

CONSIDERACIONES GENERALES BÁSICAS, ASPECTOS NOVEDOSOS, CUESTIONAMIENTOS Y ALGUNAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETACIÓN RESPECTO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (Carácter práctico sustantivo)

MSc. Greivin Steven Mora Alvarado*
stevenmora@gmail.com

RESUMEN:

El presente artículo no pretende analizar los aspectos básicos, ni se especializa en el conocimiento dogmático-doctrinario en torno a las medidas cautelares reguladas en la Ley 9342 (Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica). La base utilizada en el presente análisis se enfoca sobre resultados obtenidos en reuniones con profesionales del derecho civil, capacitaciones y cursos recibidos de parte de redactores del código y profesionales del derecho procesal, capacitaciones dadas por mi persona a jueces y juezas con ocasión de la reforma -en la Escuela Judicial- así como charlas y cursos impartidos en el Colegio de Abogados y Abogadas como facilitador, todos ellos de cara a la implementación de la Reforma Procesal Civil. Lo que se busca es responder una serie de dudas concretas en torno al tipo y presupuestos necesarios, tanto a nivel del fondo de la medida como de su trámite concreto, sin enfocarse en el procedimiento general establecido para ello (artículos 93 al 97 NCPC), que será abordado por mi persona en otro ensayo enfocado en la aplicación del proceso.

Palabras clave: Medidas cautelares / cautela y garantía / presupuestos cautelares / interpretación cautelar / medidas típicas y atípicas / urgencia y necesidad cautelar /

Title: BASIC GENERAL CONSIDERATIONS, NOVEL ASPECTS, QUESTIONINGS AND SOME PERSPECTIVES OF INTERPRETATION WITH RESPECT TO PROTECTIVE GUARDIANSHIP IN THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE. (Practical noun)

ABSTRACT: *The present article does not intend to analyze the basic aspects, nor does it specialize in dogmatic-doctrinal knowledge about the precautionary measures regulated in Law 9342 (New Code of Civil Procedure of Costa Rica). The basis used in this analysis focuses on results obtained in meetings with civil law professionals, training and courses received from code writers and procedural law professionals, training given by me to judges on the occasion of the reform -in the Judicial School- as well as lectures and courses given by the Bar Association as a facilitator, all of them for the implementation of the Civil Procedure Reform. What is sought is to answer a series of specific doubts about the type and budgets needed, both at the level of the measure's fund and its specific procedure, without focusing on the general procedure established for it (Articles 93 to 97 NCPC), which will be addressed by me in another essay focused on the application of the process.*

Keywords: Precautionary measures / precautionary / precautionary budgeting / precautionary interpretation / typical and atypical measures / urgency and necessity precautionary /

* Licenciatura en derecho por la Universidad de Costa Rica, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Master en Administración de Justicia con enfoque Socio Jurídico especializado en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez de distintas materias, principalmente en contencioso administrativo y en los distintos juzgados civiles, por más de diez años. Actualmente, Juez Civil del Tribunal Colegiado de primera instancia de San José. Profesor universitario en varias universidades nacionales, capacitador de la Escuela Judicial y facilitador del Colegio de abogados y abogadas de Costa Rica. Publicaciones en revista de Derecho de Familia en temas de derecho sucesorio y familiar, así como en repositorios de la Universidad Estatal a Distancia en materia constitucional.

A. Aspectos introductorios

A partir de su artículo 77, el nuevo CPC regula el título III destinado a la tutela cautelar; a partir de ahí, el tema de medidas cautelares se desarrolla en tres capítulos específicos: el primero, relacionado a las generalidades, atiende aspectos de oportunidad, legitimación, responsabilidad y presupuestos para el otorgamiento de las medidas, luego aclara e incluye el tema relativo a la posibilidad de su modificación, sustitución y levantamiento. En el capítulo II, da la apertura de una variedad de medidas típicas, dejando claro la posibilidad del establecimiento de otras distintas, sin mezclar todas estas con otros tipos de procedimientos anticipados que no son parte formal de la tutela cautelar. Finalmente, a partir del numeral 93 y hasta el 97, se desarrolla el Tercer Capítulo que se enfoca en el procedimiento a seguir, seguridad jurídica y el debido proceso, principios fundamentales del presente Código.

El cambio en la perspectiva del presente modelo procesal plantea la instrumentalidad del proceso civil, como una de las grandes inferencias lógicas del articulado jurídico que representa esta ley. Estamos ante un sistema moderno que busca en el proceso, la existencia de un mecanismo que sirva de base para resolver el conflicto surgido entre las partes (actividad judicial contenciosa) o la solución judicial a situaciones no derivadas de un conflicto que la ley determina en competencia del juez o de la jueza su solución (actividad judicial no contenciosa).

Ante estas situaciones, se demanda una justicia pronta y cumplida, sobre la base de una tutela judicial efectiva, artículo 41 de la Constitución Política. Por tanto, la regulación cautelar es un instrumento de alta necesidad para poder asegurar el objeto del proceso y garantizar una sentencia efectiva.

B. Consideración dogmática normativa

A fin de concretar el sentido que este pequeño artículo toma, es importante señalar en primer lugar la influencia del dogmatismo en los

operadores jurídicos, así como la consideración normativa desde dogmas como el normativismo jurídico, frente a la aplicación práctica y sistemática de la interpretación en sus distintas formas.

El dogmatismo asume una opinión como fija, indiscutible, dogma. El dogmatismo es “la presunción de los que quieren que su doctrina o sus aseveraciones sean tenidas por verdades inconcusas [...]”¹; es decir, firmes y sin duda ni contradicción. Por ello dogmatizar es “Afirmar con presunción, como innegables, principios sujetos a examen y contradicción”¹.

Por otra parte, la dogmática es una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) Suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico².

En ese sentido, muchos consideran las normas como completas, únicas y directas que, bajo los supuestos teóricos derivados de una posición legislativa, encuentran respuesta en sí mismas, a través del poder validador de la representatividad parlamentaria.

Nada más alejado de la realidad, en tanto las normas en sí, constituyen un eje de interpretación, ninguna norma es válida y eficaz solo por estar incorporada en un documento, llámese en este caso ley procesal. Requiere ante todo ser interpretada para resultar aplicada, pero lo importante de este sistema no es solo la existencia del presupuesto, sino también la aplicación práctica, útil e instrumental de lo decidido. En fin, lo que planteo en este punto es el deber de considerar que la dogmática normativa no puede ser un obstáculo para la toma de decisiones concretas, en temas tan delicados como los relacionados a la tutela cautelar.

El operador jurídico debe estar atento y generar, según su rol, la información necesaria para

validar sus posiciones en este tema. Para mayor claridad, un ejemplo: el abogado de la parte gestionante de una medida cautelar *ante causam* típica, como lo sería una suspensión provisional de acuerdos sociales (art. 89), está en el deber de aportar la información fáctico- jurídica necesaria para la determinación de la medida, incluyendo una pretensión clara sobre el eje de lo requerido de una forma sustentada y con la mención de su fundamento de forma clara y detallada. La oposición de la persona afectada con la medida deberá ir en el mismo sentido, siendo en última instancia la persona juzgadora quien definirá por medio de una resolución debidamente fundamentada en los mismos supuestos dados, la procedencia o no de lo peticionado.

En el acto, a través del procedimiento concreto que también se plasma en normas, todos los operadores deberán interpretar de la manera más adecuada lo señalado en estas, dando como fin último una solución a la pretensión. El Código por sí mismo no indica nada, son las partes quienes de él disponen lo necesario. La parte promovente es quien gestiona la medida, así como el procedimiento, en este caso *ante causam*. La demandada será quien decide oponerse con la normativa concreta, siendo el juez o la jueza quien aplica el procedimiento prudente que podría ser con traslado de la gestión con señalamiento a una audiencia o sin él, verificando supuestos de legitimación procesal, en conjunto a la apariencia de buen derecho, la razonabilidad y los demás supuestos aplicables que permitan admitir o rechazar lo pretendido.

En ese sentido y bajo la sensibilidad que requiere el tema, se pretende liberar de preconcepciones, en busca de soluciones lógicas a los planteamientos que se derivan de la aplicación de las normas que regulan la tutela cautelar.

C. Disposiciones generales

La medida cautelar es señalada por (Brenes Arias) como una especie de tutela preventiva, la cual busca anticipar la actuación del derecho

o ciertos efectos de la sentencia definitiva de un ulterior proceso, con el fin de evitar los daños antes de resarcirlos, la función del Estado no puede ser únicamente represiva. Así surge la tutela cautelar, como instrumento procesal al servicio de quienes administran justicia y de las partes para garantizar la paz social.

De modo más específico, la función de la medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia, de un proceso presente o futuro, cuyo objeto se ve amenazado por una de las partes o bien por el transcurso del tiempo³.

C.1 Oportunidad, legitimación y responsabilidad (carácter dispositivo de la tutela cautelar)

Gutiérrez señala que la medida cautelar se incardina en el proceso entre las disposiciones que se adoptan a instancia de parte. Tienen pues, siguiendo la terminología clásica, el carácter de rogadas⁴.

Las medidas en tesis de principio, para efectos de legitimación, solo pueden ordenarse a instancia de parte del demandante, de ahí su responsabilidad. Si la persona juzgadora es quien toma dichas prerrogativas, en la mayoría de los casos en que se incurra en decisiones injustas o improcedentes, no habría seguridad jurídica eficiente para la reparación del daño provocado. Ese problema es solventado con el presupuesto de que será el actor quien tome la iniciativa para el establecimiento de la medida, siendo su responsabilidad la reparación del daño causado con su otorgamiento si resulta posteriormente injustificado.

En cuanto a la oportunidad, el numeral (77 NCPC) es la norma que regula el punto en cuestionamiento, señalando concretamente que podrán solicitarse las medidas que se planteen antes o durante el procedimiento y en cualquier tipo de proceso, sin hacer diferencia entre la sumariedad, la ordinariadad o la actividad judicial no contenciosa donde se presenta la

situación. Igualmente, esta norma verifica la importancia de la legitimación, siendo la parte quien debe gestionarla, y salvo disposición expresa en contrario, es responsabilidad de la parte.

Una de las preguntas, que normalmente surge de este numeral, se enfoca en qué tipo de responsabilidad se deriva de la medida y sus efectos. El artículo (85 NCPC) debe relacionarse con el citado numeral (77 NCPC), para dar respuesta a dichos presupuestos. En primer lugar ya el numeral mencionado nos señala que la responsabilidad por la aplicación de la medida le corresponde al solicitante, siendo uno de sus efectos como analizaremos posteriormente, la condena al pago de los daños y perjuicios causados, así como a las costas, esta condena resulta en carácter facultativo.

En tanto el 85 NCPC menciona que podrá, sin embargo, el mismo numeral en su párrafo final menciona que se hará efectiva la garantía por monto fijo que se rinda en una medida cautelar, como indemnización mínima, lo que implica según la redacción del apartado, que no requiere ni siquiera la determinación de la existencia ni la cuantía del daño para que la parte que sufre de aplicación de una medida pueda verse resarcida.

C.2 Aspectos de admisibilidad, presupuestos y finalidad de las medidas cautelares

El Código señala, artículo (78 NCPC):_

[...] las medidas serán admisibles cuando exista peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles [...].

En estas situaciones, se entrelaza una urgencia o necesidad de una medida, la urgencia no es tanto una característica separada de la tutela cautelar, sino la justificación misma de su adopción en

los términos de la eficacia especial de la medida cautelar. Las medidas cautelares se adoptan con urgencia por la necesidad apremiante de evitar graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación jurídica aducida.

Brenes Arias menciona, por ejemplo, en su investigación:

[...] Para que la solicitud de una medida cautelar prospere, tiene que tratarse de una situación urgente, que por medio de las vías ordinarias no puede ser tutelada, pues de lo contrario, puede acudir a los procesos por el ordenamiento. El inconveniente es que la saturación de los Tribunales de Justicia aumenta a diario, lo que provoca lentitud procesal y surgimiento de muchas situaciones que requieren tutela urgente [...].⁵

Ahora bien, en lo que respecta a la finalidad, la norma nos indica que el tribunal debe atender la probabilidad o verosimilitud de la pretensión. En cuanto a este tema en concreto Giannini indica la siguiente observación que me parece muy aplicable a nuestro sistema:

[...] Al examinar el primero de los requisitos exigidos en general para el dictado de una medida cautelar (esto es: la llamada "verosimilitud del derecho"), la doctrina y la jurisprudencia tienden en general a aproximar este concepto con la "apariencia" de que tanto la proposición fáctica como la tesis jurídica del peticionante, se aproximan respectivamente a la verdad de los hechos denunciados y a la interpretación correcta del marco normativo aplicable a dicho cuadro de situación. Para acudir a una formulación que refleje clara y concisamente esta línea de pensamiento, puede citarse el reiterado entendimiento jurisprudencial según el cual la existencia de verosimilitud del derecho "se verifica en el plano de la mera apariencia y no de la certeza".⁶

En cuanto al tema de la verosimilitud y probabilidad, se han distinguido dos acepciones diversas para la voz “verosimilitud”, una referida a la apariencia de veracidad de un relato y otra asociada a la probabilidad de que este sea cierto. Se trata de dos categorías que no pertenecen al mismo eje temático, ni son reconducibles como distintos “grados” dentro de la escala de verificación de una hipótesis fáctica (es decir, como estándares de prueba más o menos próximos a la verdad “real” o “histórica”). En la primera acepción, el concepto de verosimilitud se relaciona con la apariencia de que un relato sobre la realidad sea verdadero, lo que nada indica acerca de si existen elementos de convicción que permitan justificar en concreto la existencia del hecho en cuestión. Basta con que la hipótesis explicitada (por ejemplo, en una novela, en una película o en una demanda) sea parecida a la realidad o compatible con ella de acuerdo con el “orden normal de las cosas”, para que la esta sea verosímil. Así, por ejemplo, una novela sobre intrigas en el núcleo de poder de un país poderoso o un film sobre una historia de amor pueden derivar en relatos verosímiles, sin que necesariamente tengan pretensión de ser verídicos (o aproximados a la verdad sobre la base de elementos probatorios que ratifiquen la existencia de las intrigas o pasiones descritas en la obra)⁷.

Giannini recalca además el siguiente elemento que me parece de harta relevancia:

[...] Ahora bien, cuando los tribunales se pronuncian sobre la procedencia de las medidas cautelares, luego de apoyar su discurso sobre la premisa de que el juicio de verosimilitud demanda una valoración de “apariencia”, suelen incorporar otros patrones de valoración ajenos a esta última categoría, en los que se avizora la utilización de estándares probatorios propiamente dichos, es decir, de criterios de evaluación que desbordan el mero juicio de apariencia. Así, cuando se afirma que la verosimilitud de una afirmación sólo

*puede predicarse frente a la presencia de “semiplena prueba”; o cuando se exige un “mínimo de responsabilidad acreditada”; o la presencia de “elementos de convicción que permitan afirmar la probabilidad del hecho” o su “fuerte probabilidad” (especialmente frente a medidas cautelares innovativas o de tutela anticipada) etc. [...]*⁸.

Ahora bien, la admisibilidad implica el análisis de otros supuestos de suma importancia, además de los ya mencionados, referido a la instrumentalidad y apariencia de buen derecho, por ejemplo.

La instrumentalidad como se señala en la tesis de Brenes Arias, en las medidas cautelares, desde todo punto de vista es un instrumento en favor del proceso principal y debe garantizar la utilidad y efectividad de una sentencia definitiva. El sentido de la tutela cautelar es mediato, consiste en servir al proceso, el cual a su vez procura servir a la justicia. Lo anterior nos lleva a analizarlas como situaciones no autónomas⁹.

Por lo anterior, cuando se resuelve una medida, deben claramente existir la relación y el fin concreto que se pretende, y este no podrá ser ajeno al instrumento que se quiere crear con la medida, garantizando la efectividad de la sentencia.

Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir, es la adecuación mesurada de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico. Lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido según las circunstancias del caso [...] El principio de razonabilidad viene a exigir a las leyes y [sic] contenido razonable. Lo razonable se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad –que es de forma– para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley razonable

no manda, ni privado de lo que la ley razonable manda. Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en las leyes.

Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. El control de razonabilidad es una forma de controlar la constitucionalidad, porque lo irrazonable es inconstitucional¹⁰. En cuanto a la razonabilidad en sentido estricto, la sala constitucional ha señalado que se divide en varios supuestos:

*[...] **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo [...]"¹¹.*

Lo anterior implica el deber de verificar dentro de lo razonable de una medida que sea legal, idónea y necesaria para el fin pretendido, determinando que la proporcionalidad implica que lo que se aplique no debe estar fuera de la proporción necesaria, no más allá de lo debidamente exigible al perjudicado con la medida.

Por último, se ha establecido doctrinariamente que el principio de proporcionalidad es derivado de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, concretamente se deduce como aspecto paralelo a la igualdad. Dentro del sistema constitucional, tiene la obligación de garantizar derechos fundamentales y humanos relacionados

que se imponen a las actuaciones de los órganos estatales que ostentan legitimación para la restricción de esos derechos, propugnando que sus actuaciones no traspasen el límite establecido en su contenido esencial.

Esta labor se realiza a través de la puesta en relación de los valores que atienden las normas para la resolución de los conflictos, mediante el justo equilibrio de los intereses enfrentados, en aras de lo mismo se exige: 1) Que las restricciones de los derechos fundamentales estén establecidas por ley. 2) Que sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan. 3) Que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlas¹². Encontramos todos estos aspectos contenidos en los numerales (78 y 79 NCPC), disposición que regula los presupuestos de admisibilidad en tanto evoca la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida que insiste en la necesidad de relacionarlo con la pretensión, considerando la afectación a los intereses públicos y estableciendo límites.

Ahora bien, uno de los presupuestos que deben aclararse se relaciona con lo establecido en el artículo (79 NCPC), en tanto regula la posibilidad de disponer de una medida cautelar distinta a la solicitada si se considera adecuada y suficiente. En este aspecto, la mayoría de los operadores jurídicos, con los cuales se compartieron las actividades para la implementación de la reforma procesal, están de acuerdo en que esta posibilidad esté restringida a la misma situación, sobre la base de la petitoria que la parte gestionante realice.

Para explicarlo mejor, es necesario ejemplificarlo. En un supuesto como el señalado, lo primero que se debe revisar es el fin buscado con la medida. En un determinado caso, podría suceder que la actora o gestionante considere que la parte demandada está erróneamente invadiendo una propiedad que considera que le pertenece, y resulta que además la parte accionada está construyendo en dicho terreno. La parte actora solicita la anotación de la demanda y la posibilidad de que se le otorgue la custodia del bien.

El juez al analizar la medida observa que la anotación - medida típica- podría resultar procedente, en tanto pretende que se le entregue la propiedad definitiva, pero considera que no podría otorgarle en posesión el bien, ya que se realizan actividades en la propiedad.

La parte actora no solicitó la suspensión de la obra, siendo desproporcionado e irracional otorgarle la posesión de una construcción que no le corresponde edificar, analizando que lo procedente pudo haber sido solicitar la suspensión de la obras. En este caso, aunque parezca más adecuada la medida de suspensión, el juez encuentra un límite dado por las propias pretensiones del accionante.

Distinto sería el caso en que se solicite como pretensión solo una parte del terreno, la cual no está en construcción por el momento. La actora solicita que se suspenda la obra que se realiza en el terreno, pero el juez decide sobre la base del numeral señalado adecuar la medida solo a la parte que pretende el actor, permitiendo que la obra continúe en el resto, en tanto lo que se pide no afecta en esencia el proyecto.

En conclusión, el juzgador o la juzgadora podrá adecuar la medida de forma distinta y suficiente, sin plantear, ni otorgar medidas diferentes a la peticionada por el actor. Esto implica medida y estudio por parte del juez o de la jueza a cargo, con el fin de evitar violentar la proporcionalidad y la razonabilidad de lo peticionado, sin dejar de lado que sobre una interpretación sistemática, el decisor o la decisoría tiene la obligación de considerar la legitimación y el dispositivo de la medida, implicando como conclusivo el supuesto que establece que la responsabilidad de la gestión se mantiene en cabeza del proponente, y está vedada la posibilidad de que una forma oficiosa sustituya su voluntad.

D. Garantía, modificación, sustitución y algunos efectos regulados en la gestión de medidas cautelares

D.1 Garantía

Luego de analizar los presupuestos esenciales de las medidas cautelares, es importante continuar con el siguiente aspecto de alta consideración. ¿Son las medidas cautelares, gestiones sin sujeción a elemento alguno que permita compensar efectos negativos de su otorgamiento? El legislador considera la respuesta a ese cuestionamiento expresamente en el numeral (80) del citado Código. La normativa de forma expresa señala la necesidad de rendir una garantía, haciendo la salvedad de que solo la propia ley podrá eximir de esa carga al gestionante.

Por la forma en que el artículo está redactado, parece imperativo que, en su propia gestión, el o la solicitante debe indicar el monto de la caución que quiere ofrecer, no requiriendo que lo aporte en dicho momento, en tanto no es sino hasta que se dicte la resolución que concede la medida cuando se fijará el importe respectivo. Sin embargo, si bien se deduce de lo anterior, que no es obligatorio haber aportado el monto que se ofrece, sí es condición para la adopción de la medida, si no se ejecuta hasta que se rinda el monto fijado como garantía.

En cuanto al monto concreto que debe fijarse, tampoco es antojadizo, ya que la normativa igualmente dispone la necesidad de que sea determinado conforme a los parámetros que el Código señala. Para ello, nos debemos remitir al numeral (75 NCPC), aquí se mencionan las bases prudenciales para la concretización de los montos que por garantía deben ser fijados en un determinado asunto, atendiendo a la naturaleza y la propia identidad de lo que se pretende asegurar.

Ahora bien, en cuanto al plazo para rendir la garantía, este no está fijado expresamente. Una posibilidad para definir un plazo concreto que evite la incertidumbre en este tema, es planteado por el numeral (83 NCPC). Aquí se establece un tiempo límite, la caducidad es el instituto regulado, es decir, un plazo general que debe ser respetado, estableciendo varios supuestos, entre ellos la no ejecución de la medida decretada por culpa del solicitante, aspecto que para los efectos nos interesa rescatar como solución efectiva al cuestionamiento de la indeterminación de tiempo específico para el cumplimiento de la garantía.

Algunos operadores jurídicos no están de acuerdo con este presupuesto y señalan que la aplicación de un plazo judicial para la rendición de la garantía es necesaria. Aducen que no es justa la indeterminación que pueda resultar de un plazo sujeto a la caducidad y plantean como deber intrínseco del juzgador determinar un tiempo límite para su cumplimiento.

En este ámbito, el redactor de este artículo no comparte las apreciaciones antes manifestadas, en tanto que si bien podría resultar un plazo que se podría extender hasta un mes posterior a la determinación de los montos y el requerimiento respectivo, ese plazo solo perjudicaría a la persona interesada, en tanto lo que tarde en depositarse o rendirse el monto de la garantía es un plazo que afecta la urgencia o necesidad del objeto que el solicitante pretendía tutelar, siendo bajo este criterio, una sanción muy gravosa la que otorgue un plazo judicial con una consecuencia como la que desecha una medida cautelar por ejemplo. Al no existir un procedimiento en el Código para estos supuestos, lo correcto es interpretar conforme el numeral (3.4) NCPC lo dispone, sentando un precedente de integración, donde no se permitan establecer por analogía normas de carácter sancionatorio.

En cuanto a la fijación del monto, dentro de las posibles reacciones, podrían considerarse que tanto la parte gestionante como quien se opone, estén de acuerdo o no con el monto de la medida,

si alguna de ellas se muestra inconforme, en sus posibilidades está el recurrir la resolución que no resulta favorable a sus intereses, tal y como lo disponen los numerales (66.1), (66.2) y (67.3.7) todos del NCPC.

Por ello, tanto el recurso de revocatoria como el de apelación podrían ser utilizados con el fin de atacar lo ahí dispuesto. Sin embargo los efectos de la interposición del recurso de apelación serán diferentes, dependiendo de quién recurre y su fundamentación.

Para lo anterior, procedo a explicarme, si la parte que se opone a la medida recurre por que la medida resulta contraria a sus intereses, el efecto que por norma se le da a su impugnación no permite suspender su ejecución con la simple interposición del recurso. Expresamente el numeral (97 NCPC) regula este supuesto, siendo la regla la ejecución inmediata. Sin embargo, existe una posibilidad de que se dé la suspensión lógica de su ejecución, en tanto esté sujeta a una rendición de garantía. En este caso, si el o la solicitante impugna el monto fijado, por considerar que es mayor a lo posible de su parte o que inclusive debía ser exonerado, se mantendrá suspendida la ejecución hasta que se resuelva el recurso por parte del superior.

Si mantenemos el criterio de que el plazo para rendir la garantía no es perentorio, sería incongruente considerar el recurso, sino sobre la base de la suspensión. En este caso, no se debe estar enfocado desde la perspectiva de la rendición de la garantía, sino sobre la posible aplicación de la caducidad (art. 83 NCPC), ya que es incongruente querer aplicar esa norma, si se está impugnando el monto fijado y a la espera de un pronunciamiento del cual pende la ejecución.

Para este supuesto, es necesario que el tribunal resuelva si ese monto resulta desproporcionado, lo cual le permitiría al gestionante poder rendirlo bajo sus posibilidades y con los efectos respectivos. En derecho se señala que nadie está obligado a lo imposible, pero en un caso

de impugnación, esa posibilidad depende del criterio del *ad quem*.

En lo que respecta a la posible forma de eximir la rendición de una garantía, se pueden deducir de la normativa (art. 80 NCPC) dos o tres supuestos un poco confusos, se requiere un cuidado especial en su interpretación. En el primero de ellos, se cuestiona si este abarca un supuesto o si más bien podría deducir dos, según lo analizaremos.

El numeral que estamos comentando, en su párrafo final, señala en primera instancia: [...] cuando existan motivos fundados o prueba fehaciente de la pretensión se puede eximir de la garantía. Esta frase a simple vista presentaría dos supuestos, el primero la existencia de motivos fundados y el segundo la prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión; sin embargo, parece que no podrían ser disgregados unos de otros, el motivo debe estar aparejado a que lo pretendido sea serio, siendo requerido entonces el ser comprobado.

Por ello es necesaria una prueba fehaciente de la situación, lo que hace presumir que la afirmación sobre la existencia de solamente un motivo fundado, no podría aplicarse como único criterio para exonerar la gestión, en tanto requiere la prueba necesaria y determinante de la pretensión a tutelar para que el motivo sea válido.

En consecuencia, la interpretación de la norma sería, en un primer sentido, considerar simplemente la determinación de un motivo fundado como hecho relevante para aplicarse, siendo posible luego, que, en otros casos, la simple existencia de una verificación mediante prueba fehaciente de que la pretensión es seria, eso haría la petitoria cautelar válida sin necesidad de rendir monto alguno por caución, aunque no nos remite a la existencia de un motivo fundado.

En el segundo supuesto de interpretación, se plantea necesaria la existencia de ambos aspectos, siendo imprescindible la existencia de un motivo fundado con prueba fehaciente de una pretensión

seria. Por ello la interpretación conjunta resulta relevante.

Otro aspecto que genera controversia es la interpretación del segundo supuesto de la norma. Me refiero expresamente al enunciado que indica: [...] o se trate de procesos de interés social. En esta otra situación, el conflicto radica en poder dar contenido a la citada frase "interés social". La norma no es clara en ello, en algunos cursos donde participé, escuchando a los redactores en estos y, posteriormente, en ciertas conferencias, se mencionó que la norma estaba muy ligada a los procesos de interés social, los denominados procesos supraindividuales y colectivos, capítulo eliminado en el plenario legislativo de la propuesta de redacción del NCPC que finalmente se aprobó, aspecto que fue objeto de veto presidencial.

Para la posterior aprobación que atendió a los cambios solicitados por el ejecutivo, han quedado vigentes algunos rasgos. Entre ellos intereses derivados de acciones grupales, reguladas en artículos como (art. 19.1.6 y punto 7, 107.1, o 108.1 entre otros, todos del NCPC).

Otros exponentes que pude escuchar, como asesores legislativos, por el contrario, señalaron que la interpretación llevaba aparejado un contexto socioeconómico; es decir, la norma refería a una condición o necesidad económica del solicitante, algo muy relevante, en tanto enfocaba la consideración social o económica como espectro muy abierto que requerirá de medida y análisis detallado de parte del operador jurídico, a fin de no causar indefensión o daños irreversibles.

Estos daños podrían afectar en el futuro tanto al gestionante que, por su condición económica no pueda tener acceso a una tutela judicial efectiva sobre el objeto del proceso, como eventualmente a la parte perjudicada con la adopción de la medida, quien tendría que cargar con los perjuicios de esta, sin una justificada garantía para atender los efectos de una desestimación de

las pretensiones invocadas en la demanda, por ejemplo.

Si este segundo supuesto de interpretación fuera el atendible, requeriría igualmente de un elemento probatorio contundente de la necesidad alegada. No bastaría el dicho del solicitante, sino que sería requerido además algún aporte probatorio que permita considerar su situación económico social como vulnerable, lo cual podría hacer ilusorio su derecho, aspecto evidentemente sujeto al contradictorio.

En lo que sí coincido plenamente con los rangos de interpretación surgidos en los conversatorios con abogados y jueces, es en la necesidad de aplicar en los criterios señalados, todos los supuestos conjuntos enfocados desde la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se adopten. Es decir, las medidas que se enfoquen en la aplicación del criterio de interés social, sea por la consideración de la pluri representación de intereses, sea por la consideración socioeconómica, deben respetar todos los aspectos del derecho alegado, es decir, el motivo fundado por ejemplo y la prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión, los cuales como aspectos fácticos y jurídicos, son requeridos dentro del análisis de una admisibilidad de una medida cautelar.

D.2 Modificación, sustitución y levantamiento de las medidas cautelares

El artículo (81 NCPC) incorpora el tema de la modificación de las medidas cautelares. En tesis de principio, la norma regula el dispositivo como regla general, no obstante, también dispone que si existe regulación expresa en contrario, resultará admisible que sea de oficio.

Además, la estructura es clara, en otorgar al juez o a la jueza discrecionalidad en la adopción de la medida, en tanto deja a su criterio dicha modificación, estableciendo como parámetro que las circunstancias lo justifiquen.

Ahora bien, existen dos momentos regulados expresamente por el legislador para que se analice el tema de la modificación y está regulado en el acápite de la audiencia preliminar artículo (102.3.10 NCPC), así como en la audiencia única del proceso sumario, artículo (103.3.10 NCPC).

Sin embargo, la redacción de la norma parece sugerir que la gestión deberá ser considerada cuando las circunstancias lo ameriten, no existiendo un momento, término o plazo fijado, por lo que para algunos el tipo de proceso al que se podría acudir estaría basado en la aplicación del numeral (94 NCPC), por interpretación analógica, siendo esta la norma que convoca a audiencia en caso de presentarse una medida. Pero también sería posible aplicar el numeral (114 incisos 1 y 2 NCPC), relativo al incidente fuera de la audiencia oral o dentro de ella. Aquí la importancia radica en conceder el contradictorio correspondiente, garantizando el recurso que pueda derivarse de lo resuelto.

Continuando con el desarrollo del tema, es importante clarificar los supuestos correspondientes a la sustitución y levantamiento de las medidas cautelares (art. 82 NCPC). Lo primero que se debe rescatar es lo siguiente: el legislador de forma expresa admite esa posibilidad, haciendo la salvedad de que la naturaleza de la medida lo puede impedir, cuando se haga nugatorio el derecho del solicitante. En ese tanto, para efectos de evitar los daños derivados del cambio o levantamiento, se exige al interesado rendir garantía suficiente para tutelar los intereses de quien gestionó la medida.

El artículo remite a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de que el juez decida si admite esa petición, en ese caso, igualmente es necesario que se analice supletoriamente, lo que indica el numeral (75 NCPC). Este artículo se debe relacionar con el numeral (154.6 NCPC) en cuanto, como medida, el embargo puede ser modificado, sustituido o levantado. Si bien la norma se encuentra regulada en el apartado del proceso de ejecución, para

los efectos del embargo preventivo, igualmente dicho instituto podría ser aplicable.

D.3 Caducidad, no reiteración y condenatorias como efectos reglados a la interposición de alguna medida cautelar

En el caso de las gestiones cautelares, al igual que todos los temas que, dentro de la materia del derecho procesal, regulan la concesión de vías privilegiadas, se fijan límites a la inacción, la indeterminación o la desidia de los sujetos interesados, siendo algunas situaciones relacionadas a la finalización del plazo otorgado, la preclusión de las gestiones o inclusive la condena dirigida a compensar los efectos deducidos de la inacción, la improcedencia, el abuso, la inadmisibilidad o, inclusive, el propio desistimiento voluntario y unilateral.

El numeral (83 NCPC) regula uno de los primeros efectos ya mencionados. Este aplica a la desidia, la inacción o la propia indeterminación del sujeto solicitante de la medida, para efectos de ejecutarla. Sin embargo, nuestra legislación es clara, se otorga un plazo perentorio, pero las circunstancias de esa inactividad deben ser imputables a la culpa del solicitante; es decir, si la ejecución de la medida no se da por su entera responsabilidad, no se podría considerar como caduca. Este aspecto fue tocado en el tema de las garantías y los recursos derivados de estas, por lo que se remite al lector a dicho apartado para clarificar cuando consideramos que podría ser responsabilidad del gestionante y, en qué situaciones por lo casuístico del tema, requeriría de alguna otra valoración. Esta caducidad, igualmente fue fijada para la interposición de la demanda.

El plazo sufre una variable, enfocada en aquellos supuestos, donde la demanda está en curso y la medida fue adoptada. En este caso, se señala que las medidas caducan en el plazo de tres meses, si la inactividad del proceso es imputable al solicitante, siempre que no proceda la caducidad del proceso.

Aquí se mantiene la idea de que el punto de inactividad debe ser por culpa del gestionante, algo que parece que debe ser evidente o que debe demostrarse. El plazo se amplía de uno a tres meses, parece que se mantiene la idea de un efecto tipo deserción.

No obstante, la pregunta en este apartado está enfocada en lo siguiente: ¿qué implica considerar esta caducidad de la medida, siempre que no proceda la caducidad del proceso? Luego de una lectura detallada de las normas correspondientes a la caducidad del proceso artículo (57.1 NCPC y sus incisos 1 al 4), se puede considerar que la caducidad del proceso procede principalmente en procesos ordinarios con demanda o contrademanda, ya que no procede según la norma lo detalla de forma expresa, en las formas establecidas en los incisos 1 al 4. Estos regulan la necesidad de que la actividad requerida debe ser imputable al sujeto solicitante y no al tribunal.

Tampoco procede esa sanción, si el proceso es impulsado antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud de la contraparte. Estos aspectos no inciden directamente en la norma que advierte la caducidad de la medida, ya que esta tiene regulación directa. No obstante, sí aclara como aspecto relevante que previo a la declaratoria de oficio o impulsada, cualquier gestión del interesado podría interrumpir la caducidad a decretarse. Si bien no se detalla este aspecto expresamente en el texto de la normativa, se extrae de la interpretación que se realiza a los artículos (3.3 y 3.4 NCPC).

Aclaro que se enfoca la referencia sobre un proceso cuya medida fue decretada y ejecutada que no sea un ordinario, siendo conforme los incisos 3 y 4 del artículo (57.1 NCPC) lo indican, procesos universales y no contenciosos, así como procesos monitorios y de ejecución, cuando no haya embargo efectivo. En estos asuntos, se aplicaría la caducidad de cualquier medida decretada no relacionada con el embargo, en tanto si existe embargo para estos últimos, la caducidad sería de seis meses.

Otra de las consecuencias que podemos deducir de la inactividad, la falta de interés, la desidia, la falta de fundamentación, la improcedencia o la falta de determinación del solicitante, entre otros supuestos, es la que el acápite (84 NCPC) menciona en forma expresa: con el rechazo, el levantamiento o declarada una caducidad, será prohibido decretar las mismas medidas cautelares, haciendo la salvedad cuando se aleguen motivos diferentes sustentados en hechos nuevos o distintos.

El texto es claro, una especie de preclusión aplicará a estos casos, lo que afectará efectivamente las gestiones posteriores tendientes a decretar medidas cautelares, en tanto, deberán demostrarse motivos diferentes, con hechos que no podrán ser los mismos, o aunque podrían ser los mismos, se dan por situaciones distintas, sería la forma de entender por qué se regulan los hechos nuevos o distintos por separado.

De las consecuencias derivadas de la interposición de la medida, se detallará quizá, una de las más gravosas, por los efectos que produce, me refiero a los daños y perjuicios, así como a las costas, artículo (85 NCPC).

Comencemos con la condenatoria en costas, en el numeral, no señala a qué tipo de costas se hace referencia, según la regulación que el nuevo Código trae para el tema, de conformidad con el artículo (73 NCPC), este concepto resulta muy amplio, pues incluye los honorarios del abogado, la indemnización del tiempo invertido por la asistencia de los actos del procedimiento en que sea necesaria su presencia y demás gastos indispensables. Estos supuestos deberán ser debidamente demostrados y aclarados al momento de que se pretenda su cuantificación.

Los daños y perjuicios igualmente son considerados, al igual que las costas podrán ser condenados (ese “podrán” hace la referencia de que no es un imperativo, sino que solo en aquellos casos que resulte pertinente, se condenará a dichos rubros), en los siguientes supuestos: caducidad

de la medida, la cancelación por improcedencia, solicitud y ejecución de manera abusiva, este punto requiere no solo la solicitud, sino también la ejecución, necesita de la existencia de ambas condiciones.

Por último, se recogen varios supuestos dependientes de la inactividad o el desinterés del solicitante, siendo la renuncia, el desistimiento o la caducidad del proceso principal, supuestos que admitirían tal condena.

El artículo menciona que deberá otorgarse la condena en la resolución que ordene el levantamiento de la medida, sin distinción del motivo que llevó a levantarse. Eso debe relacionarse con los efectos anteriormente citados, para los asuntos tipificados expresamente. En cuanto a su cuantificación, esta se establecerá mediante un proceso de ejecución, suponemos que dentro del mismo asunto que dio pie a la gestión, por el contrario, cuando forme parte de un proceso principal, dicha medida será resuelta en sentencia.

En aquellos casos donde exista una garantía rendida, el legislador optó para que aquella se haga efectiva a favor del afectado como indemnización mínima, sin perjuicio de que reclame una suma mayor, tal y como está redactado este acápite, parece considerar dicha indemnización como una compensación fija, no dejando espacio para pensar que esta deba darse sobre la liquidación de montos concretos, ni tampoco se solicita que estos estén sujetos a la comprobación cuando se trate de resarcimientos mínimos; en caso distinto, cuando el asunto trate de indemnizaciones superiores a ese monto que se fijó, sí parece deducirse la necesidad de aplicar el artículo (62.3 NCPC).

E. Medidas cautelares concretas típicas y atípicas

En el presente apartado, pretendo mencionar ciertos criterios que han sido analizados en conversatorios, cursos y capacitaciones sobre la aplicación de

medidas concretas; algunos muestran aspectos claros que incluso reiteran medidas del Código Procesal de 1989; otros, sin embargo, requieren ser analizados con mucho detalle, siendo consideradas por los operadores jurídicos como aspectos más que novedosos, complejos.

Opiniones divididas surgen de su escarnio. El momento resulta muy fresco para establecer un criterio interpretativo; no obstante, es posible señalar algunos elementos que podrían llegar a valorarse. Luego será posible compararlo con la jurisprudencia que emane de los distintos tribunales superiores.

E.1 Embargo y anotación de demanda

En cuanto al embargo preventivo y la anotación de la demanda, medidas típicas del Código Procesal Civil de 1989, los aspectos regulados no muestran mayores diferencias, salvo algunos puntos concretos, como del tipo de garantía que debe rendirse en los embargos, así como la relación que debe tener con los procesos monitorios y la modificación, sustitución y levantamiento de embargo que el numeral plantea (154.6 NCPC).

La anotación se mantiene sin necesidad de rendir garantía, siendo bien clara en la necesidad de que lo pretendido sea la constitución, la modificación o la extinción de un derecho real, o que, si bien este derecho puede ser personal, este debe producir efectos reales, lo que implica que los aspectos derivados de la sentencia afecten derechos reales conexos o consecuentes.

E.2 Administración e intervención de bienes productivos

Para Lino Palacio, desde un punto de vista general, se denomina intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes¹³.

El requisito básico de la pretensión, para los efectos de poder solicitar una medida de esta naturaleza en el nuevo Código, es gestionar la entrega de dichos bienes a título de dueño o usufructuario, algo que se ve muy lógico, sobre todo en las tendencias modernas que protegen la idea de empresa, patrimonio social o, inclusive, en corrientes que consideran al empresario como base activa del sistema socioeconómico, lo anterior como perspectiva base de una economía sana.

Pero también el derecho de propiedad consagrado a nivel constitucional, artículo 45 de nuestra constitución, salvaguarda esta idea intervencionista que pretende evitar la mala administración y las consecuentes crisis económico-financieras que podrían ser derivadas de la mala gestión o el dolo del administrador que distrae bienes o los utiliza de mala manera, afectando los derechos o intereses de terceros.

Esta disposición igualmente abarca otras pretensiones, entre ellas concibe un interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de esta, sea de primordial interés para la efectividad de la condena que podría recaer.

Ahora bien, en cuanto a la regulación concreta del código que regirá a partir de octubre, el primero de los intereses parece estar relacionado con una vocación societaria, de inversionistas o, inclusive, asociados con intereses comuneros que, sobre la idea de un ligamen expreso, a través de una prueba efectiva, podrían demostrar que los efectos perturbarían aspectos generales o privados que les atañen.

La norma parece resultar muy amplia, no obstante, la persona juzgadora deberá ser prudente a la hora de estudiar el interés de quien acude a solicitar la tutela. Los argumentos planteados por los promoventes deberán sustentar su legitimación, tal y como lo concibe el artículo (77 del NCPC).

El plazo -que podría ser prorrogado- debe ser determinado por el juez o la jueza al momento de admitir la medida. Ese tiempo debe resultar acorde con las necesidades de los promoventes, con el tipo de proceso, así como las pretensiones derivadas de la demanda en complemento de las actividades que desarrollará el interventor, limitándose a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho invocado, garantizándose la continuación de la explotación, la prórroga se entiende sujeta al dispositivo, y su solicitud es potestad exclusiva de la persona interesada.

No se visualiza una gestión oficiosa de la persona juzgadora, queda la incógnita relativa a las gestiones del interventor -función de administración- señalando expresamente las peticorias o acciones de corto o mediano plazo, donde destaca la posible acción o ejecución de proyectos que requieren acciones previas a finalizar su nombramiento.

No se establece la posibilidad de que esta gestione prórrogas. Sin embargo, algunos valoran poner en conocimiento de las personas interesadas, la posible recomendación de ampliar el plazo para finalizar o adecuar un proyecto, esto en caso de que suceda. Pero la decisión de solicitarlo está en manos del gestionante de la medida.

La norma, además, establece claramente los aspectos que se deberán tomar en cuenta para el pago de los emolumentos del interventor, siendo el tribunal el llamado a fijarlos. En primera instancia la norma (artículo 88 NCPC) señala que serán a cargo del solicitante, no obstante, la misma regla informa que cuando las circunstancias lo determinen, será el patrimonio del intervenido el que figure como obligado. Estos supuestos necesitan un desarrollo claro, requiriendo de forma expresa que el juez o la jueza lo determine, para ello, la persona juzgadora requerirá de elementos aportados por los interesados que le permitan decidir esa circunstancia.

A criterio del suscrito, sería mucho más claro cuando el interventor figure como

administrador sustituto, en tanto continuará con la administración del bien intervenido y, si resulta ser un conjunto de ellos o una empresa concreta, es claro que su función está relacionada directamente con la actividad, por lo que el pago por sus actividades compensará una labor que ya no se realizará por parte de otra persona, en los supuestos de coadministración e intervención paralela, los aspectos deberán ser valorados de una forma especial, siendo solo requerido cuando se justifique debidamente.

Los parámetros que la norma indica para el pago establecen entre otros, la complejidad de la administración y las atribuciones del interventor o administrador. En cuanto a este aspecto, es bueno resaltar lo siguiente, las obligaciones del interventor son recogidas en el artículo (88.2 NCPC), sin embargo, parece que este tema toma un giro cuando se trata de una administración de bienes y no la simple intervención.

Lo anterior se deduce de las citadas normas que abarcan tres posibles actividades del interventor; la primera, ya mencionada de intervención, con obligaciones predeterminadas, luego, está la coadministración que solamente se otorgará como atribución, cuando se considere que es necesario que participe en conjunto con el titular de la administración.

La norma no señala casos concretos, pero serán las circunstancias de cada situación las que determinen esa necesidad, lo que implicará que el gestionante de la medida deberá justificar plenamente por qué resulta necesario aplicar una coadministración de bienes. En el tercer supuesto, se encamina la administración por sustitución, aquella posibilidad mediante la cual solamente en casos muy calificados, previamente determinada su urgencia y necesidad, el sujeto que resulte nombrado como interventor podrá asumir como administrador de los bienes intervenidos.

Sobre las facultades, obligaciones o actividades de la persona nombrada como administradora sustituta, el Código establece en cabeza del

juez o de la jueza, el señalamiento de las facultades que corresponden, las cuales deberán atender a la naturaleza de los bienes objeto de administración, el tipo de actividad que se realiza con dichos bienes, así como las circunstancias que podrían derivarse del proceso judicial que se ha establecido con ocasión de la medida.

Ahora bien, el tribunal o juzgado competente nombrará al interventor. La misma norma señalará los criterios que el tribunal deberá utilizar para el nombramiento. De acuerdo con lo determinado por el legislador, los aspectos que aplican son los mismos que se utilizan para el nombramiento de peritos, incluyendo incompatibilidades, aceptaciones, honorarios y remociones, todos ellos, le podrán resultar aplicados al interventor, sin dejar de lado la naturaleza de lo administrado.

En los citados casos, también se puede remitir al lector al análisis de situaciones que podrían variar el monto de los honorarios y sus actividades, incluyendo asuntos donde no solo intervenga, sino que deba administrar. En algunas situaciones, dichos expertos podrían tener que administrar relaciones complejas, por ejemplo, la administración de grandes cantidades de bienes productivos, empresas enteras o, incluso, conglomerados de activos, situaciones que deberán valorarse en su momento, con la prudencia que se requiere, a fin de determinar cuál es la compensación justa que debe recibir por su actividad.

En lo que respecta a la cesación de la administración o intervención, el Código en su acápite (88.3 NCPC) identifica las siguientes causales para hacer cesar la intervención: "a) cumplimiento del fin perseguido. b) Se constate la falta de justificación de la medida, c) Que el intervenido depositara en el proceso las sumas reclamadas (cuando el objeto sea algún tipo de compensación pecuniaria), d) Garantía suficiente de las obligaciones legales o contractuales, los anteriores supuestos no presentan a la fecha mayor problema en la interpretación".

E.3 Suspensión provisional de acuerdos sociales, condominales y similares

En cuanto a esta medida, resulta novedosa, no solo normativamente al resultar tipificada una situación de esta naturaleza en una regla en concreto, sino también por derivar una necesidad colectiva derivada de la convivencia y gestión de grupos sociales. El fin de la medida se relaciona con la suspensión provisional de los efectos del acuerdo que se impugne.

El artículo (89 NCPC) requiere como base para la solicitud, la idea de que exista o se impute la infracción de derechos legales o convencionales, derivados de acuerdos sociales, condominales o de otras agrupaciones legalmente constituidas. Aquí yace gran parte de la legitimación necesaria para la gestión de la medida, en tanto deja la facultad de gestionar en los socios, condóminos o miembros de las citadas agrupaciones.

En la redacción del Código, se consideró otorgarle efectividad a la medida señalada, suspendiendo la ejecución del acuerdo. Por ello le dan facultad al juez o a la jueza de poder ordenar la anotación de la medida en el registro respectivo.

En relación con la legitimación en las sociedades comerciales, se requiere demostrar y representar al menos un 10 por ciento del capital, podría suponerse que se refiere al capital social, ya que no se indica expresamente. La norma posteriormente señala que si se trata de personas jurídicas o entidades, debe demostrarse la titularidad de cuotas en la misma proporción.

Aquí debemos hacer un par de observaciones. La primera de ellas: se debe entender que cuando la norma menciona otras personas jurídicas o entidades, deberá aplicarse en aquellos supuestos en que puedan resultar análogos; es decir, la participación dentro de estas entidades debe fácilmente ser determinada, lo anterior a través de un porcentaje de participación ideal, lo que implicaría que estos aspectos podrían ser

diferenciados para aquellos, donde este sistema sea muy difícil de estipular. Como ejemplos a la fecha se podrían señalar la situación de alguna sociedad de hecho o alguna cuenta en participación o inclusive en asuntos relacionados con corporaciones que actúan bajo un grupo de interés económico, donde se tenga que abrir un contradictorio justo al inicio de una medida cautelar. La otra observación que se expone es con la actividad condominal por la naturaleza del condominio y el régimen de propiedad horizontal, parece que no podría aplicarse a este tema el mismo sistema porcentual para lograr la legitimación, las cuotas que regulan los condominios se enfocan a partidas o cuotas de mantenimiento que son aportes de los dueños del condominio en proporción a los gastos de áreas comunes.

Sin embargo, las cuotas alícuotas de participación dentro de las situaciones condominales, a criterio de quien escribe e, incluso, según los criterios emitidos en estudios que se han dado en las actividades de capacitaciones de jueces y juezas y en los propios cursos de abogados y abogadas litigantes, coinciden en su mayoría que no le resulta aplicable ese 10 por ciento como requisito de legitimación, tomando en cuenta su naturaleza, en tanto se da para poder acceder al amparo de esta norma y sus efectos, por lo que la determinación del porcentaje resulta algo impreciso, lo que implica un contradictorio complejo el requerido para poder determinarlo. Esto inclusive podría derivar en una acción no tutelable por su propia lentitud.

E.4. Depósito de bienes muebles o inmuebles, así como la prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad

En estas medidas que corresponden a este acápite, se pueden distinguir algunos elementos de relevancia; en primer lugar, se explica el depósito de bienes muebles o inmuebles (art. 90 NCPC), siempre y cuando esos bienes sean objeto del litigio, siendo lo pretendido, su

entrega, además se requiere demostrar que la posesión a la fecha sea de la persona demandada. La búsqueda de la norma es la protección de los bienes y la demostración (al menos en un grado de probabilidad alto), de que estos, al estar en posesión del accionado, pueden llegar a deteriorarse, perderse o extinguirse por cualquier razón.

Se debe distinguir esta medida, de la señalada en el numeral (88 NCPC), en tanto lo que se pide en esta última es la intervención o la administración de los bienes productivos; es decir, lo que se busca es intervenir, coadministrar o sustituir al sujeto que administra bienes que producen, por las razones que relaciona la pretensión, enfocadas en la entrega a título de dueño, usufructuario o bien en mantener o mejorar la productividad. En cambio esta segunda se enfoca en pretender los bienes no productivos que estén en posesión de las personas demandadas, requiriendo que se nombre un depositario que custodie los bienes a través del inventario cuando sea indispensable.

La idoneidad y la razonabilidad de la tutela cautelar nos remite a la idea de no entrar en una contradicción. Esto implica que no puede sustituir la idoneidad de una medida por otra que no resulte proporcional y razonable. En conclusión, si los bienes son productivos, no sería adecuado entregar los bienes en depósito, cuando resultan necesarios para la actividad lucrativa, los daños derivados de unos bienes no explotados pueden resultar contraproducentes para las partes, inclusive, encaminados a deteriorarse, si no se utilizan. Estos aspectos deberán ser valorados por el juzgador o la juzgadora en el caso concreto.

En cuanto a la prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad (artículo 91), se puede señalar que el fin directo buscado en su redacción sería evitar que un bien o derecho pueda sufrir menoscabo, cambios negativos o deterioro, tal y como expresamente la norma lo señala. Su enfoque se da sobre conductas o prestaciones, es una norma residual. Lo anterior se deduce de lo señalado de forma literal en su contenido, en tanto menciona que la aplicación de estas prohibiciones solo se dará, siempre que

la cautela no pueda obtenerse por otra medida expresamente prevista.

En estas hipótesis, se requerirá de las partes mucha claridad para su gestión, no solamente se deberá fundamentar la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, sino que igualmente a la hora de ponderar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, deberá tomarse en consideración que otra medida no haya cumplido con el fin propuesto, no solamente porque la idoneidad de la medida lo demande, sino por el carácter prohibitivo de la señalada situación que evidentemente limita desde los atributos del dominio hasta la libertad de disposición con efectos a terceros, aspectos que deben ser sopesados al momento de que el tribunal tome una decisión en ese sentido.

En cuanto a la norma que hace falta de analizar y que finaliza el capítulo II, concretamente el numeral (92 NCPC) nos evoca las medidas atípicas números *apertus*. Aquí se desarrolla de forma clara que además de las medidas contempladas de forma expresa, podrán adoptarse todas las necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial para que pueda otorgarse la sentencia. Luego señala una serie de medidas expresas que podrían abarcar una serie de intereses no tutelados de forma clara, dejando en cabeza del operador jurídico la idea de que a estas situaciones le resultan aplicables los procedimientos generales ya vistos. Cuando así proceda, finaliza la disposición detallando una apertura, la cual permitiría que cualquier otra medida de carácter conservativo, innovativo o anticipativo que sea procedente se pueda utilizar.

Mientras en el anterior se fijaba la prohibición de innovar, modificar o contratar, en este caso le da la posibilidad de resultar mucho más abiertos, atendiendo la urgencia y necesidad del caso en concreto, sin dejar de lado claro, están la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida.

F. Conclusión

En lo que respecta a este tema cautelar, este artículo plantea consideraciones básicas y

generales, planteamientos y suposiciones guía que podrían ser aprovechados por los operadores jurídicos (jueces, juezas, abogados y abogadas). El nuevo Código Procesal Civil establece criterios y elementos novedosos, insumos muy técnicos e instrumentales que requieren de una preparación adecuada de los operadores y las operadores, jueces y juezas con conciencia y dedicación que necesitan preparación constante y un análisis flexible y detallado de cada caso en concreto.

La medida o el activismo judicial no serán aplicados sobre una inexistencia de parámetros objetivos o sobre aspectos muy voluntarios y subjetivos de parte del juzgador o de la juzgadora, sino todo lo contrario, la reglas, consideraciones e interpretaciones fijadas a través de las normas que este Código plantea exigen de ellos la adecuada aplicación de los criterios señalados en los párrafos que anteceden. Si bien no existe un consenso completo sobre la interpretación de todos los supuestos posibles, sí se requiere una adecuada fundamentación de las decisiones en los conceptos ya mencionados, entre ellos se destacan: la legitimación, la urgencia, la necesidad, el peligro en la demora, las consecuencias de las medidas, la proporcionalidad o la razonabilidad, el objeto del proceso, la instrumentalidad, la tipicidad o la innovación, entre muchos otros. Se deberá valorar y fundamentar cada uno para lograr que sus decisiones no perjudiquen los intereses de las partes.

Las abogadas y los abogados igualmente deben ser conocedores del proceso, planteando sus gestiones de forma clara y detallada, el aporte de los requisitos necesarios para la acción pretendida deberá ser su norte, en tanto la mayoría de las situaciones propuestas dependerán en gran medida de su diligencia, para ser resueltas.

Como se señaló al inicio, este sistema novedoso y pretensioso es una herramienta altamente provechosa, si se utiliza de forma adecuada. Estamos a la espera de que se comience con su uso, muchas de estas dudas y planteamientos podrían ser confirmados una vez que el Código comience a regir. Luego de un tiempo, podremos valorar si los criterios se mantienen o serán

variados en consideración a la práctica; para ese momento, será posible criticar en uno u otro sentido los criterios vertidos por las instancias correspondientes, pero ahora sí, sobre la base de fallos reiterados y sobre situaciones concretas.

Referencias Bibliográficas

LIBROS

Atienza, Manuel. (2006). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra Editores.

Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo. (1974). *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). *Diccionario de la lengua española*. 21^o ed., T. I, Madrid, España: Espasa-Calpe.

TARUFFO, Michele. (2005). *La prueba de los hechos* (trad.: Jordi Ferrer Beltrán), 2^{da} edición, Madrid: Editorial Trotta.

REVISTAS

Leando Giannini. (2010). Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares. *Revista de Derecho Procesal. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata, n.º 43.

TESIS

Brenes Arias, Tatiana. (1998). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Vargas Montero, Alejandra. (1998). *Los principios de proporcionalidad y razonabilidad dentro del proceso penal*. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica..

SENTENCIAS

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Notas al pie

- 1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed., T.I, Madrid, España, p. 771.
- 2 ATIENZA (Manuel). (2006). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra Editores, p. 29.
- 3 Brenes Arias, Tatiana. (1998). *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 5.
- 4 Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo. (1974). *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, p. 7.
- 5 Brenes Arias, Tatiana. (1998). *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 5.
- 6 Leando Giannini. (2010). Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares. *Revista de Derecho Procesal*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. Argentina. Número 43, p. 262.
- 7 TARUFFO, Michele. (2005). *La prueba de los hechos* (trad.: Jordi Ferrer Beltrán), 2^{da} edición, Madrid: Editorial Trotta, pp. 505 y 506.
- 8 Leandro, Giannini. (2010). Verosimilitud, Apariencia y Probabilidad. Los Estándares Atenuados de Prueba en el Ámbito de las Medidas Cautelares. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata. Número 43, p. 263.
- 9 Brenes Arias. Ibid. P. 37.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL, voto 03933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.
- 12 Vargas Montero, Alejandra. *Los principios de proporcionalidad y razonabilidad dentro del proceso Penal*. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 1998, pp. 92-93.
- 13 Palacio Lino, Enrique. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Decimoséptima Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 790.