



Diario Oficial

LA GACETA

Costa Rica

145 años

JORGE EMILIO CASTRO FONSECA (FIRMA)
Firmado digitalmente por JORGE EMILIO CASTRO FONSECA (FIRMA)
Fecha: 2023.10.16 15:37:23 -06'00'



Benemérita
Imprenta Nacional
Costa Rica

ALCANCE N° 201 A LA GACETA N° 191

Año CXLV

San José, Costa Rica, martes 17 de octubre del 2023

352 páginas

PODER LEGISLATIVO PROYECTOS

INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Imprenta Nacional
La Uruca, San José, C. R.

PROYECTO DE LEY

LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO Y EN LA UNIÓN DE HECHO.

Expediente N.º 23.982

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

El artículo 51 de la Constitución Política ordena una protección especial para la familia, y en particular para la madre y su hijo. Se dispone que “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges” (art. 52). En igual sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 17.4, reconoce en el legislador la responsabilidad de tomar “medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges”, “en cuanto al matrimonio”, “durante el matrimonio” y “en la disolución del matrimonio”.

Es tan importante la función del Estado en dichos institutos que deben procurar por todos los medios legales la existencia de un cuerpo normativo que regule adecuadamente la forma a través de la cual se constituye el vínculo matrimonial, generando con ello garantías de validez del vínculo, requisitos de admisibilidad y consecuencias a la no observación de dichos requisitos, como lo sería las nulidades del matrimonio tanto en su modalidad de inexistencia matrimonial como nulidad absoluta y relativa (artículos 14, 14 bis y 15 y 16 del Código de Familia).

Durante la vigencia, se mantienen los principios de convivencia en común, socorro, mutuo auxilio y cooperación, propios de la relación recíproca entre cónyuges, el derecho a la no violencia y el derecho alimentario entre otros (véase el artículo 169 del Código de Familia).

Un aspecto importante es que el nacimiento y sostenimiento en el tiempo del vínculo matrimonial depende por su propia naturaleza de la autonomía de la voluntad de las personas, eso quiere decir que a nadie se le puede obligar a casarse y menos aún a continuar viviendo con una persona a la cual no ama y no desea seguir teniendo vida en común. Por lo tanto, el ordenamiento si bien es cierto debe proteger a la familia y la vida en común, esa protección debe darse en el tanto ambas personas deseen mantener esa vida en común. De tal manera, que, además, debe propiciar mecanismos ágiles y sin muchas trabas que permitan a las personas romper el vínculo conyugal y permitir que la autonomía de la voluntad sea el medio que valide la existencia y la vigencia del matrimonio en el tiempo.

Por eso es que, en Costa Rica existen dos formas de disolver el vínculo matrimonial; la primera tiene que ver con la autonomía de la voluntad y se encuentra regulada en el artículo 60 del Código de Familia, el cual dispone el contenido que debe tener el divorcio por mutuo consentimiento. Ese primer escenario depende del acuerdo de ambos cónyuges para disponer no solo la disolución del vínculo si no también ponerse de acuerdo con la forma de liquidar los derechos personales y patrimoniales del matrimonio, como lo serían alimentos entre cónyuges, alimentos a favor de personas menores de edad, custodia, régimen de interrelación familiar y liquidación de los gananciales.

Cuando no existe acuerdo de voluntades para romper el vínculo matrimonial, queda por hacer uso del divorcio encausado, por medio de causales contenidas en el numeral 48 del Código de Familia, el cual es un proceso contencioso con parte actora y demandada, en el cual se siguen etapas procesales hasta el dictado de una sentencia de fondo.

En cuanto a la liquidación de los bienes gananciales se debe indicar que en Costa Rica es factible afirmar que la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio se puede realizar por dos vertientes:

1. El régimen convencional, que es el régimen principal. En esta vertiente, son los propios cónyuges quienes deciden qué hacer con los bienes que se encuentran dentro de su respectivo patrimonio cuando se produzca el divorcio. Esta decisión no se limita a la condición de "bienes gananciales" y, por ello, el pacto puede incluir bienes que no lo sean. Así, por ejemplo, resulta jurídicamente viable que los esposos pacten que uno de ellos le va a traspasar al otro una finca que había adquirido por causa gratuita antes de la celebración del matrimonio.

Esta manifestación de voluntad tiene respaldo jurídico en distintos escenarios:

- a) Mediante la suscripción de un contrato de capitulaciones, que se otorga en escritura pública y se debe inscribir en el Registro Nacional, Sección Personas Jurídicas y también en la Sección Mercantil cuando alguno de los cónyuges -o ambos- son comerciantes. Sin embargo, no se da la posibilidad que dicho acuerdo pueda ser celebrado entre los cónyuges mediante un contrato privado que no tenga que ser inscrito. Esto es importante agregarlos por cuanto la inscripción de las capitulaciones matrimoniales es para efectos de terceras personas, pero entre partes el contrato privado sin inscripción debería de tener las mismas consecuencias y eficacia jurídica, por eso es que se debe reformar el numeral 37 del Código de Familia, el cual solo permite capitulaciones matrimoniales cuando estén inscritas y en escritura pública, para permitir los contratos privados de liquidación ganancial. Lo anterior tiene su finalidad en la noción de que las relaciones familiares deben ser invadidas lo menos posible por el legislador y promover en mayor medida la autonomía de la voluntad a través de acuerdos consensuales que permitan disponer la forma de surtir efectos el matrimonio.

b) Este es un acuerdo expreso que adoptan los cónyuges antes de contraer matrimonio o durante su vigencia. Cuando se adopta antes del matrimonio, su eficacia evidentemente depende de que el matrimonio se contraiga. (Véase los artículos 36 a 39 del Código de Familia y 235 inciso g del Código de Comercio).

c) Mediante la suscripción de un convenio de divorcio o de separación judicial por mutuo consentimiento. Lo cual antes de la reforma al artículo 60 del Código de Familia introducida por Ley 9781 del 28 de octubre de 2019. Vigente desde el 13 de diciembre de 2019 fecha en la cual fue publicada, permitía incluir todos los bienes incluso aquellos que no tuvieran vocación ganancial, sin embargo, luego de esa reforma se indica lo siguiente: b) La distribución de la propiedad de los bienes gananciales habidos en el patrimonio de los cónyuges. Por lo tanto, en éste momento se deben incluir en el convenio de divorcio por mutuo acuerdo o separación por mutuo acuerdo en teoría solo aquellos bienes con vocación ganancial.

d) Mediante un acuerdo conciliatorio que se adopte en un proceso contencioso de divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio. Incluso es posible que el acuerdo sea parcial y que se deje a decisión judicial y con parámetro legal (supletorio), la decisión sobre los extremos no conciliados (Véase los Art. 314 y 304 del Código Procesal Civil y Arts. 2, 3 y 12 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social).

e) Aun existiendo una sentencia firme que hubiere resuelto el conflicto con base en los parámetros legales (supletorios), los exesposos podrían convenir posteriormente en una forma distinta de liquidar el régimen patrimonial del matrimonio. (Art. 3 de la Ley RAC) Todo lo anterior se puede ver en el artículo doctrinario llamado: “Reformas y adiciones hechas en diversas leyes a los artículos 48, 49 y 60 el Código de Familia. Luces y Sombras. Mauricio Chacón Jiménez.

2. El régimen legal, que es el régimen supletorio. En esta vertiente, a falta de acuerdo de los esposos, el artículo 41 del Código de Familia contempla que el derecho que tiene cada cónyuge es a participar en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro (Reformas y adiciones hechas en diversas leyes a los artículos 48, 49 y 60 el Código de Familia. Luces y Sombras. Mauricio Chacón Jiménez). Así, este mismo artículo indica cuáles bienes no son gananciales, aunque se encuentren dentro del patrimonio del respectivo cónyuge; y el derecho que concede esta norma no es un derecho real de copropiedad o de distribución del bien (el bien de uno de ellos no se puede inscribir a nombre de ambos, ni tampoco es factible segregar una parte del bien que pertenezca a uno de ellos para inscribir esa parte a nombre del otro). La obligación del cónyuge propietario consiste en cancelarle al otro el cincuenta por ciento del valor neto del bien ganancial, por lo que el derecho del cónyuge no propietario consiste en recibir una suma de dinero. Como se trata de un régimen supletorio, en

la que un tercero el Juez o la Jueza es quien toma decisión ante la falta de acuerdo entre los esposos, el concepto de "gananciales" no responde a las características básicas de un convenio de divorcio). (Reformas y adiciones hechas en diversas leyes a los artículos 48, 49 y 60 el Código de Familia. Luces y Sombras. Mauricio Chacón Jiménez).

De lo anterior vemos que son dos las formas de resolver la liquidación ganancial en el matrimonio a saber acuerdos en sus diversas modalidades y el régimen legal del artículo 41 del Código de Familia. Lo que respecto a eso interesa es el tema relativo a las capitulaciones matrimoniales regladas en el numeral 37 del Código de Familia, las cuales solo son válidas si están en escritura pública y son inscritas en el Registro Público, lo cual deja por fuera la posibilidad que ambos esposos tienen de pactar por medio de un contrato privado la forma de liquidar el patrimonio conyugal ante un posible divorcio. Considerándose entonces necesario aumentar el principio de autonomía de la voluntad a otras formas consensuales que no necesariamente sea inscripción y con la salvedad de que los actos jurídicos que se inscriben como los contratos son para efectos de terceros, ya que entre las partes que los firman si son plenamente válidos. Por eso la necesidad de permitir que los esposos opten desde su libertad si pactan un contrato privado de liquidación ganancial o en su defecto capitulaciones matrimoniales con los requisitos establecidos, o en su defecto no pactar nada y que sea el régimen legal del artículo 41 el que se aplique a falta de un régimen de voluntad conyugal. Una solución sencilla sería la siguiente: Como el artículo 38 del Código de Familia se encuentra derogado (Artículo 38. *(Derogado por el artículo 4° de la ley N ° 9406 del 30 de noviembre de 2016, "Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas."*), se puede correr la numeración del artículo 39 al 38 y en el 39 crear un artículo que indique: Contratos privados. Antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia, se puede celebrar un contrato privado con efectos para las partes solamente, sobre los bienes presentes y futuros y su forma de liquidación al momento del divorcio.

Otro aspecto que debe ser reformado es el hecho de que el numeral 39 del Código de Familia dispone:

“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”.

Sobre ese artículo hay que indicar que el derecho ganancial es un derecho de los cónyuges, en ninguna parte de la legislación se estipula que sea un derecho en el cual se tenga que tomar en cuenta a los hijos e hijas o sea para efectos de pactar capitulaciones matrimoniales no es una limitación la existencia de hijos y por ende para modificarlas cuando hay hijos e hijas en común tampoco se requiere ni su participación y mucho menos la autorización por parte de la persona juzgadora. De tal manera que la modificación a las capitulaciones matrimoniales una vez otorgadas

e inscritas debe ser un acto solamente entre cónyuges y no se debe requerir autorización del juzgado aún y cuando haya personas menores de edad hijas en común, por lo que se debe suprimir esa parte del artículo 39, que pasaría a ser con esta reforma el artículo 38. En igual sentido se debe suprimir la obligación de que un extracto de la escritura pública que modifica las capitulaciones matrimoniales sea publicado en el periódico oficial, toda vez que la sola modificación en escritura y su consecuente inscripción registral produce efectos a terceros tomando en cuenta claro está el principio de publicidad registral que impera en estos actos.

En cuanto a la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Público, se debe dejar claro que debe hacerse en la Sección de Personas Jurídicas y también en la Sección Mercantil cuando alguno de los cónyuges -o ambos- son comerciantes. Lo anterior por cuenta los bienes gananciales pueden ser tanto los contenidos en el dominio registral de cada cónyuge como en el dominio registral de personas jurídicas en las cuales los cónyuges tengan participación y disposición de ese patrimonio, por lo tanto, debe amparar también dicha posibilidad.

La validez de las capitulaciones matrimoniales y en la unión de hecho está determinada no solo por su instrumentalización en escritura pública e inscripción registral, sino que el consentimiento y la voluntad hayan sido libremente expresados, esto significa, ausente de toda violencia tendiente a su obtención. Por lo tanto, se debe incluir en las normas que se están reformando que en el caso de que uno de los futuros contrayentes, esposos o convivientes consienta por fuerza o miedo grave, el contrato será anulable, según las disposiciones del proceso ordinario familiar o en su defecto el resolutivo familiar cuando entre en vigencia el Código Procesal de Familia.

La Sala Constitucional ha reconocido, en diversas oportunidades, que el legislador goza de la libertad para diseñar los procedimientos que permitan dar solución a las necesidades sociales, tal y como lo resolvió en Sentencia N.º 2017-04005 de las 10:40 horas del 15 de marzo de 2017, en que la que se refirió a la discrecionalidad legislativa para desarrollar el programa constitucional fijado por el Poder Constituyente. Y, específicamente en relación con la discrecionalidad con la que cuenta el legislador para definir los procesos del Derecho de Familia, la Sala Constitucional, en Sentencia N.º 2011-010170 de las 16:12 horas del 03 de agosto de 2011, estimó que el legislador tiene constitucionalmente competencia para diseñar procesos judicial y establecer requisitos y formalidad que deben observarse para la realización de determinados actos jurídicos, razón por la cual el establecimiento del requisito de que un juez verifique el cumplimiento de las condiciones en las que procede la declaratoria de divorcio no lesiona el principio de autonomía de la voluntad, ya que solo se trata de un control de la legalidad del acto, que no imposibilita ejecutar la voluntad de los cónyuges.

La concepción del matrimonio como pilar y base esencial de la familia, implica la existencia de un interés público en su estabilidad y permanencia -aunque no sea la única forma de familia que tutela el ordenamiento jurídico-, de allí que el Estado tenga la responsabilidad de garantizar su tutela. Pero, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en su Sentencia N.º 2017-009519 de las 09:15 horas del 21 de junio de 2017 dicta:

“debe haber un equilibrio entre esa tendencia a la estabilidad y permanencia del matrimonio que tutela el Estado y el interés de los cónyuges en la disolución del vínculo matrimonial, de manera tal que las condiciones y requisitos para lograrlo no se conviertan en un obstáculo infundado que obligue a los cónyuges a permanecer en una relación no deseada por no tener ya interés en continuar con un proyecto de vida en conjunto. Y, si bien en esta materia, el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para elaborar el diseño relativo a las causales de divorcio, sus condiciones y requisitos, esa discrecionalidad tiene límites, entre ellos, el bloque de constitucionalidad; y, en particular, los principios de proporcionalidad y racionalidad constitucionales. Lo anterior, sin olvidar que, como se explicó, a la sociedad costarricense le interesa la permanencia del matrimonio, en la medida que este constituye, precisamente, la base que la sostiene, de modo que su disolución ha de fundarse, necesariamente, en causas de considerable gravedad, al punto que, de no producirse tal ruptura, se generarían resultados contraproducentes para la sociedad misma. Es decir, las causales de divorcio existen en el tanto se entiende que su presencia en un matrimonio desnaturaliza el objeto de la institución, diseñada para crear y promover relaciones basadas en la vida en común, en la cooperación entre los cónyuges, en la comprensión y el mutuo auxilio -no en la confrontación y el peligro para los cónyuges-, condiciones indispensables para la protección y desarrollo del ser humano y la comunidad. De allí, que la protección y conservación del matrimonio debe ser hasta lo que sea razonablemente posible.”

Como se puede evidenciar en el voto anterior, la misma Sala Constitucional ha mantenido la línea de favorecer en las relaciones familiar la autonomía de la voluntad y principalmente la facilidad para disolver el vínculo. Hay situaciones que han llevado al legislador a la creación de leyes que representan un remedio ante una inconveniencia de continuar en vida marital, pero, además, las causales de divorcio se han ido ampliando con el transcurso del tiempo, como una manera de responder a las necesidades actuales de una sociedad cambiante, siempre en consideración del bienestar personal, familiar y social.

Es así como en el año 1995, se adicionó al artículo 48 del Código de Familia un inciso 8) que introduce, como nueva casual para el divorcio, la “La separación de hecho por un término no menor de tres años.”¹

¹Así Adicionado el inciso anterior por el artículo 2 de la Ley “Adiciona Código de Familia para Regular la Unión de Hecho”, N.º 7532 de 8 de agosto de 1995.

Más recientemente, en 2020, el legislador aprueba una nueva causal, la cual, por algún error de tipo administrativo, recibe el mismo número de inciso 8), esta vez para introducir la causal de incompatibilidad de caracteres. El inciso referido dice lo siguiente: “La solicitud de una de las partes ante la incompatibilidad de caracteres para poder hacer vida en común, después de transcurridos seis meses contados a partir de la celebración del matrimonio.”²

En ese sentido, se considera que exigir la presentación del convenio en un determinado plazo y menos en uno tan corto de tres meses, podría implicar mayores gastos a la familia, sin necesidad y además a sostener en el tiempo un vínculo jurídico que depende de la voluntad de ambas partes, cuando en realidad ya no la tienen. Los plazos para pedir el divorcio por incompatibilidad se consideran contrarios a la autonomía de la voluntad, no justifican la existencia de seis meses para pedir el divorcio por esa causa. Lo anterior implica poner una limitación irracional y desproporcional a la libre voluntad de disolver el vínculo matrimonial cuando no existe la concurrencia de una causal como la sevicia o el adulterio.

La Sala Constitucional ya se pronunció sobre la inconstitucionalidad del plazo de tres años para poder divorciarse por mutuo consentimiento, por lo que exigir seis meses para poder invocar la incompatibilidad de caracteres resulta incomprensible, ya que limita y vulnera el principio de autonomía de la voluntad y la posibilidad de que el matrimonio pueda ser disuelto solo con el hecho de no querer tener vida en común. De tal manera que el otorgamiento de plazos para disolver el vínculo matrimonial es contrario a los derechos humanos de las personas, en su consideración al derecho de autonomía de la voluntad y la protección a la dignidad y la integridad.

El legislador debe establecer limitaciones o restricciones a los derechos, siempre y cuando las mismas sean, razonables, proporcionales, tener un interés legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática; de tal manera que el otorgamiento de plazos para poder disolver el vínculo matrimonial por incompatibilidad de caracteres es una restricción que vulnera tales principios, ya que invade una esfera muy privada e íntima de una persona que no desea continuar estando casada. Por lo tanto, se considera necesario, eliminar el plazo de seis meses establecido para el divorcio por incompatibilidad de caracteres.

En otro aspecto, se debe tener presente que también es necesario reformar visar el artículo 48 del Código de Familia, el cual no sólo contempla causales de divorcio, sino que también regula el divorcio por mutuo consentimiento, en ese sentido el artículo toma en cuenta que el divorcio por mutuo consentimiento es una causal más para pedir la disolución del vínculo matrimonial, lo cual no es así, ya que el divorcio por mutuo consentimiento es otra forma de disolver el vínculo no una causal, de tal manera que no debe estar contenido dentro del listado de causales, aunque si, debe estar dentro del numeral 48 como otra forma de disolver el vínculo matrimonial.

² Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1° de la Ley para la reivindicación de la autonomía de la voluntad en el proceso de divorcio, N.° 9823 del 3 de marzo del 2020. Nótese que ya existe un inciso 8)

Además, debe tomarse en cuenta los cambios de paradigmas sobre el derecho de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y a que estas sean tomadas en consideración incluso por sus progenitores (Artículo 12 de la Convención De los Derechos del Niño, Observación General. N.º 12 y Observación General N.º 14, ambas del Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas), y sobre la decisión legislativa de la custodia compartida como prioritaria (reforma al art. 152 Código de Familia); que la obligación alimentaria de los progenitores con respecto a sus hijos e hijas ya está dispuesta en la Ley (Art. 169.2 Código de Familia), por lo que no es razonable que los cónyuges dispongan "a cuál de ellos" le corresponde o cuál es la "proporción" de cada uno; que el monto de la pensión alimentaria no es indispensable porque en familia se puede convenir en la satisfacción directa -total o parcial- de las necesidades; que existen muchas situaciones en que los bienes están dentro del patrimonio de empresas "familiares". Por eso, el derecho alimentario debe dejar de ser un requisito indispensable para aprobar el convenio de divorcio y ser algo optativo en el cual los contrayentes decidan, si quieren o no pactar en el acuerdo de divorcio tal derecho.

Un aspecto adicional es que resulta más que recomendable que se mantenga la posibilidad de que la unión de hecho también finalice mediante un acuerdo satisfactorio para los convivientes, tal como lo dispuso la Ley 9781 con la reforma del artículo 60 del Código de Familia.

Sumado a lo anterior se debe reformar y aclarar el artículo 60, con la finalidad de sacar de él todo lo relativo al divorcio por mutuo consentimiento y el cese de la unión de hecho por mutuo consentimiento, para que en dicho artículo solo quede regulado lo relativo a la separación judicial por mutuo consentimiento, por cuanto lo relativo a esos dos temas ya estaría modificado con la presente reforma en el artículo 48.

Finalmente, y no menos importante es, el hecho de que en Costa Rica ha costado muchas luchas lograr que la protección legal del matrimonio sea la misma que la de la unión de hecho. Fue difícil para el Estado entender que el reconocimiento de la unión de hecho contemplado en el numeral 245 del Código de Familia es solo para efectos patrimonial al momento de su separación o cese y que para reclamar derechos de carácter administrativo como lo es el aseguramiento social para atención por salud, el otorgamiento de beneficio de bono de la vivienda o la visita carcelaria, son temas que se acreditan en cada acto y ante cada institución sin necesidad de acudir a la vía judicial a pedir el reconocimiento. El reclamo alimentario entre convivientes se pensó durante muchos años se pensó que tenía que primero pedirse el reconocimiento de la unión de hecho ante el juzgado de familia y luego acudir al proceso alimentario correspondiente, sin embargo recientemente la Asamblea Legislativa mediante ley número 10223 del 05 de mayo de 2022, realizó la interpretación auténtica del artículo 245 y aclaró que para efectos de reclamar el derecho alimentario entre convivientes no se debe acudir al proceso de familia de reconocimiento de unión de hecho, sino que se puede acudir directamente el

proceso de fijación alimentaria, esto agiliza el reclamo alimentario y evita vulneraciones generadas por el tiempo que dura en un juzgado de familia el reconocimiento de una unión de hecho.

Una diferencia palpable que aún se mantiene entre el ejercicio de los derechos y responsabilidades derivadas del matrimonio y la unión de hecho es que el numeral 37 del Código de Familia contempla la posibilidad de que antes de celebrar el matrimonio o durante su vigencia los cónyuges puedan firmar un contrato privado de capitulaciones matrimoniales, el cual consiste en definir desde el punto de vista consensual la forma de liquidar el patrimonio de la sociedad conyugal, éste convenio es en escritura pública y debe ser inscrito en el registro Público para que surta efectos. La finalidad del contrato de capitulaciones matrimoniales es que cuando se viene el divorcio ya los cónyuges tengan una forma de liquidar el patrimonio ganancial de cada uno y evitar aplicar la liquidación a través del régimen supletorio que es el régimen legal del artículo 41 del Código de Familia, el cual dispone 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. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes”.

Sin embargo, en el caso de la unión de hecho la posibilidad de establecer capitulaciones gananciales no está dada en ley, lo cual genera nuevamente una barrera de equiparación total y absoluta entre el instituto del matrimonio y la unión de hecho, así es que se hace necesario incluir en el artículo 245 del Código de Familia, la posibilidad de que ambos convivientes al momento de iniciar la convivencia o durante la vigencia de la misma puedan firmar un contrato de capitulaciones gananciales.

Es fundamental tomar en cuenta que tanto en el matrimonio como en la unión de hecho persiste como primer forma de disponer los efectos personales y patrimoniales, el acuerdo o consenso entre cónyuges o convivientes, lo cual hace la necesidad de que se permita como primer medio de liquidación conyugal y convivencial la autonomía de las partes o sea, que sean los convivientes quienes decidan primeramente la forma de resolver o liquidar la convivencia de hecho en cuanto a los gananciales se refiere.

En el matrimonio y según lo dispone el numeral 41 párrafo segundo del Código de Familia, se puede pedir en forma previa al divorcio; la liquidación anticipada de bienes gananciales, esta posibilidad se da cuando los bienes gananciales corren el riesgo de ser burlados a través de traspasos fraudulentos o simulados y con ello

evitar otorgar los gananciales que por ley corresponden. Precisamente ese proceso de liquidación anticipada de bienes gananciales opera como un proceso cautelar que busca por un lado el aseguramiento de los bienes por medio de medidas cautelares como la anotación de la demanda al margen de la inscripción en el respectivo registro y por otro lado determinar la ganancia y consecuente liquidación de bienes gananciales sin haber disuelto el vínculo matrimonial. Su naturaleza jurídica radica en el riesgo que puede poner la persona dueña de los bienes al derecho ganancial del cónyuge no dueño y con ello evadir el derecho ganancial.

A pesar de ello, en la unión de hecho una vez que cesó no existe la posibilidad de pedir la liquidación anticipada de bienes gananciales, cuando el conviviente dueño de los bienes gananciales realiza actos de desviación de bienes con la intención de ocultar o amenaza con crear un riesgo, por eso además de incluir la posibilidad de capitulaciones gananciales en la unión de hecho es fundamental incluir la liquidación anticipada de gananciales como un proceso autónomo, que busque asegurar el derecho ganancial y evitar la mala gestión.

Por eso se considera incluir en el 245 ambas posibilidades es necesario para cerrar un capítulo prolongado en el tiempo para el reconocimiento total de los derechos de la unión de hecho en Costa Rica. Considerándola de la misma forma que el matrimonio tanto desde el punto de vista formal como material y que no haya ninguna diferencia en cuanto a su tratamiento legal.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

**LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN
LOS PROCESOS DE DIVORCIO Y EN LA UNIÓN DE HECHO.**

ARTÍCULO 1- Para que se reforme el artículo 37 de la Ley N.º 5476, Código de Familia y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 37- Contratos privados de capitulaciones matrimoniales para efectos de terceros.

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 Nacional, Sección Personas Jurídicas y también en la Sección Mercantil cuando alguno de los cónyuges -o ambos- son comerciantes. En el caso de que uno de los futuros contrayentes o esposos consienta por fuerza o miedo grave, el contrato será anulable.

ARTÍCULO 2- Para que se adicione un artículo 37 bis a la Ley N.º 5476, Código de Familia y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 37 bis- Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Dicha modificación deberá hacerse en escritura pública y ser inscrita en el registro público. El cambio no perjudicará a terceros, sino después de su inscripción en el Registro Público.

ARTÍCULO 3- Para que se reformen los artículos 39 y 245 de la Ley N.º 5476, Código de Familia y sus reformas, para que se lean de la siguiente manera:

Artículo 39- Contratos privados.

Antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia, se puede celebrar un contrato privado con efectos para las partes solamente, sobre los bienes presentes y futuros y su forma de liquidación al momento del divorcio. En el caso de que uno de los futuros contrayentes, esposos o convivientes consienta por fuerza o miedo grave, el contrato será anulable.

Artículo 245- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de dos años, entre dos personas que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente. Podrán las personas suscribir contrato de capitulación matrimonial, de conformidad con lo indicado 37, 38 y 39 de este mismo código y sus efectos se materializarán una vez declarada judicialmente el reconocimiento de la unión de hecho,

retrotrayéndose al día del inicio de la convivencia. En el caso de que uno de los futuros convivientes o convivientes en ejercicio consienta por fuerza o miedo grave, el contrato será anulable.

ARTÍCULO 4- Para que se deroguen los incisos a), b) y c) del artículo 60 y se reforme dicho artículo de la Ley N.º.5476, Código de Familia y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 60- Separación por mutuo consentimiento.

Se puede decretar la separación judicial de los cónyuges por mutuo consentimiento, para lo cual se seguirán las mismas normas establecidas en el artículo 48 de este Código para el divorcio por mutuo consentimiento en cuanto a formas de otorgar el convenio, su contenido y los trámites administrativos y judiciales que correspondan. Según la existencia o no de hijos menores de edad y bienes a los cuales se hace referencia en el convenio, salvo que en el punto tercero del contenido de ese convenio no se debe establecer si se mantiene o no el derecho de alimentos, sino únicamente, si así lo convienen, referirse al monto de alimentos al que se obliga uno u otro cónyuge.

ARTÍCULO 5- Para que se derogue el inciso 7) del artículo 48 de la Ley N.º 5476, Código de Familia y sus reformas, y se corrija la enumeración de los incisos de la siguiente manera:

Artículo 48- Divorcio. Causales y divorcio por mutuo consentimiento.

Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos.
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos.
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos.
- 5) -La separación judicial por un plazo no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación.
- 6) La ausencia de la cónyuge legalmente declarada.
- 7) La separación de hecho por un plazo no menor de tres años.
- 8) La solicitud de una de las partes ante la incompatibilidad de caracteres para poder hacer vida en común.

ARTÍCULO 6- Para que se adicione un artículo 48 ter a Ley N.º 5476, Código de Familia y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

Podrá decretarse el divorcio por el mutuo consentimiento de los cónyuges, para lo cual deben otorgar un convenio de divorcio en escritura pública que contenga los siguientes puntos:

a) La forma en que se efectuará la guarda de los hijos e hijas comunes menores de edad, o, en su defecto, la asignación de este atributo a cargo de alguno de los cónyuges. De optarse por una asignación exclusiva de la custodia, será potestativo para los cónyuges establecer, en el mismo acuerdo de divorcio, los horarios y las condiciones en que el progenitor no residente y los hijos e hijas mantendrán contacto. El notario o la notaria deberá dar fe que las personas menores de edad tuvieron la oportunidad de expresar su opinión.

b) Potestativamente, el monto que cancelará alguno de los cónyuges para la manutención de los hijos e hijas menores de edad o de los hijos e hijas mayores de edad que se mantengan estudiando según lo estipulado en la ley de pensiones alimentarias o presenten una discapacidad que les impida o les limite satisfacer sus propias necesidades. En ausencia de acuerdo, el referido monto podrá ser discutido en sede alimentaria.

c) El establecimiento, o no, de obligación alimentaria de un cónyuge en favor del otro, una vez disuelto el vínculo matrimonial, así como el monto en que se obligan por este concepto, si en ello convienen. La falta de indicación de un monto no será motivo para improbar ni para no inscribir el convenio de divorcio. Si se hubiere establecido obligación alimentaria de un cónyuge a favor del otro una vez disuelto el matrimonio, en caso de discrepancia sobre el monto se podrá acudir directamente a la sede alimentaria.

d) Decisión sobre la propiedad y la distribución de los bienes habidos en el patrimonio de cada uno de los cónyuges. Se permite tomar acuerdo con relación a bienes inscritos en el patrimonio de personas jurídicas. En este caso, el notario o la notaria deberá dar fe de la autorización correspondiente.

El convenio de divorcio también podrá ser suscrito mediante apoderado especialísimo de uno o de ambos cónyuges. El mandato que otorgue uno de los cónyuges, o ambos, deberá ser explícito en el contenido de cada uno de los extremos del acuerdo.

Los cónyuges deberán presentar conjuntamente el convenio señalado ante la autoridad judicial. Si el convenio lo presenta alguno de los cónyuges individualmente, se deberá conceder audiencia al otro para que dentro del plazo de cinco días manifieste lo que estime pertinente. En caso de existir oposición a la aprobación del convenio, la autoridad judicial valorará la oposición, dispondrá la práctica de las pruebas que estime pertinente y, a continuación, resolverá lo que corresponda. Sólo se atenderá la oposición basada en la reconciliación de los

cónyuges posterior a la suscripción del convenio, en la existencia de vicios de consentimiento al momento de la suscripción del convenio o en los cambios que se hayan producido después de la suscripción del convenio que pudieran alterar su contenido.

Tratándose de matrimonios en los cuales no existen hijos menores de edad comunes ni bienes a los cuales se hace referencia en el convenio, la escritura se presentará directamente al Registro Civil para su aprobación e inscripción. Si la presentación la realiza uno de los cónyuges individualmente, se deberá conceder audiencia al otro para que, en el plazo de cinco días, manifieste lo que estime pertinente. En caso de oposición, el asunto será remitido a la sede judicial.

El convenio producirá efectos una vez aprobado en firme en la vía judicial o administrativa correspondiente.

Estas mismas disposiciones serán aplicables en caso de que se dé un acuerdo de separación de las uniones de hecho, según lo estipulado en el artículo 245 del presente Código. Lo convenido con respecto a los hijos e hijas podrá ser modificado por el tribunal al momento de su aprobación.

Rige a partir de su publicación.

Johana Obando Bonilla

Luis Diego Vargas Rodríguez

Gilberto Arnoldo Campos Cruz

Jorge Eduardo Dengo Rosabal

Kattia Cambronerero Aguiluz

Eliécer Feinzaig Mintz

Diputadas y diputados

NOTA: El expediente legislativo aún no tiene comisión asignada.

1 vez.—C-Exento.—(IN2023819052).