, lo que no es conforme a derecho es aplicar las rebajas de la ley de cobro de manera oficiosa que es lo que sucede en muchos juzgados; ahora bien, de la lectura del artículo se puede visualizar que introducen el elemento de copropiedad y este es un término que a mi criterio nada tiene que ver con gencialidad.

La LCJ ya está derogada y lo que se mantiene en vigencia para estos asuntos es el código que murió, entonces cuando murió el código ya no tenía las normas de cobro; eso ahora solo está en el nuevo CPC y no hay que guiarse por el transitorio sino que ya hay una ley.

Ahora, no hemos encontrado ningún caso estos días para sentar un precedente y en mi opinión lo que no estaba en el anterior CPC no se puede aplicar ¿Y en dónde está ahora regulado el remate? En el nuevo CPC y es esa norma la que se va a utilizar, debido a que no se puede aplicar normativa derogada que no ha sido revivida y aquí lo único que se revive es el anterior CPC no la LCJ.

### **Apéndice C**

Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal a MSc. Giovanni Cavallini Barquet, abogado litigante experto en materia de familia, 05 de noviembre del 2018:

El derecho de familia, es una ciencia del derecho que tiene que resolver los problemas que se genera a raíz de los conflictos familiares procurando la unidad de la familia; su función principal es proteger las relaciones de pareja, las relaciones de los miembros y proteger aquel que es más vulnerable.

Es importante manejar una de las tesis de Encarna Roca, que establece que el derecho de familia está para la solución de los conflictos familiares, mantener la unidad de la familia y la tutela de aquellos que son vulnerables.” eso es, así.

Familia es muy simple, hace unos años un par de trabajadoras sociales del Poder Judicial establecieron el concepto: La familia es un grupo social integrado por varias personas unidas por un vínculo de afinidad, parentesco, simpatía, o intereses comunes. Que tienen una economía compartida y vida cotidiana. Esa es la definición más fuerte de familia considero yo.

La familia en sentido estricto (padre, madre e hijos) es la familia tradicional, es un modelo, no es la familia en sí; y yo en lo personal voy más acorde con los nuevos modelos de familia.

Ahora, la pareja son dos personas que tienen elementos de afinidad, afectivos y sexuales, estos además visualizan la construcción de un proyecto común y economía compartida.

Por otro lado es importante explicar que de la pareja se derivan el matrimonio y la unión de hecho; por consiguiente estos actos pueden desencadenar una serie de efectos pero entre los efectos que produce el matrimonio al ser una institución ya reconocida simple y sencillamente el primero es que es erga omnes, en virtud de ello se inscribe para que cualquiera pueda este identificar quién es el esposo u esposa.

Esa es una de las diferencias que tiene el matrimonio de la unión de hecho, en lo demás son exactamente iguales; otra distinción entre ambas figuras es que para el matrimonio se otorga un efecto patrimonial desde la constitución del vínculo, por ejemplo: "A" y "B" se casan hoy, "A" crea una empresa, 6 meses después se quieren divorciar y ahí "B" puede alegar que dicha empresa entra en el derecho de gananciales; mientras que en una unión de hecho para adquirir el derecho a participar en gananciales es necesario que dicha convivencia se haya dado de manera continuada, pública y las partes tengan libertad de estado por no menos de tres años.

Es decir, en la unión de hecho, "A" y "B" deciden vivir juntos y en el curso de esa unión "A" crea una empresa y ambas partes se separan antes de cumplir el término fijado por ley, en este caso "B" no tiene aptitud o está legitimada a reclamar ningún derecho de carácter ganancial.

Ahora bien, yo no considero que el plazo determinado por la norma de tres años como requisito sea un término prudencial, no obstante, si el conviviente no titular colaboró con el enriquecimiento este puede reclamar el derecho correspondiente en otra sede, como por ejemplo en civil.

Sin embargo, el tema del “auxilio mutuo” es una arista complicada y no porque no pueda existir sino porque este debe ser materializado y cuantificable; en otras palabras, si no se cumple el plazo mínimo indicado por la ley para reconocer la unión de hecho y así produzca efectos patrimoniales la parte interesada debe demostrar dicho aporte ya sea en especie o económico, porque la convivencia per se no otorga el derecho participar en gananciales.

Caso contrario sucede en España, donde los convivientes pueden llenar un formulario para manifestar que viven en unión de hecho y dicho documento lo presentan en el Registro Civil local.

El principio es bastante interesante porque consiste en no crear ninguna discriminación en cuanto los derechos y responsabilidades que cada uno de los miembros de la pareja tienen entre sí, o sea son simplemente iguales, esto porque ambos están en igualdad de condiciones en determinado plano.

Este principio de igualdad entre los cónyuges en referencia a los efectos patrimoniales es muy sencillo, porque indiferentemente de las circunstancias ambos tienen derecho a participar en un cincuenta por ciento del valor neto constatado en el patrimonio de la contraparte. Porque recuerde que la igualdad es tratar como iguales a aquellos que lo son, pero en la condición.

Incluso, considero que este principio en el proceso ordinario se procesa como el derecho a participar a gananciales y en fase de ejecución se otorga lo que corresponde; no obstante, en cualquier estado del proceso los jueces pueden generar menoscabos al determinar un bien como ganancial cuando no lo es o cuando ordena el remate generándole la pérdida del bien al titular y con una deuda no solo al banco (en caso de hipoteca) sino a la contraparte y peor aun cuando se ordena el remate con las distintas rebajas que indica la LCJ.

Referente a la manera de disponer de los bienes adquiridos durante a la unión, hay dos formas: por convenio como las capitulaciones, el divorcio, conciliación, etcétera; o bien, a falta de acuerdo mediante las estipulaciones de la ley.

Pero hay que recordar que el régimen de participación de acuerdo a don Gerardo Trejos es el derecho que tengo yo a participar en los bienes de mi pareja...yo no entendería el nacimiento de ese derecho como uno de acreedor – deudor, esto en virtud de que yo tengo el derecho, uno de crédito que me permite participar en el patrimonio del otro. No obstante, darle ese tratamiento puede ser una cuestión meramente relativa y subjetiva.

Retomando, para mí las capitulaciones matrimoniales son lo ideal, pero este convenio socialmente tiene una connotación negativa para la ciudadanía porque lo perciben como una condición de término para el matrimonio pero no ven que es un instituto bastante amigable para ahorrar futuros problemas de carácter económico, resuelve la distribución de los bienes, etcétera.

Además, hay que tomar en cuenta que en el régimen de participación ganancial quien toma la decisión es un juez ante la presencia de un conflicto y este lo va a hacer al amparo de la norma y puede que la manera en la cual la ley determina qué se debe considerar ganancial y la forma de liquidarlo a las partes no les parezca del todo satisfactorio...por eso en mi opinión, es mejor utilizar la vía de los convenios, que es también mucho más expedita.

En ese extremo, me parece que la jurisdicción de familia respeta a cabalidad el derecho a participar en gananciales porque lo hace justificándose totalmente en el ordenamiento jurídico. Al menos yo no puedo hablar de un menoscabo del derecho porque es una justicia perspectiva, los jueces establecen el derecho de participación ganancial y nada más; sin embargo, la fase de ejecución es la que es más difícil y es la etapa del proceso en donde más se pueden evidenciar esta clase de vulneraciones.

Teniendo conocimiento de la creación del CPF debo decir que no pienso que el derecho procesal de familia sea una rama autónoma porque el derecho procesal como tal es una herramienta para materializar el derecho de fondo. Es preciso recordar que el derecho procesal está al servicio o es un medio para alcanzar el conjunto de normas que se

encuentran en la legislación vigente. Esto nos permite comenzar a clasificar que el derecho procesal de familia no puede actuar solo sino que es un medio para orientar y salvaguardar los bienes jurídicos superiores que representan la familia.

El CPF tiene sentido pero no como una rama independiente sino como herramienta para operacionalizar el derecho de fondo. Por ejemplo, en materia de familia la prueba se puede tasar diferente, la cosa juzgada se trata distinto también, la norma no se interpreta con tanta rigurosidad pero eso es propio del derecho procesal al servicio del derecho de fondo.

En otro orden de ideas, la liquidación de un bien ganancial en sede judicial de conformidad con la integración de la norma utilizando el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Tribunal de Familia estableció que esto se tenía que hacer igual que se hace un monitorio en cuanto a remates, un bien que va a ser liquidado se tasa primero, se evalúa, posteriormente se saca a remate ya sea para que la otra parte aporte lo que le corresponde para repartir el derecho o se saca en un simple remate, primero, segundo o tercera subasta, de acuerdo con las tablas del monitorio.

Por lo tanto, la ejecución de estos bienes se hace exactamente igual que un proceso de ejecución de deudas líquidas y dinerarias, integrando las normas porque es la única manera en la que se permite solucionar el conflicto en cuestión ya que actualmente no hay norma especial y expresa al respecto. Dicho criterio fue una construcción del Tribunal de Familia, muy buena por cierto, con un par de particularidades debido a que es un derecho de crédito y por consiguiente debería ser privilegiado.

Como se trajo a colación, el remate es una herramienta mediante el cual un juez saca un bien a venta judicial con el objetivo de obtener un precio y a partir de eso proceder posteriormente al pago de los créditos que existan.

El artículo 322 del CPF va a producir un fuerte impacto en el tanto que no va a existir la posibilidad de una base que se rebaje de manera porcentual y oficiosa en lo referente a la ejecución de bienes gananciales como sí lo señala la LCJ y el nuevo CPC para la satisfacción de deudas de carácter dinerario, líquidas y exigibles.

Pese a la construcción del Tribunal de Familia que indicaba que en lo tocante a la ejecución de bienes gananciales se utilizaría la LCJ pero de manera no literal, es decir, sin aplicar las rebajas en los remates los juzgados siguen ordenando la rebaja porcentual y de manera oficiosa.

Ahora, un punto importante es que hasta que no entre en vigencia el CPF la normativa a utilizar es el CPC nuevo en la parte del monitorio dinerario, esto por cuanto la LCJ quedó totalmente derogada, entonces no podemos resucitarla, ahora hay que integrar artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.