



UNIVERSIDAD NACIONAL

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, ESCUELA DE SOCIOLOGÍA

MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ENFOQUE SOCIOJURÍDICO

IMPLICACIONES DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN CUANTO A LAS MEDIDAS CAUTELARES A LA LUZ DE LAS REFORMAS PROCESALES (ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESUELTAS POR TRIBUNAL AGRARIO, PERÍODO 2006-2016)

Sustentantes:

Tatiana Rodríguez Herrera

Bernardo Solano Solano

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PRESENTADO COMO REQUISITO FINAL PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MÁSTER EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON ÉNFASIS EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CIVIL

San José, Costa Rica

Agosto 2017

El tiempo para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene razón.

Guiseppe Chiovenda

Una justicia tardía es poco menos que la injusticia; la justicia formal y la justicia material deben fundirse en una sola, una misma y sentida realidad humana.

Rafael Ortiz-Ortiz

Las medidas cautelares son el modo que tiene el proceso de pedir disculpas por su demora.

María Carolina Eguren

No adoptar una medida cautelar cuando se tenga que adoptar, es perjudicial para quien la merece, pero adoptarla cuando no exista sustento para hacerlo, es igual de nocivo para quien la soporta. Es el constante equilibrio de las medidas cautelares.

Los autores

UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

**MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
ENFOQUE SOCIOJURÍDICO**

Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad Nacional como requisito parcial para optar al grado de Máster en Administración de Justicia con énfasis en Administración de Justicia Civil

Dr. José Rodolfo León Díaz
TUTOR

LECTOR

LECTOR

Tatiana Rodríguez Herrera
Bernardo Solano Solano
SUSTENTANTES

ESCUELA DE SOCIOLOGÍA

Dedicatoria

A mi esposa, Natalie, por su amor y comprensión

Bernardo

A mis hijos Alejandro, José Andrés e Isaac, por todo su apoyo, comprensión y
paciencia.

A Mario Rucavado, por su apoyo y amor incondicional.

Tatiana

Agradecimientos

Una obra no es producto de un solo autor ni de su exclusiva actividad; al contrario, en su creación confluyen enseñanzas inmemoriales de distintos maestros y compañeros de trabajo, a quienes, en nuestro caso, hacerles una mención individual tornaría interminable el listado.

A quien si externamos un fraterno agradecimiento es al doctor José Rodolfo León Díaz, amigo y maestro, quien con la visión y humildad que le caracteriza, nos instó a encarar un estudio del atractivo y aún polémico tema de las medidas cautelares, no desde una óptica dogmática o absolutista de verdades reveladas, sino desde una perspectiva real y actual del instituto.

Sin pretender agotar su estudio, esperamos esta obra pueda ser de utilidad para la administración de justicia costarricense y operadores jurídicos a los que va dirigida.

Los autores

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Dedicatoria | iv |
| Agradecimientos | iv |
| Siglas y Abreviaturas | ix |
| Resumen Ejecutivo | x |
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| Objetivo general | 17 |
| Objetivos específicos | 18 |
| Metodología empleada | 19 |
| Capítulo I. La tutela cautelar: Teoría y Parte General | 21 |
| 1.1 Breve reseña histórica | 21 |
| 1.2 Concepto, presiones terminológicas, fundamento y naturaleza jurídica ... | 23 |
| 1.2.1 Concepto: Tutela Cautelar, Medida tutelar y Medida Cautelar | 23 |
| 1.2.2 Distinciones entre Tutela Cautelar, Medida Cautelar y Medida Tutelar | 25 |
| 1.2.3 Razón de ser y función: fundamento constitucional y legal. | 26 |
| 1.2.4 Naturaleza jurídica. ¿Proceso cautelar o Medida Cautelar? | 30 |
| 1.3 Pregunta ineludible: ¿Cuál es la relevancia de una Tutela Cautelar sólida y efectiva para el funcionamiento correcto de la administración de justicia? | 32 |
| 1.4 Principios rectores..... | 33 |
| 1.4.1 Igualdad procesal y debido proceso (arts. 93 a 97)..... | 34 |
| 1.4.2 Proporcionalidad y razonabilidad (arts. 78-79) | 35 |
| 1.4.3 De ejecución inmediata y eficacia (arts. 95 a 97). | 35 |
| 1.4.4 Funcionalidad Relativa, correlatividad con la pretensión (art. 78-79). | 35 |
| 1.4.5 Responsabilidad de quien la solicita (arts. 77 y 85)..... | 35 |
| 1.5 Características | 36 |
| 1.5.1 Instrumentalidad y correlatividad. | 36 |
| 1.5.2 Residualidad..... | 38 |
| 1.5.3 Provisionalidad y temporalidad..... | 38 |
| 1.5.4 Flexibilidad, adecuación, variabilidad o mutabilidad. | 39 |
| 1.5.5 Preventiva o Aseguradora | 40 |
| 1.5.6 Accesoriedad. | 40 |
| 1.5.7 Proporcionalidad..... | 40 |
| 1.5.8 Razonabilidad..... | 42 |
| 1.5.9 Otras características..... | 42 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.6 Presupuestos y requisitos esenciales de la tutela cautelar | 43 |
| 1.6.1 Requisitos para poder otorgarla | 43 |
| 1.6.1.1 Peligro en la demora..... | 43 |
| 1.6.1.2 Apariencia de buen derecho | 44 |
| 1.6.1.3 Tratamiento jurisprudencial en sede civil y agraria | 46 |
| 1.6.2 Requisito para poder ejecutarlas: Caución o Garantía | 47 |
| 1.6.2.1 Cuantificación y Exención de la caución..... | 49 |
| 1.6.2.2 Resarcimiento por los daños y perjuicios..... | 50 |
| 1.7 La enervación de la tutela cautelar: Contragarantía o ¿Contracautela? ... | 51 |
| 1.8 Clases o tipologías de Medidas Cautelares | 53 |
| 1.8.1 Medidas cautelares típicas | 53 |
| 1.8.2 Medidas cautelares atípicas | 54 |
| 1.9 Análisis de las medidas cautelares típicas previstas en el NCPC..... | 54 |
| 1.9.1 Embargo preventivo | 54 |
| 1.9.2 Anotación de demanda..... | 56 |
| 1.9.3 Administración e Intervención de bienes productivos | 58 |
| 1.9.4 Suspensión provisional de acuerdos sociales, condominales y otros | 61 |
| 1.9.5 Depósito de bienes muebles o inmuebles | 62 |
| 1.9.6 Prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad | 62 |
| 1.10 Precisiones sobre las medidas cautelares atípicas..... | 63 |
| 1.10.1 Medida Cautelar Genérica o Innominada | 64 |
| 1.10.2 Medida Innovativa | 65 |
| 1.10.3 Medida Anticipativa y Autosatisfactiva | 66 |
| 1.10.4 Medida Conservativa..... | 67 |
| 1.11 La tramitación de las Medidas Cautelares | 68 |
| 1.11.1 Solicitud, legitimación prueba y tribunal competente | 68 |
| 1.11.2 Procedimiento cautelar: ordinario vrs. inaudita parte..... | 69 |
| 1.11.3 Recursos y ejecución..... | 70 |
| 1.11.4 Colofón | 71 |
| Capítulo II: Actividad del Tribunal Agrario Nacional entre el 2006-2016 en materia cautelar | 73 |
| 2.1 Preámbulo..... | 73 |
| 2.2 Datos generales..... | 77 |
| 2.2.1 Cantidad de Medidas Cautelares resueltas por año por el TA..... | 77 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.2.2 Balance entre total de votos del TA vrs. el total de Medidas Cautelares emitidas | 77 |
| 2.2.3 Tipos de procesos donde se emitieron Medidas Cautelares | 78 |
| 2.2.4 Índice de Medidas Cautelares por Juzgado de origen..... | 79 |
| 2.3 Datos específicos: Análisis por tipos de medidas cautelares resueltas.... | 81 |
| 2.3.1. Anotación de demanda..... | 82 |
| 2.3.2 Embargo Preventivo | 85 |
| 2.3.3 Prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad | 85 |
| 2.3.4 Continuación de la actividad empresarial | 89 |
| 2.3.5 Suspensión de Desalojos administrativos y de procesos judiciales ... | 91 |
| 2.3.6 Administración e Intervención de bienes productivos | 95 |
| 2.3.7 Intervención y Depósito de bienes muebles o inmuebles | 96 |
| 2.3.8 Formación de Inventarios | 96 |
| 2.3.9 Rendición de Informes de Administración | 97 |
| 2.3.10 Acceso a fundos | 98 |
| 2.3.11 Medidas cautelares relacionadas con materia de aguas, ambiente y el recurso forestal..... | 102 |
| 2.3.12 Medidas cautelares relacionadas con Propiedad Intelectual..... | 105 |
| 2.4 Caución y Contracautela a la luz de los votos del Tribunal Agrario..... | 106 |
| 2.5 Aspectos procesales acerca de las medidas cautelares analizadas | 111 |
| 2.6 Motivos de Nulidad relevantes de las Medidas Cautelares analizadas.... | 116 |
| 2.7 Final del capítulo..... | 120 |
| Capítulo III: La Efectividad de la tutela cautelar a la luz de la praxis judicial en la jurisdicción agraria | 123 |
| 3.1 Metodología de Análisis e importancia del estudio | 123 |
| 3.2 Resultados obtenidos: casos terminados..... | 125 |
| 3.3 Tiempos de respuesta de la Jurisdicción Agraria en los procesos donde se solicitan medidas cautelares | 128 |
| 3.3.1 Situación de los procesos estudiados desde su presentación hasta la fecha de la investigación (julio de 2017)..... | 128 |
| 3.3.2 Intervalos de duración entre la resolución de primera instancia y el voto del Tribunal Agrario que conoce en alzada dicha resolución..... | 130 |
| 3.3.3 Comparación entre los tiempos de respuesta de un juzgado electrónico vrs. un juzgado no electrónico..... | 132 |
| 3.3.4 Tiempo transcurrido entre la fecha de la sentencia de primera instancia y el voto que conoce del recurso de apelación..... | 133 |
| 3.4 Conclusiones del capítulo. | 134 |

| | |
|------------------------------|------------|
| CONCLUSIONES..... | 136 |
| RECOMENDACIONES | 143 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 146 |
| ANEXOS | 149 |

Siglas y Abreviaturas

| | |
|--------|---------------------------------------------------------------------------|
| CC | Código Civil |
| CPC | Código Procesal Civil actual |
| CCo | Código de Comercio |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil Española |
| LJA | Ley de la Jurisdicción Agraria |
| LPODPI | Ley de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual |
| NPCPC | Nuevo Código Procesal Civil |
| TA | Tribunal Agrario |

Resumen Ejecutivo

Luego de conocer la novedosa sistemática que en materia de medidas cautelares diseñó el recién aprobado Nuevo Código Procesal Civil y tras repasar abundante jurisprudencia que en materia agraria se venía adoptando en torno al instituto, hubo motivación con respecto a la idea de asumir la enorme responsabilidad de presentar un trabajo que integrara las implicaciones técnico-jurídicas de contar ahora con un verdadero esquema de la tutela cautelar en el derecho procesal civil costarricense, y a la vez pusiera en evidencia que las medidas cautelares en la realidad de los procesos judiciales agrarios había manifestado una progresiva casuística que le dotaba ya de invaluable utilidad en el funcionamiento de la administración de justicia.

El presente trabajo de investigación es entonces una respuesta a las necesidades de estudiar y conocer cómo las reformas procesales impactan el instituto de las medidas cautelares y comprobar si existe un cambio de paradigma entre lo que ha venido dictaminando el Tribunal Agrario Nacional entre 2006 al 2016, con respecto a la doctrina científica y a las nuevas reformas procesales introducidas a partir del 2016.

Aparejado con el mencionado objetivo vital, se propuso analizar la evolución y estado actual de la teoría de la tutela cautelar en el derecho costarricense; concretamente ahondar en sus elementos definitorios: concepción, fundamento, funciones y significado constitucional; identificar su marco normativo; describir sus principios, estructura procesal, relación con otros institutos del proceso, características, requisitos, bosquejo procedimental y tipologías adoptadas en el proceso civil y agrario.

Luego de esa construcción dogmática y normativa, la investigación avanza hacia clasificar, comparar y discriminar los votos emitidos por el Tribunal Agrario entre los años 2006 a 2016, con la intención de explorar si resultan acordes con el fundamento constitucional y normativo actual del instituto de las medidas cautelares. En ese mismo estadio de la investigación, con una finalidad preferentemente práctica, se aborda el estudio de las distintas clases de

medidas cautelares existentes en materia agraria, sistematizadas en atención a la clase de pretensiones que se deducen en las demandas.

A la luz de la evidencia obtenida, posteriormente se ejemplifica cómo el instituto de la tutela cautelar ha venido evolucionando sobre la base de la práctica judicial costarricense. Finalmente, la última sección del trabajo se reservó a evaluar cuantitativamente, si las medidas cautelares adoptadas por la jurisdicción agraria entre el año 2006 a 2016, resultaron efectivas en el resguardo del derecho de fondo perseguido en el proceso que les subsume. En procura de cumplir con los referidos objetivos, segmentamos el trabajo en tres capítulos, el primero hará referencia a todo el marco jurídico-normativo y la doctrina acerca del tema; el segundo corresponde al análisis casuístico de la jurisprudencia agraria y el último, a la efectividad de las medidas cautelares en relación con el derecho sustancial en disputa.

El estudio se realizó desde tres enfoques: uno teórico-pragmático, en el cual se hace un análisis científico de las medidas cautelares, sus principios, características, presupuestos, clasificaciones, y todo aquello que permite apreciar adecuadamente el fenómeno en su dimensión dogmática; el segundo, de tipo jurídico-normativo, que examina la evolución del instituto a partir de la nueva legislación procesal civil y de los regímenes que le inspiraron; y el tercero, de orden práctico-casuístico, donde con andamiaje en la observación, análisis y comparación de un abundante número de casos, se deja ver que el instituto de las Medidas Cautelares ha evolucionado en el quehacer de los Tribunales de Justicia, producto del contacto con la realidad. Para ello se tomó como objeto de análisis las resoluciones sobre medidas cautelares emitidas por el Tribunal Agrario Nacional en un prolongado período de once años (2006-2016).

Al final del camino, se verá cómo a partir de las novedosas reformas procesales, en especial con la introducción del Nuevo Código Procesal Civil, se avista un cambio de paradigma y transformaciones trascendentales en el derecho de acceso, derecho de defensa, flexibilidad en la actuación de la persona juzgadora para adecuar la medida a las circunstancias sin que medie temor a caer en incongruencia, recurribilidad, eficacia, ejecutoriedad inmediata y

modificabilidad, de las medidas cautelares en materia civil y en las disciplinas que supletoriamente le siguen.

El recorrido por la plural jurisprudencia del Tribunal Agrario advertirá el valor de la vasta casuística y su impacto en la renovación, remozamiento y apertura que se experimenta en materia agraria para el instituto de las medidas cautelares.

Esta propuesta pretende generar un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos y zanjar en ellos la idea de no interpretar restrictamente la aplicación de la tutela cautelar ni subordinarla a altísimas cauciones, sino evaluar de forma comparada el daño que acarrearía la falta de concesión de la resolución cautelar y, a la vez, el daño que sufriría la contraparte por su concesión, para finalmente inclinarse por la situación que acarree el peligro mayor.

Con el norte de reflejar las nuevas tendencias de la tutela cautelar y de resaltar virtudes de lo ya sabido, sin más...

INTRODUCCIÓN

El Derecho es un elemento decisivo en la ingeniería y orden de una sociedad. Constantemente, en su afán por emparejarse a los incesantes cambios sociales, responder a las necesidades que se presentan en el conglomerado y lograr una justicia más actual y útil, se vale de vías, técnicas o instrumentos que le permitan alcanzar la tan anhelada paz social. Precisamente uno de esos instrumentos para conseguir sus esperanzados fines son las medidas cautelares, en tanto le dan la posibilidad de actuar tempranamente en los conflictos que se presenten, tutelando y asegurando múltiples derechos subjetivos de las personas¹.

Pese a tener esa trascendental función que se le asigna a la tutela cautelar en la actuación del Derecho y la Justicia, hasta hace poco tiempo en la cultura jurídica costarricense en general y en la praxis judicial en particular, la institución de las Medidas Cautelares era un tema *tabú*, cargado de prejuicios y obstáculos. Se decía que no se podía tomar una medida cautelar porque había un adelanto criterio de la persona juzgadora y que con ello se rompía el principio de equilibrio entre las partes. En materia civil, la tutela cautelar atípica era un fantasma y se fundamentaba su inadmisibilidad con un: “se rechaza por improcedente”. Menos se aceptaba una medida cautelar anticipatoria, en la cual se concediera un extremo que sólo en sentencia se pudiera otorgar. Paralelamente, desde la entrada en vigor del Código Procesal Civil en mayo de 1990, se habían hecho muchas críticas en cuanto al sistema cautelar previsto, pues omitía establecer un proceso cautelar que diera los pasos a seguir para adoptar, modificar o extinguir una medida cautelar, no aclaró el tema de la recurribilidad de lo resuelto y finalmente cada persona juzgadora, sin sistematicidad alguna, imponía caprichosamente el procedimiento para para ello.

¹ Como afirmaba el maestro Eduardo Couture: “*por tutela jurídica se entiende, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (...). La tutela jurídica en cuanto efectividad del goce de los derechos supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí*”. Couture, E. (1993). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Argentina. 3ra. Edición. Editorial Depalma. pp. 479-480.

Por su parte, a la problemática apuntada se añade un aspecto sociológico: las medidas cautelares gravitan en escenarios de crisis económicas y sociales, en entornos de una sociedad cada vez más demandante, con nuevos riesgos, con nuevos usos sociales, con nuevos conflictos existenciales, con nuevos intereses patrimoniales y con nuevos esquemas jurídicos. Frente a esas cambiantes circunstancias, la administración de justicia urge dimensionar que el proceso judicial, y sus instrumentos de acción, aparte de resolver una controversia particular, tienen una manifiesta incidencia en el comportamiento y destino de la vida social. El mensaje y las consecuencias de las decisiones de los jueces y las juezas son, en definitiva, un instrumento poderoso en las relaciones más comunes de nuestro medio social. Como bien lo apunta el connotado jurista italiano Andrea Proto Pisani (2014, pp.385)², se está ante la exigencia “(...) desde siempre advertida y en todos los sistemas jurídicos, de que el ordenamiento intervenga para contrarrestar el daño (irreparable o en todo caso grave) causado al actor por la duración del proceso: se trata de una intervención necesaria para garantizar la eficacia del derecho de acción y de la tutela jurisdiccional, a fin de evitar que la duración del proceso contemple un daño para el actor que tiene razón” (el resaltado no es del original).

Ante este contexto, surgió la inquietud de analizar el tema de la tutela cautelar alrededor de cuatro premisas básicas que fungen como antecedente directo de esta investigación:

I: La eficacia de un proceso judicial depende: a) **del tiempo de duración o plazo de resolución** y; b) **que la resolución sea adecuada para resolver el conflicto**, es decir, que produzca lo que las personas justiciables quieran realmente. La eficacia de un esquema procesal y de la actuación de la justicia estriba no sólo en la escogencia apropiada de una técnica de debate (ej. oralidad) sino también muy especialmente de resortes oportunos para asegurar un buen resultado de los juicios. Teniendo entonces claro que los dos objetivos de un proceso jurisdiccional es que sea ágil y que llegue efectivamente a

² Proto Pisani, Andrea (2014). **La tutela jurisdiccional**. Lima, Perú. Editorial Palestra Editores S.A.C.

solucionar el conflicto del titular del derecho, se ve que los mecanismos de tutela son necesarios, en tanto remedios directos para evitar que la demora del proceso se torne en un daño para quien, con razón, reclama la protección de un derecho subjetivo.

II: Otra premisa ineludible: **Ningún proceso está exento de sufrir retrasos** (por situaciones intra o extraprocesales) **o tardar más de lo que procesal y estadísticamente está previsto como su plazo razonable de duración.** Partiendo de esta realidad sociojurídica, surge la siguiente interrogante: ¿Que se pretende con una medida cautelar? La respuesta, sin duda: Evitar un perjuicio mayor, un daño durante la tramitación del proceso, o bien, garantizar la eficacia de una sentencia estimatoria, anticipar algo que se puede dar en sentencia.

En efecto, aparte de las alternativas que *a nivel sustancial* existen para aminorar los daños que pueden verificarse debido al lapso de tiempo existente entre el momento de presentación de la demanda judicial y el tiempo de expedición de una sentencia (verbigracia: obligación del poseedor de mala fe de devolver los frutos, la obligación del poseedor emplazado por reivindicación de custodiar el bien, la interrupción de la prescripción, indexación, entre otros no menos importantes), *a nivel procesal* los posibles daños derivados de la duración del proceso puede ser neutralizados a través de la técnica de la tutela sumaria cautelar, permitiéndose que sobre la base de una verificación sumaria del derecho del actor o reconvencor emanen resoluciones cautelares con las cuales: 1) se afecte la disponibilidad jurídica o material de los bienes objeto de una futura y eventual ejecución forzada; 2) se afecta la eficacia de actos sobre los cuales se pide nulidad o ineficacia; 3) se anticipe en todo o en parte la satisfacción del derecho buscado en sentencia.

III: Tercera premisa esencial: **Toda decisión jurídica conlleva aspectos positivos y negativos. Las medidas cautelares no son la excepción.** Podría haber un abuso en el empleo de las medidas cautelares, pues podrían ser un “arma” para “liquidar” el proceso. Además, el tratamiento que de este instituto hacen las diferentes autoridades jurisdiccionales no siempre es el mismo. Debido

a lo anterior, aunque necesarias, deben implementarse con cuidado, respetando ciertos principios superiores de actuación del Derecho como el debido proceso y la instrumentalidad.

IV: Última premisa: Recientes reformas procesales y el desarrollo jurisprudencial de la tutela cautelar en materia civil y agraria imponen una nueva actitud de la administración de justicia costarricense³. En efecto, en nuestro país el sistema judicial en la rama civil vive un momento de cambio histórico. La introducción del Nuevo Código Procesal Civil marca un novedoso escenario y estructura procesal para la tutela cautelar, y crea enormes expectativas de mejora y agilidad para la justicia cautelar. En la codificación que se estrenará en octubre de 2018, más que rediseñar el instituto, realmente se creó un verdadero SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES, con parte general aplicable a todas las medidas cautelares y una parte especial con medidas cautelares típicas y atípicas, que obedezcan a una lógica y a ciertos principios de forma armónica. Entre muchos otros, se derrumban aquellos viejos mitos y paradigmas de no poder adelantar criterio a la hora de valorar el grado de probabilidad de las pretensiones y no poder acoger una medida cautelar de tipo anticipatoria. Además, se ideó sistemáticamente un PROCESO CAUTELAR, el cual hasta antes de esta reforma sólo existía tímidamente en la LPODPI. Por su parte, existen criterios judiciales uniformes que determinan alcances y el marco de actuación del instituto, que vale la pena retomar.

Sobre la base de las tres primeras premisas que envuelven al instituto de las medidas cautelares y ante semejante coyuntura reformista que plantea sensibles cambios de paradigma en el instituto (cuarta premisa), se ha decidido tratar la cuestión del instituto procesal de la tutela cautelar en Costa Rica en el área civil y agraria y su propuesta de entenderla como un componente esencial e imprescindible de la tutela jurisdiccional. El enunciado del título de esta

³ Autores reconocidos en el tema, como el jurista argentino Augusto Morello, han llegado a afirmar que en el escenario procesal las medidas cautelares se han convertido en las "*vedettes*" (estrellas o artistas principales) del proceso judicial, en el tanto tienen una desmesurada incidencia sobre la efectividad de lo que se resuelva. Jorge Rojas. Capítulo III. Los Sistemas Cautelares. En: Morello, A.(2006). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley. pp. 15.

investigación: "*Implicaciones del Cambio de Paradigma en cuanto a las Medidas Cautelares a la luz de las Reformas Procesales (análisis retrospectivo de las Medidas Cautelares resueltas por Tribunal Agrario, período 2006-2016)*", evoca el enfoque teórico-práctico desde el cual se estudiará el tema: anclando en la sincronizada sistemática que en materia cautelar propone el NCPC, se intentará evidenciar que esa postura jurídica realmente es producto de lo que, tanto en nuestra jurisprudencia, como en la doctrina, ya se había comenzado a aparecer para tratar de dar respuesta a las situaciones de conflicto. Se buscará determinar si existe, y en caso afirmativo, en qué grado, un cambio de paradigma en el abordaje de las medidas cautelares y si con las nuevas reformas procesales el "poder cautelar" de la administración de justicia plantea verdaderas alternativas de operatividad del derecho sustancial.

A partir de la etapa previa de la investigación del fenómeno, se observa la ausencia de trabajos concretos que mostraran qué se ha dicho acerca de la evolución del tema de las medidas cautelares en la praxis judicial agraria y civil. También se detecta que los órganos judiciales no tienen claro si las medidas cautelares tomadas están siendo o no efectivas frente a lo que se resuelve en sentencia. No existen datos de seguimiento de lo resuelto ni estadísticas acerca de cómo impactan sus resoluciones en la realidad. Estos aspectos despertaron interés y justificaron la procura de emprender una labor investigativa acerca de un fenómeno de actualidad y novedad como lo son las medidas cautelares. La trascendencia de esta investigación estribará en agregar conocimiento a los operadores jurídicos y se espera que sea un instrumento teórico-práctico en su labor.

Con este norte, se han planteado los siguientes objetivos de investigación:

Objetivo general

Comprobar si existe un cambio de paradigma entre lo que ha venido dictaminando el Tribunal Agrario Nacional entre el 2006 al 2016 con respecto a la doctrina y a las nuevas reformas procesales introducidas a partir del 2015.

Objetivos específicos

1. Analizar la evolución y estado actual de la teoría de la tutela cautelar en el Derecho costarricense.

2. Determinar la concepción, fundamento, función y significado constitucional de la tutela cautelar en el ámbito de acción de la Administración de Justicia agraria y civil.

3. Identificar el marco constitucional y legal de las medidas cautelares, según doctrina nacional y extranjera.

4. Describir los principios, estructura procesal sumaria, relación con otros institutos del proceso, características, requisitos, esquema procedimental, tipologías y ejecución de la tutela cautelar en el proceso civil y agrario actual.

5. Estudiar la forma en la cual las personas juzgadoras agrarias perciben y aplican la tutela cautelar; así como la relación entre dicha práctica y la decisión del conflicto.

6. Clasificar, comparar y discriminar los votos emitidos por el Tribunal Agrario entre 2006 a 2016, a efecto de examinar si resultan acordes con el fundamento constitucional y normativo actual de las medidas cautelares.

7. Evaluar cuantitativamente si las medidas cautelares adoptadas por la jurisdicción agraria entre el año 2006 a 2016 resultaron efectivas en el resguardo del derecho de fondo perseguido en el proceso.

8. Estudiar el impacto de las recientes Reformas Procesales en el desarrollo del instituto de las medidas cautelares.

9. Concluir, a la luz de la evidencia obtenida en la investigación, que el instituto de la tutela cautelar evolucionó a partir de la práctica judicial costarricense, que luego se positivizó en la ley procesal.

10. Sensibilizar a los operadores jurídicos sobre la trascendencia de ampliar el espectro de la tutela cautelar en procura de garantizar y asegurar los derechos subjetivos, individuales o supraindividuales de las personas justiciables.

11. Describir las implicaciones procesales del cambio de paradigma en las aplicaciones de las medidas cautelares en materia agraria y civil.

12. Valorar si la reforma procesal civil representa o no una evolución en cuanto a las medidas cautelares, con respecto al Código Procesal Civil vigente y a las reglas empleadas por la jurisdicción agraria, que facilita que aquellas cumplan su finalidad.

Metodología empleada

Para conseguir la finalidad perseguida en esta investigación, se ha estimado conveniente estructurar su contenido en tres grandes bloques: En el primero de ellos, se realiza un estudio de la teoría general y las distintas facetas de la tutela cautelar a partir de lo que postula la doctrina, la jurisprudencia constitucional, los criterios de los Tribunales civiles y agrarios y, particularmente, el sistemático engranaje de la tutela cautelar previsto en el NCP. A través de dicho análisis, se pondrán de relieve los aspectos más significativos del marco teórico de la investigación.

A la luz de la labor efectuada en el primer segmento, en el capítulo segundo del trabajo, se expondrán los principales resultados del análisis retrospectivo de las medidas cautelares resueltas por el Tribunal Agrario entre 2006 y 2016, con el fin de mostrar el cuantificable valor de los fallos de los jueces en la evolución y fortalecimiento de la tutela cautelar, así como exponer los criterios interpretativos que se consideran determinantes para acoger o denegar una medida cautelar, haciendo para esto un recorrido por los distintos tipos de medidas cautelares que se conocen.

También se hará un análisis sobre aspectos procesales y de nulidades de las resoluciones estudiadas. En el tercer apartado se traslada el interés de esta investigación a revelar cuán efectiva ha sido la tutela cautelar en un importante número de casos, donde se ha adoptado y si realmente ha cumplido sus fines. En el segundo y tercer capítulo se presentarán los resultados de la investigación y nuestra interpretación de ellos. Finalmente se encontrarán las conclusiones y recomendaciones que formulamos, fundadas en los temas estudiados y resultados obtenidos.

La investigación se ha realizado de la siguiente forma: Acudiendo a un enfoque **cualitativo-descriptivo**, se presenta un panorama general de lo que implica la tutela cautelar (concepto, importancia, fundamento normativo, sus presupuestos, clasificaciones, procedimiento y todo aquello que permita apreciar adecuadamente el fenómeno) y su tratamiento en el nuevo Código Procesal Civil aprobado por Ley 9.342. Esto implicó auxiliarse también de un enfoque **comparativo**, analizando la legislación vigente en medidas cautelares y el cambio de paradigma que plantea la legislación recién aprobada en cuanto al punto de estudio. Para ello, se acudió a la revisión de distintas fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales.

Asimismo, atendiendo al enfoque cualitativo, se expondrá lo que se ha resuelto en sede agraria en torno a esta temática. Por ser un fenómeno de análisis respecto del cual ha existido poco estudio, la técnica de investigación fue documental, que es la fuente primaria a la cual se acudió a recolectar la información de la totalidad de procesos resueltos en el Tribunal Agrario entre 2006-2016. De ellos, se seleccionaron todos aquellos en los cuales se gestionó e impugnó temas relativos a medidas cautelares nominadas e innominadas. Luego, esas resoluciones fueron analizadas para apreciar su motivación y clasificarlas de acuerdo con distintas temáticas del tema base.

Para consolidar la investigación, en el segundo capítulo se le agrega un enfoque **cuantitativo**, donde se pretende determinar: a) Cuántas resoluciones ha dictado el Tribunal Agrario sobre medidas cautelares; b) Cuántas medidas cautelares han sido anuladas, revocadas o confirmadas por el Tribunal Agrario; c) Qué aspectos procesales se deben respetar para la adopción de medidas cautelares según el Tribunal Agrario; d) Cuáles aspectos sustantivos han sido resaltados por el Tribunal Agrario en la adopción de medidas cautelares; e) En qué casos se ha adoptado una medida cautelar y al mismo tiempo una caución, y cuál es el fundamento para la misma; f) Qué tipo de medidas cautelares se dictan con mayor frecuencia, típicas o atípicas; g) Qué juzgado dicta más medidas cautelares que haya resuelto el Tribunal Agrario en apelación; h) En qué zonas del país se observa hay una mayor incidencia de

medidas cautelares; i) En qué casos, tomando en cuenta lo resuelto por el fondo, la medida cautelar efectivamente sirvió para tutelar el derecho invocado. Como instrumento de medición de los diferentes datos extraídos se empleará la observación técnico-científica y su descripción se expondrá a partir de un tratamiento estadístico y gráfico con diagramas, además de cuadros comparativos que serán explicados ampliamente. Las técnicas no se contraponen, sino que se complementan para examinar el objeto de estudio y permiten responder a diferentes objetivos y propósitos de la investigación.

Capítulo I. La tutela cautelar: Teoría y Parte General

1.1 Breve reseña histórica

Los sistemas cautelares se han ido creando en el tiempo para cubrir las distintas necesidades de quienes acuden a la tutela jurisdiccional. Sin duda existieron desde la más remota antigüedad ligados al cumplimiento de la sentencia. Según los advierte Falcón (2006, pp.12)⁴: *“ejemplo de ello lo da especialmente la ley de las XII Tablas. Allí legis actio per pignoris capionem era utilizada como medio de ejecución directa sobre los bienes de personas deudoras por tributos, ciertos créditos militares y de tipo religioso”*.

Las medidas cautelares que hoy se conocen, aparecieron en los estudios de fines del siglo XIX, en la doctrina alemana, como parte de la ejecución de la sentencia y del procedimiento documentario y cambiario, que es lo que se conoce hoy como *juicio ejecutivo*. La *zivilprozessrechts* de 1877 (Co, Código de Procedimiento Civil del Imperio) incluía el “embargo preventivo” y las “medidas provisionales de seguridad” en el título de la ejecución forzada.

Posteriormente, en Italia se empezaron a dar observaciones respecto a institutos particularizados del tema cautelar, particularmente, acerca del secuestro de bienes, la denuncia de obra nueva y las cauciones. Los procedimientos relativos a estos remedios fueron considerados como

⁴ Falcón, Enrique M. (2006). **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV: Sistemas Cautelares. Tutela Anticipada**. San Fe, Colombia, Edit. Rubinzal Culzoni.

“incidentes” procesales, de naturaleza provisoria extraordinaria, brotando así el tema cautelar como “preventivo o conservativo”.

Una evolución más clara aconteció cuando la doctrina separó las medidas cautelares de la ejecución de sentencia y del proceso ejecutivo. Vinieron así los famosos conceptos de Piero Calamandrei en 1935⁵, que producen un salto en los sistemas cautelares, pues los clasifica en: **a)** pruebas anticipadas (entendidas como providencias instructorias anticipadas que tratan de fijar material probatorio para el futuro proceso de cognición); **b)** aseguramiento de la ejecución (que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada de la sentencia de cognición); **c)** medidas cautelares (las cuales interinamente deciden acerca de lo pedido, en espera que en el proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva); **d)** contracautela, cauciones, fianzas y garantías (tenidas como aquellas providencias que imponen por parte del Juez una caución como condición para obtener de la tutela cautelar).

De acuerdo con Falcón (2006, pp. 19), dentro de los últimos progresos en el tema cautelar está la medida cautelar innovativa, que autores reconocidos como Jorge W. Peyrano ha dado en llamar “medidas autosatisfactivas”⁶.

De un recuento de lo investigado y escrito sobre el tema, se desprende que fue con el fin de no tardar tanto en la solución de ciertos conflictos de significativa incidencia social y ante lo prolongado del proceso de conocimiento pleno, que **los sistemas jurídicos empezaron a desarrollar la tutela sumaria**, en diferentes grados: interdictos posesorios (situación actual y momentánea), sumarios de peligro (derribo), tutela cautelar (sus características se ajustan a la tutela sumaria), arrendamientos (proteger a los caseros o dueños de inmuebles), monitorio arrendaticio y de cobro (recuperación oportuna del bien arrendado o del crédito), además de ejecuciones puras hipotecarias y prendarias, sin dejar de

⁵ Calamandrei, Piero (1945). **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires, EJE, p.16.

⁶ Para ahondar sobre esta temática más adelante se tratarán conceptos y alcances de este tipo de medida cautelar tomando como referencia precisamente a Peyrano, Jorge W. (2003). **Medida Innovativa**. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores (pp. 75-92) y Peyrano, Jorge W. (2007). **Medidas Autosatisfactivas**. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores (pp. 49-63).

lado los proceso de especial tutela de los consumidores. En todos ellos hay una “apariencia de Derecho” más fuerte que en los demás conflictos de conocimiento pleno, de ahí, la confianza del legislador en darles un trámite y estructura más sencillo y expedito. Por lo tanto, es precisamente dentro de la Tutela Sumaria que se encuentra a la Tutela Cautelar.

Esta breve reseña histórica muestra que la tutela cautelar se remonta a construcciones legales de muy vieja data, pero a la vez, se pone de manifiesto que la última página sobre las medidas cautelares en el proceso judicial todavía se está redactando, que no es un tema inacabado y que, como se verá a continuación, dentro de la ciencia procesal con el paso de los años se ha convertido en un sistemático instituto depositario de la esperanza para la corrección del eterno problema de los retrasos en la tramitación de los procesos judiciales.

1.2 Concepto, presiones terminológicas, fundamento y naturaleza jurídica

1.2.1 Concepto: Tutela Cautelar, Medida tutelar y Medida Cautelar.

Existen tantas definiciones de medidas cautelares como autores que escriben del tema. Según Kielmanovich (2000, pp.19)⁷ no existe en doctrina uniformidad en cuanto a la denominación que debe asignársele al proceso cautelar o a las medidas cautelares, refiriéndose algunos como “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas urgentes”, “medidas provisionales”, etcétera. Por otra parte, siguiendo a Véscovi y Morello (1984, pp. 543)⁸, se considera oportuno llamarlas “Medidas Cautelares” o bien “cautelares”, que es la terminología empleada por el NCPC y una de las más diseminadas en actual lenguaje jurídico continental.

⁷ Kielmanovich, Jorge L. (2000). Medidas Cautelares. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal -Culzoni Editores.

⁸ Morello, Augusto Mario y Véscovi, Enrique (1984). “La eficacia de la justicia. Valor Supremo del procedimiento en el área de la cautela”. **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, Montevideo.

En cuanto a su definición, siguiendo al Dr. José Rodolfo León Díaz (2007, pp. 4)⁹, las medidas cautelares “*son aquellos pronunciamientos decretados por la autoridad competente, antes o durante el desenvolvimiento del proceso, tendientes a evitar que el transcurso del tiempo pueda afectar de manera irremediable a quien cuenta con el ordenamiento jurídico a su favor y acude a la tutela estatal para satisfacer sus intereses*”.

Otra sólida noción del instituto ha sido expuesta por el jurista español Ezequiel Osorio (2013, pp. 13), en tanto conceptualiza que las medidas cautelares “*(...) son aquellas actuaciones de tutela sumaria que pueden acordarse, en el seno de una proceso jurisdiccional o arbitral, para evitar que el tiempo que tarde en resolverse ese litigio pueda suponer un perjuicio para el demandante, para lo cual se asegura la efectividad de la sentencia que pudiera recaer anticipando provisionalmente el resultado, si la pretensión del demandante tiene apariencia que va a ser estimada*”.

Puede apreciarse en las anteriores definiciones, un elemento clave en las medidas cautelares: son un mecanismo procesal tendiente a asegurar la efectividad de la tutela del derecho ejercitado o que será ejercitado. Operan como un “remedio” dirigido a neutralizar los daños que puedan surgir para el actor, que tiene razón, debido a la duración del proceso.

Esta es la posición adoptada por la jurisprudencia nacional en torno a la concepción de las medidas cautelares. En efecto, el **Tribunal Primero Civil de San José**, ha explicado que la tutela cautelar se instituye como un “*(...) remedio arbitrado por el Derecho tendientes a conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.*” (**Voto 905-2007**). Por su parte, el **Tribunal Agrario**,

⁹ Ponencia para el SEMINARIO SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES, celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, del 11 al 13 de abril de 2007, y en la Ciudad de Guatemala, del 16 al 18 de abril de 2007, dentro del programa de cooperación entre SIECA y la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO). Trabajo inédito. El Dr. León Díaz es Magistrado Suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Juez titular del Tribunal Segundo Civil de San José, Corredactor del NCPC, director del Área Civil de la Maestría en Administración de Justicia Civil, Universidad Nacional y profesor universitario de diversas materias en Derecho Civil.

entre muchas otras, en la **sentencia 173-2011** precisó que: *“III.- (...) Las medidas cautelares, derivadas como un derecho subjetivo de carácter procesal ejercidos por las partes, y dictadas y ejecutadas a través de los poderes-deberes del Juzgador, son ordenanzas dictadas por éste que conllevan obligaciones provisionales de dar, hacer o no hacer a una de las partes, para regular temporalmente una situación de hecho, extraprocesal, para evitar la producción de un daño irreparable o de difícil reparación que haga, por un lado, nugatorio la eficacia de una futura sentencia, y por otro, que haga imposible el ejercicio futuro de un derecho del damnificado (...)”*.

En este sentido, las sentencias de los tribunales superiores costarricenses se encuentran en línea con la moderna doctrina, que concibe las medidas cautelares como instrumentos destinados a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos, cuyo reconocimiento se solicita sea declarado en sede judicial.

1.2.2 Distinciones entre Tutela Cautelar, Medida Cautelar y Medida Tutelar.

Con el fin de evitar confusiones, es preciso aclarar desde ahora que alrededor de las medidas cautelares existe terminología y encuadramientos sistemáticos de la más variada índole, encontrándose en doctrina distintas acepciones sobre el tema¹⁰. Dentro de esa vaguedad de términos y conceptos, existen al menos dos aspectos que se deben deslindar.

a) **Medida o Tutela Cautelar es diferente a Medida Tutelar.** En efecto, la Medida Tutelar persigue amparar directamente un derecho vulnerado o amenazado, constituyéndose un fin en sí misma, no se encuentra subordinada a otra pretensión material. Opera de forma autónoma y son acciones en donde no hay vinculación entre la medida y la pretensión, sino que la medida tutela de manera directa algún derecho fundamental (integridad física, psicológica, libertades), como en casos de violencia doméstica que no hay un proceso

¹⁰ Para autores como Falcón (2006, pp. 7), existe un Sistema Cautelar que es superior a la idea de las Medidas Cautelares, en una relación de género a especie. Para él las Medidas Cautelares son un subsistema del Sistema Cautelar, el cual a su vez es un subsistema del proceso y un sistema extraprocesal, cuyo objetivo es proteger cosas o personas para que pueda arribarse a un resultado satisfactorio respecto de una relación jurídica.

principal, a no ser el mismo proceso de violencia doméstica y se toma la medida tutelar en donde se protege a la persona de cualquier forma de violencia; a veces ni siquiera es necesario llegar a comprobar si hubo o no violación del derecho, porque no es la finalidad de la medida, la medida es dar tutela a un derecho que está en peligro o que está siendo violentado, pero la medida es directa, no es instrumental o funcional, como la medida cautelar.

Otro ejemplo de medida tutelar son los recursos de amparo, porque buscan proteger derechos fundamentales de manera directa. En cambio, la tutela cautelar es un instrumento jurídico procesal que tiene por función evitar que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la sentencia conceda al actor. Así lo expone el doctor Jorge López González, corredactor del NCPD (2017, pp. 501)¹¹.

b) **La voz “Tutela Cautelar” es mucho más omnicomprensiva y general que el restrictivo vocablo “Medida Cautelar”**. Indubitablemente, a la luz del NCPD, toda medida cautelar es una tutela cautelar, pero no toda tutela cautelar es una medida cautelar, por cuanto al ser el NCPD supletorio de otras materias jurídicas, abrió la posibilidad de otorgar tutela a derechos fundamentales (ambiente, seguridad pública como el caso del art. 108) y garantizar derechos de sujetos procesales (incluso testigos), aunque la tutela no tenga una implicación directa con el fondo del asunto.

1.2.3 Razón de ser y función: fundamento constitucional y legal.

El fenómeno de la masificación viene obviamente aparejado al crecimiento de la población y al desarrollo económico, que a la vez trae consigo la proliferación de conflictos interpersonales, en todos los ámbitos del derecho, criminalidad en lo penal, problemas de familia, laborales, del agro, comerciales, civiles, entre otros. Junto a esto engrosan, en graves proporciones, los serios problemas de atascamiento judicial.

¹¹ López González, Jorge Alberto (2017). **Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I, Según el Nuevo Código, Parte General**. San José, Costa Rica. Editorial EDiNexo.

Esta realidad socio-jurídica precisamente se presenta como antesala de la tutela cautelar: **El tiempo de duración del proceso judicial y la falta de cumplimiento de buena fe de las cargas y obligaciones procesales**. En efecto, cualquier sistema procesal, por más adelantado que sea, requiere tiempo para poder llegar a una decisión final. El proceso exige tiempo, no es inmediato. Precisamente, la tutela cautelar se funda en la demora que se produce entre el momento de la lesión del derecho material y el momento en que se satisface en resolución judicial, cuya eficacia real o ejecutoriedad incluso puede ser no inmediata a lo fallado. En consecuencia, se busca garantizar la eficacia del derecho que se reconocerá en una sentencia estimatoria.

Pero no solo se persigue garantizar la pretensión material en sentido estricto. La medida cautelar también tiende a disuadir y hacer menos atractivo la comisión de conductas dilatorias de las partes tendientes a entorpecer o frenar el curso normal del proceso, sea con incidentes, recursos, acciones de inconstitucionalidad, etcétera, puesto que en el tanto que la parte demandada esté soportando una medida este tipo, se abstendrá de retrasar adrede el proceso y, por el contrario, se interesará en que el caso avance. Se trata, en síntesis, de un efecto persuasivo de la medida cautelar. Así, se ve la lentitud patológica del proceso y la "distancia temporal" que media entre la presentación de la demanda y la sentencia, puede provocar que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de lo que conceda la sentencia. El Estado, al asumir y reservarse la función de administrar justicia y dirimir conflictos para hacer cumplir los fines supremos del Derecho (justicia, seguridad jurídica, paz y bien común), prohíbe a los individuos la autotutela, de manera que, ante su deber de actuar, emplea las medidas cautelares para prevenir aquellas consecuencias negativas de la demora.

Vinculado con lo anterior está el **fundamento** inmediato de las medidas cautelares, esto es asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pueda recaer en el proceso en que se acuerdan. Basta una lectura del **artículo 78 del NCP** para corroborar tal finalidad, en tanto advierte: *“Las medidas cautelares serán admisibles (...) cuando sea necesario asegurar los resultados futuros o*

consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles". Pero, además, las medidas cautelares tienen otro fundamento igualmente importante, que es el de servir al derecho a la tutela judicial efectiva.

El **artículo 41 constitucional** consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, ello significa que todas las personas han de encontrar en el órgano jurisdiccional un sistema para solucionar adecuadamente sus conflictos. A pesar de que no hay un reconocimiento expreso a la tutela cautelar en nuestra Constitución Política, su contenido y alcances se determina a partir de aquel derecho fundamental de tutela judicial efectiva, que impone la adopción de medidas cautelares para evitar que la decisión final no sea efectiva. No debe olvidarse que el Derecho Procesal, como rama del Derecho Público, cimienta sus fundamentos en el Derecho Constitucional y más concretamente, en la interpretación sistemática, material y evolutiva de todas aquellas normas dedicadas a tutelar el derecho de acceso a la justicia (garantía del Derecho a Accionar y Defenderse) así como los principios y valores de debido proceso y justicia efectiva.¹²

¹² La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde el voto **3929** de las 15 horas 24 minutos del 18 de julio de 1995, reconoció que: "*las "medidas cautelares" en sí mismas no son inconstitucionales y que estas resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción (...)*". Ese alto Tribunal ya antes había advertido que: "*... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva*" (**sentencia 7190-94**). Posteriormente, en el **voto N° 6224-05**, le concedió carácter de Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar, al considerar lo siguiente: "(...) **IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR.** A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar **el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar.** (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia (...)" (El resaltado es suplido).

En lo tocante al contenido esencial, alcances y límites de ese derecho fundamental la Sala Constitucional en el **Voto No. 6224-05**, dijo: "(...) **V.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR.** El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de

Por lo tanto, se concluye que la tutela cautelar se trata de una garantía para la efectividad de la justicia, un mecanismo procesal eficaz para preservar la efectividad de lo que vaya a ser resuelto por el Poder Judicial. Este es entonces el fin teleológico de la tutela cautelar. Así se encuentra expresamente reconocido en el artículo 92 del NCPC, el cual advierte que “(...) *el tribunal podrá adoptar todas las que sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en sentencia*”. A la luz de lo reseñado, se podría a su vez concluir que no existe una tutela judicial pronta, cumplida y efectiva sin un sistema cautelar flexible y expedito¹³. Al respecto, cita Osorio (2013, pp. 19)¹⁴ “(...) *Y es que, si el legislador se limitara a configurar los procesos declarativos y los de ejecución sin articular los mecanismos precisos para asegurar que ambos cumplan con su finalidad, estaría dejando huérfano el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la tutela declarativa pudiera ser irrisoria si llegado el caso no fuera posible la ejecución de lo resuelto. De ahí que se sigue que las medidas cautelares cumplan un papel esencial en la protección de la garantía del Derecho a la justicia*”.

Teniendo presente sus verdaderos fines, el NCPC -a partir de su artículo 77- recoge y rediseña el instituto de la Tutela Cautelar con una finalidad amplia,

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

¹³ Consúltese al respecto Picado Vargas, Carlos Adolfo (2015). **Manual de Medidas Cautelares**. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., pps. 24-37.

¹⁴ Acosta, Osorio Ezequiel (2013). **Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Español**. España, Juruá Editorial.

ya no solo para garantizar la ejecución de la sentencia, que es la limitada propuesta de los artículos 241 a 244 del CPC actual, sino también para cubrir aquellas circunstancias tutelares de derechos subjetivos que rodean al conflicto judicial. Su título mismo revela la intención del legislador de no restringir la tutela a tan sólo las medidas cautelares típicas y atípicas tradicionales puestas al servicio de las partes, sino que ensancha la protección a la garantía de derechos constitucionales como el debido proceso o el ambiente, al resguardo de todos los sujetos procesales (incluidos testigos) y a la salvaguarda de los intereses supraindividuales. También se brinda legitimación difusa para proteger derechos difusos (ejem: sumario de derribo en art. 108). Aunque no necesariamente la cautela tenga una implicación directa con el fondo del asunto, la nueva legislación viene a tutelar sentar una tutela genérica, que sirva supletoriamente a otras disciplinas como la agraria, laboral o familia.

1.2.4 Naturaleza jurídica. ¿Proceso cautelar o Medida Cautelar?

El papel esencial de la tutela cautelar en la función de administrar justicia, ha puesto de relieve la discusión acerca de su verdadera **naturaleza jurídica**, concretamente si tienen un carácter de *tertium genus* de tutela jurisdiccional, configurando un proceso cautelar por sí mismo (diferente a los procesos de declaración y de ejecución), o bien, si operan como un mero elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución, técnicamente un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo.

En la legislación procesal civil comparada de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, explica el connotado jurista Manuel Ortells Ramos (2000, pp. 42)¹⁵, se adoptó un planteamiento tradicional de utilizar la denominación medidas cautelares y se sitúa su articulado con proximidad a las medidas de ejecución forzosa, lo cual no ha sido obstáculo para mejorar la aplicación del instituto. En nuestro medio, el NCPD ha tomado una posición que podríamos llamar ecléctica o “intermedia” pues entiende y acepta la **tutela cautelar** como parte de la tutela sumaria, con la particularidad de **no ser autónoma sino accesoria** a otro tipo

¹⁵ Ortells Ramos, Manuel (2000). **Las Medidas Cautelares**. España: LA LEY.

de proceso principal, pero a la vez, **creó un verdadero SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES**, con parte general aplicable a todas las medidas cautelares y una parte especial con medidas cautelares típicas y atípicas, que obedezcan a una lógica y a ciertos principios de forma armónica. Además, se ideó sistemáticamente un PROCESO CAUTELAR, el cual hasta antes de esta reforma sólo existía tímidamente en la LPOPI. De esta forma, al ver el legislador que hasta los sumarios tienen problemas de tiempo, creó y evolucionó la tutela cautelar como un instrumento accesorio a cualquier tipo de proceso que lo requiera para poder dar solución al peligro de la tardanza en lograr ejecutar una resolución.

En torno al debate de la autonomía se considera, indistintamente de si existe o no justificación suficiente para asignarle un “puesto autónomo” en el sistema jurídico-adjetivo, que lo primordial está en que la actividad judicial se oriente a privilegiar la tutela “pro cautela” para satisfacer o garantizar el derecho en conflicto. Esto conlleva a que los jueces deban adoptar una interpretación antiformalista de las reglas acogidas por la legislación procesal cautelar y privilegien el principio de flexibilización en la adecuación de la medida, subsanación de defectos formales los cuales pudieren presentarse y actuar con celeridad ante una solicitud cautelar.

Como bien lo explica de forma amplia la jurista peruana Marianella Ledesma (2013, pp. 56)¹⁶, el deber constitucional de dar prioridad y actuar con diligencia en la tramitación de los pedidos cautelares implica garantizar el derecho a probar los presupuestos de la medida cautelar, a motivar o fundar sólidamente las resoluciones judiciales que decidan sobre ellas, a salvaguardar el derecho a la impugnación de tales decisiones y finalmente, a ejecutar y efectivizar la medida cautelar para que asegure la eficacia real de la sentencia final que recaiga en el proceso.

¹⁶ Ledesma Narváez, Marianella (2013). **La tutela cautelar en el proceso civil**. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica.

1.3 Pregunta ineludible: ¿Cuál es la relevancia de una Tutela Cautelar sólida y efectiva para el funcionamiento correcto de la administración de justicia?

La función jurisdiccional trasciende del interés de las partes; en todas las sociedades y tiempos, está en posición de mejorar la calidad de vida de una comunidad en procesos específicos como salud, educación, condiciones laborales, desarrollo económico, relaciones de intercambio, entre otros. El sistema judicial o de administración de justicia genera un fuerte impacto sobre el desarrollo humano, de allí la importancia de contar con un sistema de justicia de calidad, pues esta constituye un factor determinante en todo sistema democrático.

En este escenario, la trascendencia de las medidas cautelares en el marco del funcionamiento óptimo del sistema judicial estriba en dar una respuesta inmediata a una situación de conflicto dada. La legitimidad y subsistencia de cualquier Estado de Derecho frente a las personas justiciables, depende de que se les garantice el goce y uso efectivo de su libertad (autonomía y libre arbitrio) y el pleno ejercicio de sus derechos subjetivos. En pocas palabras: que la función jurisdiccional no será burlada¹⁷. El Estado establece el orden en general y como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. Ante semejante tarea, las medidas cautelares no sólo implican una garantía de la

¹⁷ De acuerdo con Piero Calamandrei (1945, pp.16). *"Las providencias cautelares (...) están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional, esa especie de befa a la justicia que el deudor demandado en el proceso ordinario podría tranquilamente llevar a cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reírse después de la condena prácticamente impotente para efectuarlos, puede evitarse a través de la tutela cautelar"* (el resaltado no es del original).

eficacia o efectividad práctica del derecho a que se reconozca en sentencia (función garantizadora del resultado final) y una protección frente a un daño grave e irreversible para el demandante (función protectora del objeto del proceso), sino primordialmente constituyen un instrumento de «certeza del derecho» lo cual asegura a los individuos que su situación jurídica no será modificada¹⁸.

Aunque las medidas cautelares no son el punto central de innovación en la nueva legislación procesal civil, pues lo más relevante es la inserción de la comunicación oral como medio prevalente de dialéctica en el proceso civil, lo cierto es que sí son sumamente importantes en la reforma porque garantizan la eficacia del derecho reconocido en la eventual sentencia estimatoria. Todo proceso, por más bien diseñado que esté, requiere tiempo para llegar a una resolución final y tiempo para ejecutar las sentencias condenatorias. La tutela cautelar se presenta como un instrumento rápido, pronto, eficaz, utilizable preventivamente desde antes de la presentación de la demanda, para preparar el terreno ante una eventual estimación de la demanda y proteger de aquellas vicisitudes que pudieran dejar sin efectividad la ejecución de lo pretendido.¹⁹

1.4 Principios rectores

La tutela cautelar es un instituto parte de la Teoría General del Proceso, que como tal responde a principios rectores muy propios²⁰, a los cuales la

¹⁸ Al respecto consúltese: Ortiz Ortiz, Rafael (2002). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas**. Venezuela: Frónesis, pp. 65-67.

¹⁹ Para ahondar sobre estos aspectos del NCPC obsérvese ponencia del Dr. José Rodolfo León Díaz, co-redactor del NCPC, minuto 41:00, videoconferencia Derecho Procesal Civil “Particularidades del nuevo recurso de casación, Audiencias orales y La tutela cautelar”, Colegio de Abogados Costa Rica. Disponible en <http://videoteca.escuelajudicial.ac.cr/>

²⁰ Interesa destacar que etimológicamente, “*principio*” (del latín principium= comienzo) significa origen, inicio, punto de partida, un mandamiento por seguir. Es una ley o regla que se cumple o debe seguirse con cierto propósito. Consúltese: <https://es.wikipedia.org/wiki/Principio>. También se acepta que el término principio deviene de Axioma (*del griego "axioma", "lo que parece justo"*) originalmente significa “dignidad”. Por derivación se lo ha denominado ‘axioma’ a “lo que es digno de ser estimado, creído o valorado”. El profesor Walter Antillón (2001, pp.37) explica que los principios y las normas son los átomos o unidades elementales del ordenamiento jurídico, es decir, los cánones o pautas que permiten valorar un determinado comportamiento del individuo en sociedad, a fin de imponer dicho ordenamiento frente a eventuales inobservancia. Agrega, son proposiciones incondicionadas expresivas de los valores en que se asienta principalmente un

doctrina procesal, en no pocas ocasiones, les da carácter de características. A partir de la construcción que presenta la tutela cautelar en el NCPC, se han identificado al menos cinco principios procesales²¹ vitales para el instituto de las medidas cautelares:

1.4.1 Igualdad procesal y debido proceso (arts. 93 a 97).

En el tanto garantizan el derecho de alegación y defensa a ambas partes de forma paritaria. El debido proceso se manifiesta principalmente en que siempre se le debe dar participación a la parte contraria para que se refiera a lo discutido cautelarmente. Si bien las medidas cautelares pueden tomarse con o sin audiencia previa a la parte contraria (art. 94 y 96), en ambos escenarios debe otorgarse la posibilidad de conocer de la oposición del cautelado. El principio de igualdad se manifiesta al menos dos temas: a) Si la medida cautelar fuese excesivamente gravosa para una de las partes, puede crear un desequilibrio procesal, que conlleva al abuso de la medida cautelar²². Por tan sólo citar un ejemplo, podría colocarse a la contraparte en una condición económica difícil, si se paraliza su actividad con medidas como el embargo preventivo. B) En cuanto a la rendición de garantía (art. 80), el NCPC consideró notablemente el principio de igualdad, pues teniendo claro que este requisito de ejecutabilidad implica muchas veces un sacrificio económico insuperable para acceder a la cautela, excepcionalmente se estimó que en procesos “interés social” puede eximirse su

orden jurídico. Antillón, W. (2001). **Teoría del Proceso Jurisdiccional**. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas.

²¹ De acuerdo con De la Oliva Santos (2012, pp. 195), son principios procesales “*las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí que el término «principio» resulte apropiado), determinando que sean sustancialmente como son (...) Son los criterios inspiradores de la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su terminación*”. De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vega Torres, J. (2012). **Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General**. Madrid, España, Editorial Universitaria Centro de Estudios Ramón Areces.

²² Sobre el particular se ha resuelto: “*El ejercicio abusivo de las medidas cautelares, quiebran el principio de igualdad de las partes en el proceso, cuando la parte que las solicita realiza un uso inadecuado de las mismas en perjuicio de la otra parte. Justamente, por eso el legislador, si bien es cierto no establece el contenido de las medidas cautelares atípicas, es el juez quien tiene la posibilidad de delimitar el contenido de cada medida cautelar atípica, indicando de manera expresa las conductas (de actividad o de omisión) de cada una de las partes, para que la medida cautelar no produzca un desbalance o desproporción de los derechos que las partes buscan tutelar*” (Tribunal Agrario: voto 22-F de 29 de enero del 2004).

acatamiento. Esto plantea que ante hipótesis de personas que no tengan recursos o se encuentren seriamente imposibilitadas por encontrarse en situaciones de vulnerabilidad, no se le cercene el acceso a la justicia cautelar requiriéndoles tal garantía.

1.4.2 Proporcionalidad y razonabilidad (arts. 78-79).

En tanto ni pueden ser excesivamente gravosas ni pueden otorgar extremos absurdos, sin que puedan poner en una situación precaria a la parte demandada; por su urgencia y ejecutoriedad se pueden acoger de forma provisionalísima.

1.4.3 De ejecución inmediata y eficacia (arts. 95 a 97).

Aún y cuando se impugne la decisión judicial que las adopte, las medidas cautelares se aplican inmediatamente. Son ejecutorias de forma coetánea, pues de lo contrario sería dejarle sin posibilidad de actuar.

1.4.4 Funcionalidad Relativa, correlatividad con la pretensión (art. 78-79).

En tanto están dirigidas a cubrir cabalmente el contenido de la pretensión, pero no ha de satisfacerla tempranamente, de modo que, si la medida cautelar coincide plenamente con lo solicitado en la demanda, no es posible, sin haberse evacuado aún prueba trascendental, resolver de antemano a favor de la parte demandante en perjuicio del demandado, al ordenársele por ejemplo no causar más daños como si en efecto pudiera partirse de que los alegados en la demanda en efecto tienen esa característica. Parte de este principio es que la medida cautelar no puede imponerse a quién no es parte del proceso, y tan sólo podría afectarle indirectamente.

1.4.5 Responsabilidad de quien la solicita (arts. 77 y 85).

Al punto que las consecuencias de su levantamiento, cancelación o caducidad cae a espaldas de quien las ha solicitado. Precisamente para aminorar los daños y perjuicios que puedan causar, en algunos casos se exige rendir una garantía.

Estos principios, premisas o ideas fundamentales son el marco interpretativo que debe sopesar el tribunal al momento de acoger o denegar una medida de este tipo. Constituyen la base que ha tenido en cuenta el legislador para redactar las normas jurídicas cautelares. El análisis de la apariencia de buen derecho, que es el pilar fundamental de la tutela cautelar, debe indispensablemente realizarse con apego a la mayoría de estas reglas. Junto los diez principios de carácter general que enlista el Código en su artículo 2, los principios propios de la tutela cautelar son la columna vertebral para orientar al operador jurídico en cómo aplicar la normativa de las medidas cautelares.²³

Cabe valorar, no debe perderse de vista que el buen o mal manejo de tutela cautelar va a depender del adecuado empleo de estas cinco reglas. En efecto, estos principios actúan como directrices que orientan a las normas jurídicas que integran la tutela cautelar, para que logren la finalidad que medió en su creación. Por lo tanto, un oportuno ejercicio antes de aplicarlos reside en cuestionarse: ¿Cuál es el papel de la tutela cautelar? La respuesta se relaciona precisamente con el fin o ideología procesal del instituto: Sin la cautela muchas veces la sentencia sería inejecutable. Es comprensible, después de lo dicho, que dentro de la teoría general del sistema cautelar que impone el NCPD se identifiquen y ponderen los cinco principios reseñados.

1.5 Características

Aunque la doctrina procesal enlista muchas otras y no siempre se concuerda en cuanto a este punto, las más importantes características que se reconocen a la tutela cautelar, y sobre las que existe mayor consenso, son:

1.5.1 Instrumentalidad y correlatividad.

Consiste, según el autor italiano Piero Calamandrei (1945, pp.16), en que nunca son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a

²³ Acertadamente decía Couture (1999, pp. 49): *“toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos, que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución”* Couture, Eduardo. (1999). **Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.

la emanación de una resolución definitiva. Desde el punto de vista práctico, la instrumentalidad es un aspecto muy importante, dado que supone la vinculación subjetiva (no se le puede imponer a alguien que no es parte procesal) y objetiva (el contenido de la medida debe tener relación con lo que se pide) con la pretensión del proceso. La medida cautelar es instrumental porque está en función de la pretensión del proceso. Por ello una parte demandada no puede pedir medidas cautelares (no tiene una pretensión como tal).

Según razonó el Tribunal Segundo Civil, Sección II en su voto 63-2014:
“La instrumentalidad hipotética, como característica propia de las medidas cautelares, implica la correlación entre la medida cautelar y la pretensión, es decir, que represente una decisión procesal tendiente a garantizar un resultado favorable de la pretensión. Se dice que es hipotética porque, en caso de perder el proceso, la instrumentalidad se torna inexistente e incluso, se ha valorado por parte de la doctrina que todos los actos y las resoluciones procesales, previas del dictado de la sentencia, tienen esa característica de instrumentalidad y, por ello, no existe esa característica especial para las medidas cautelares (...).”
Según puede observarse, nuestros tribunales han interpretado que instrumentalidad y correlación entre medida cautelar y pretensión, son caracteres idénticos. Basta corroborar la sentencia 205-2013 de la Sección Primera del citado Tribunal Segundo, donde se coincide con que *“V.- (...) La medida cautelar tiene como característica estructural, su instrumentalidad y ésta radica en garantizar anticipadamente la efectividad práctica de la decisión del litigio, de modo y manera que ésta resulte útil. No es nunca un fin en sí misma, sino que sirve a la resolución definitiva, garantizando su eficacia práctica y útil; está al servicio o a la espera de la sentencia definitiva. Debe adecuarse al posible contenido de la sentencia de mérito, de modo que no puede producir efectos diversos a los que puedan emanar de la futura decisión definitiva del juicio. Es decir, la medida cautelar no puede atribuir a las partes bienes no solicitados al juez, ni utilidad alguna que las partes no podrían conseguir en virtud de la sentencia”*.

Similar criterio se expuso en la sentencia 522-2008 del Tribunal Agrario, donde se expuso que: “(...) *la medida cautelar típica de anotación de demanda recae sobre un fundo del cual aparentemente es de su propiedad, siendo entonces, dicho bien objeto de litigio, se cumple con el principio de cautelar de correlatividad objetiva, en el sentido de que una medida cautelar de carácter real solo puede recaer sobre bienes que sean objeto de las pretensiones materiales de la demanda, como parte de la instrumentalidad de las medidas precautorias, conforme se establece en el artículo 282 del CPC, aplicado supletoriamente. Asimismo, dicha anotación cumple con el principio de correlatividad subjetiva, en el sentido de que una medida cautelar sólo puede afectar a los sujetos que son parte en el proceso*”.

1.5.2 Residualidad.

A diferencia de lo que alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende, la residualidad no es un presupuesto de las medidas cautelares, sino una característica. Según lo explica Picado (2015, pp. 89)²⁴ “*Se basa en el principio de que, ante el dilema de aplicar dos medidas cautelares a la misma situación, se debe decretar aquella cautela que resulte no sólo adecuada para evitar el daño temido, sino que también resulta menos drástica para la contraparte*”. Avanzando un poco más allá, se estima, la residualidad implica constatar que el derecho que se busca tutelar esté seriamente amenazado, sin que quepa posibilidad de protegerse por medio de una medida cautelar típica u otro procedimiento judicial o administrativo, debiendo adoptarse con urgencia una medida cautelar.

1.5.3 Provisionalidad y temporalidad.

La vigencia de las medidas cautelares está marcada de antemano, pues no están previstas para durar más allá de la finalización del proceso. Además, las decisiones judiciales sobre medidas cautelares no son disposiciones definitivas, sino provisionales. Pueden variar o cesar durante el transcurso del

²⁴ Picado Vargas, Carlos Adolfo (2015). **Manual de Medidas Cautelares**. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas.

proceso, si las circunstancias que les dieron origen cambian o si se considera que desapareció el riesgo o amenaza. Siguiendo a López (2017, pp. 502) lo anterior implica que *“Las resoluciones que las disponen, nunca tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada (no serán inmutables)”*. También podría ordenarse el cese de las medidas cautelares cuando se comete algún abuso por la parte favorecida con ella.

1.5.4 Flexibilidad, adecuación, variabilidad o mutabilidad.

Las medidas cautelares están expuestas a ser variadas por el tribunal de acuerdo con las circunstancias, es decir, son modificables y sustituibles según las necesidades del caso concreto (art. 81 y 82). Pero no sólo esto, sino que el tribunal puede disponer oficiosamente una medida cautelar distinta de la solicitada si se considera adecuada y suficiente atendiendo a las situaciones que rodean el conflicto (art. 79).

Para Ledesma (2013, pp. 182) esta característica de las medidas cautelares se vincula con un elemento esencial suyo, al cual incluso algunas legislaciones le han dado condición de “tercer presupuesto”: la adecuación de la medida. Esta, explica la autora de comentario *“(…) está vinculada con la posibilidad de flexibilización que permite que el Juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, pueda disponer una medida distinta a la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”*. Similar explicación brinda Carbone (2010, pp. 139)²⁵, quien explica que modernamente se propone tener como nuevo presupuesto de las medidas cautelares el principio de adecuación o de correspondencia de la medida cautelar con el fin específico del derecho de fondo que se pretende proteger para dar andamiaje a cualquier medida cautelar. Explica, ese “estándar” ha sido recogido en la Ley Contencioso Administrativa Peruana N°27.584. Como se observó en el párrafo anterior, el legislador nuestro se inclinó por tenerlo como una característica de las medidas cautelares.

²⁵ Carbone, Carlos Alberto: “Revisión de los presupuestos de la Teoría Cautelar y su repercusión en el nuevo concepto de los procesos Subcautelares, Infra y Minidiferenciados”. En Peyrano, Jorge W. (2010). **Medidas Cautelares. Tomo I**. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

Se hace hincapié en que a la luz del NCPC, si la medida es excesiva o irrazonable el Juez podrá dimensionar su otorgamiento para no conceder todo lo que se pide, o bien, para acoger algo diferente a lo que se requiere. Esto es expresión de la oficiosidad que exige el instituto, lo que para los seguidores del principio del dispositivo implica romper el paradigma que de que tal actuar violenta el principio de congruencia. El código apuesta a la flexibilidad y sólo al dispositivo en cuanto a que es la parte quien pide la medida.

1.5.5 Preventiva o Aseguratoria.

La tutela cautelar tiene como fin impedir que el demandado realice actos que imposibiliten o dificulten la efectividad de la sentencia (art. 78). Cumplen una finalidad aseguratoria, en el tanto conservan una situación de hecho o de derecho para hacer posible la ejecución de la sentencia. El NCPC entiende que la necesidad de aseguramiento no existe cuando la pasividad o inactividad del solicitante supera los tres meses, en cuyo caso caduco la orden impuesta (art. 83).

1.5.6 Accesoriedad.

De acuerdo con el NCPC (art. 77) el proceso cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal, pero siempre formará parte de este. La cautela sigue al proceso, como la sombra al cuerpo, de manera que, no podría subsistir la medida si el proceso se terminó efectivamente. Debido a esto es que se afirma que la tutela cautelar no es autónoma, al punto que algunos indican que su trámite corresponde más a un procedimiento que a un proceso en sí mismo²⁶.

1.5.7 Proporcionalidad.

Al momento de concederse una medida cautelar, ha de ponerse en la balanza los intereses de ambas partes, buscando un fino equilibrio de sus derechos, al punto que “(...) *debe ponderarse el derecho de quien solicita la protección cautelar y el de quien se verá afectado por esa medida*” (López, 2017,

²⁶ Arazi, Roland y Kaminker, Mario (2007). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 3ª Ed, pp. 4

pp. 502). Tratando de procurar que la medida sea lo suficientemente eficiente como para impedir que el peligro en la demora se convierta en una lesión real de los derechos subjetivos del cautelante, pero a la vez asegurarse de no causar daños de mayor magnitud que los producidos en caso de no adoptar la medida. Es decir, la medida debe ser suficiente y adecuada, sin propender producir un efecto definitivo o de difícil reparación. Así visto, la proporcionalidad es un límite propio de las medidas cautelares.

Aunque es inevitable que la medida cautelar cause perjuicios a la parte afectada, no puede ser tan gravosa que implique un desequilibrio lo cual rompa el plano de igualdad entre las partes, por ello debe ser proporcional con el presunto derecho reclamado o demandado. En este sentido, ante solicitudes de medidas cautelares excesivas, pese que tutelen la pretensión, el órgano judicial debe dimensionar la aplicación de la medida, y otorgar parte o cosa diferente a lo que se está pidiendo. Sin incurrir en vicio de incongruencia, moldear el contenido de la medida cautelar. Por ejemplo, si en un cine se reproduce una película sin pagar los derechos patrimoniales a la productora de la obra, no parece proporcional cerrar el cine, sino una decisión prudente sería que el presunto infractor deposite las sumas dinerarias que le está generando esa reproducción²⁷.

En el capítulo siguiente, se observará que el tema de la proporcionalidad y del abuso en el ejercicio de la tutela cautelar, debe verse no sólo como un balance entre la posición de los bienes de los actores y demandados, sino medirse también en función de lo que finalmente están sentenciando los tribunales cuando se decide el fondo del conflicto. Existe un alto número de casos donde la demanda se declara sin lugar y especialmente en materia agraria, donde no se exige caución, el instituto de la medida cautelar puede estar ocasionando daños ilegítimos a quien soportó la medida.

²⁷ En la LPOPI se enuncia un artículo expreso sobre la proporcionalidad: “Artículo 4º- Proporcionalidad de la medida. Toda decisión que resuelva la solicitud de adopción de medidas cautelares, deberá considerar tanto los intereses de terceros como la proporcionalidad entre los efectos de la medida y los daños y perjuicios que ella puede provocar.”

1.5.8 Razonabilidad.

La razonabilidad, junto a la proporcionalidad y la equidad, en realidad constituyen criterios o pautas de toda actuación judicial. Desde la perspectiva de las medidas cautelares, implica no otorgar ni amparar extremos absurdos o irracionales, dado que ningún tribunal puede dar cabida a arbitrariedades. Dentro de un Estado de Derecho, una decisión razonable habrá de concordar con los valores y normas constitucionales de orden, paz, seguridad, justicia, libertad y derecho.

Acercas de la razonabilidad, el Tribunal Agrario ha dicho que, tratándose de anotaciones de demanda sobre fincas, debe permitirse se liberen las áreas que no son parte del conflicto para atemperar los efectos de la medida. Concretamente en el 248-2015 expuso “(...) *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad permean la valoración de los presupuestos de las medidas cautelares, incluso típicas, toda vez el espíritu del artículo 468 del CC no es el de convertirse instrumento de limitación del dominio si éste no está verdaderamente vinculado a lo debatido en una pretensión real. Lo contrario permitiría un abuso en la tutela cautelar típica y afecta en definitiva el equilibrio procesal entre las partes*”. En similar sentido voto 741-2013.

1.5.9 Otras características.

Existen muchas otras características que adornan a algunas medidas cautelares, pero no a todas, por lo cual no resultan totalmente definitorias del instituto. También existen ciertas características relacionadas con la tramitación de la cautela. Así, por ejemplo, autores como Picado (2015, pp. 90) enlistan la “sumario cognitivo” o procedimiento expedito, como rasgo esencial de las medidas cautelares, lo cual compartimos se trata de una particularidad significativa del instituto, más no siempre aplicable.

1.6 Presupuestos y requisitos esenciales de la tutela cautelar

1.6.1 Requisitos para poder otorgarla

1.6.1.1 Peligro en la demora.

Periculum in mora, peligro por la mora procesal, riesgo por la duración del proceso, son todas expresiones que establecen una relación entre el factor tiempo y la evolución de los hechos durante la tramitación del proceso. A propósito de la necesidad de creación del instituto cautelar, comenta Cecchini (2010, pp. 17)²⁸, tal responde a una realidad muy concreta: el tiempo de duración del proceso. Dentro de ese contexto, la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia definitiva y la inevitable realidad de duración del proceso, imponen la adopción de la medida para evitar daños irreversibles, irreparables o de difícil reparación para alguna de las partes o para los intereses de la colectividad.

Explica Falcón (2006, pp. 112), este presupuesto “(...) *significa que debe existir un temor grave fundado, en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore, o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso*”. Respecto a tal, se dice que en la mayoría de los casos que implican una sentencia de condena, el peligro en la demora es ínsito a la pretensión que se está ejerciendo, dada la falta de aptitud del proceso para sentenciar sin retardo. Esta es precisamente la línea que sigue la doctrina italiana, pues según Proto Pisani (2014. pp.394) “*Por peligro en la demora se entiende el peligro de que la mera duración del proceso, prolongando en el tiempo el estado de insatisfacción del derecho, sea causa del perjuicio*”.

En doctrina existen criterios encontrados respecto de si el peligro debe probarse, o bien, se presume o sobreentiende inherente al proceso judicial. Este presupuesto debe tener un carácter objetivo cuando el solo paso del tiempo ya puede generar situaciones de riesgo para el demandante. Ciertamente, en muchas ocasiones, el peligro deriva de la existencia del proceso mismo, a causa de las dilaciones necesarias que se experimentan cuando se cumplen con las

²⁸ Cecchini, Francisco Carlos, “Reflexiones acerca de las Medidas Cautelares”. En Peyrano, Jorge W., Director (2010). **Medidas Cautelares. Tomo I**. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

garantías del debido proceso (contradicción, audiencia, igualdad, defensa), se toma el tiempo necesario para cumplir con los trámites del proceso y cuando el Juez, con reposo, busca la decisión justa y correcta.

Bajo esta inteligencia, se propone que la persona juzgadora haga una necesaria reinterpretación del peligro en la demora, para aceptar -en la mayoría de los casos de sentencias de condena- que el requisito se cumple desde el momento mismo en que se solicitan las medidas cautelares. Es ínsito a la pretensión. Será pues el demandado el que deba asumir la carga de la prueba del no riesgo por la duración del proceso ya que, en nuestra interpretación, este riesgo existirá siempre. Lo que sí se le debe exigir al demandante es que justifique y explique cuáles son las razones de urgencia que aconsejan adoptar las medidas cautelares en forma inmediata, máxime cuando se pide acogerla inaudita parte.

De una detenida lectura del título III del NCPC (arts. 77 a 97), se detecta que el legislador no mencionó por ningún lado la fórmula: “peligro de demora”. Ello es así porque precisamente se pensó que el presupuesto siempre existe merced a la duración misma del proceso. Encontrar supuestos en los cuales no se esté frente a un peligro en la demora es bastante difícil, pero los hay (ej. en las denominadas acciones negatorias donde se busca una declaración judicial que niegue el derecho que otro se atribuye). La frase del artículo 77 que establece como presupuestos el “*peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes*” parece vincularse con el peligro de demora, pero expresamente así no lo expone.

1.6.1.2 Apariencia de buen derecho.

Este presupuesto responde a la célebre fórmula latina “*fomus bonis iuris*”, o humo de buen derecho. AtaÑe al grado de probabilidad de lo que se pide como pretensión material. Significa que la pretensión de la demanda principal, o del derecho que se quiera asegurar, debe tener probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico. Según la experiencia en el tema, este es el presupuesto de mayor importancia al momento de considerar si se acoge o no una medida

cautelar. A la vez, es uno de los presupuestos mayormente cargado de mitos y preconcepciones erradas en el argot judicial.

El término “apariencia” involucra que aún no se tiene certeza del destino de la pretensión, pero desde el punto de vista fáctico y normativo, existe una “*probabilidad*” de que lo pretendido pueda ser concedido. En ese orden, el análisis para la procedencia de la medida cautelar requiere verificar: que aparentemente el actor tiene legitimación, el demandado es aparentemente a quien se le puede exigir la obligación y aparentemente, y de acuerdo con lo informado por las pruebas, la pretensión no es infundada, ilegal, irrazonable o inaceptable. Es otras palabras, el Juez o Jueza debe explicar que de acuerdo con la situación preliminar -no definitiva- en la cual se encuentra el caso, existe una apariencia que el bien reclamado puede ser acogido, la cual puede cambiar en el curso del proceso. Por el contrario, si ni siquiera existen acreditados mínimamente los supuestos de hecho que fundamentan la pretensión o estos constituyen verdaderos absurdos jurídicos, debe denegarse el otorgamiento de la medida por carecer del presupuesto en estudio.

Ahora bien, el eterno problema en torno a este presupuesto reside en que los tribunales han insistido en no otorgar tutela cautelar -especialmente atípica- so pretexto de poder incurrir en el afamado “*adelanto de criterio*”. Lamentablemente, esa peculiar práctica tan diseminada en los razonamientos de las personas juzgadoras se cimienta en temores injustificados y constituye una denegación arbitraria de la justicia cautelar, sin dejar de lado que incrementa la desesperanza del ciudadano hacía la administración de justicia y deslegitima la actuación del órgano judicial.

Es importante resaltar que las medidas cautelares en materia de propiedad intelectual se encuentran reguladas en la LPOPI, la cual no menciona el inscrito en el Registro respectivo, firma en la pintura, nombre del autor en la presupuesto de apariencia de buen derecho, sino que requiere demostrar la “titularidad del derecho” (derechos portada del libro, entre otras). A contrapelo, el NCPC en sus artículos 78 y 79 exige sólo la apariencia de buen derecho.

1.6.1.3 Tratamiento jurisprudencial en sede civil y agraria.

En cuanto a los presupuestos de las Medidas Cautelares la jurisprudencia ha sido prolifera.

Relevante resulta la sentencia **280-2008 del Tribunal Segundo Civil, Sección II**, en la que se explicó: “V.- *Una medida cautelar tiene como presupuestos la apariencia de buen derecho (fumus bonus iuris) y peligro de daño en la demora (periculum in mora). El segundo, se da por la tardanza injustificada que puede sufrir la resolución de la pretensión material de la parte actora. El primero (...), tiene que ver con la viabilidad aparente de esa pretensión material.*”

Por su parte, en la sentencia **205-2013 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera**, se explica que el sistema jurídico procesal costarricense exige la concurrencia de los dos presupuestos reseñados y en cuanto a tales señala: “V. (...) *el periculum in mora, o peligro de demora y consiste en el temor fundado de que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para que se dicte la sentencia principal. Hay una relación de causalidad entre el daño grave e inminente y la demora del proceso declarativo, pues existe una imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia y la inevitable prolongación del proceso. Ese daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la medida cautelar. El segundo elemento a considerar es el Fumus boni iuris o apariencia del buen derecho, es decir, que la pretensión parezca bien fundada, evaluación que debe hacerse antes de concederse la medida solicitada, sin que tal juicio prejuzgue el fondo del asunto, dada la cognición sumaria. La indagación de este elemento se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada*”.

En lo que respecta al **Tribunal Agrario**, se ha expuesto que el examen de la apariencia de buen derecho no implica que el Juez esté prejuzgando o adelantando criterio sobre el derecho aplicable al conflicto, sino que:“(...) *Es sólo un criterio de verosimilitud de que la causa petendi del solicitante se encuentre*

amparado en el ordenamiento jurídico, sin que necesariamente se esté declarando ese derecho a su favor, tal y como lo ha determinado la doctrina colombiana: “Esto no significa que se esté presentando un prefallo, o una predecisión anticipada por parte del Juez al admitir la medida cautelar, ya que la actuación probatoria en el proceso principal, puede demostrar una situación contraria a la inicial, y el convencimiento del juez tendrá necesariamente que modificarse”. ROJAS GONZÁLEZ (Germán Eduardo). Esencia y Trámite de la Función Cautelar, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996, p.5.”. (voto 173-2011).

En similar sentido, en su **voto 894-2009** había explicado: “(...) *Ciertamente, la apariencia de buen derecho constituye un juicio de verosimilitud, es decir, un juicio de probabilidad, pero no podría en forma alguna coincidir con lo pretendido en la demanda se declare en sentencia pues las medidas cautelares tienen como fin la declaratoria de decisiones temporales que tengan como fin evitar se genere un peligro real de un daño irreparable o de difícil reparación que afecte o haga ilusoria la eficacia de la sentencia o el ejercicio de un derecho subjetivo”.*

Apréciase, la jurisprudencia más autorizada que ha estudiado el tema ha sido consonante con la doctrina científica en cuanto a que los dos presupuestos medulares de las medidas cautelares son el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho. Respecto al peligro en la demora, aunque así no se expone, se cree que el demandante debe al menos justificar cuáles son las razones de urgencia que conllevan a requerir la medida. En cuanto al segundo elemento, se rescata el criterio de los tribunales pues atinadamente apunta a que debe probarse la existencia de forma indiciaria del derecho que se afirma en la demanda.

1.6.2 Requisito para poder ejecutarlas: Caución o Garantía.

Una de las piezas fundamentales del sistema cautelar es la caución o garantía que ha de prestar el solicitante de la medida. Como bien lo apunta

Carbone (2010, pp. 133)²⁹, se trata de un requisito para la ejecución de las medidas cautelares, no para su procedencia. Incluso el deber de *caucionar* se da en un estadio cronológico distinto, esto es, en el momento de ejecutabilidad de la medida.

En la sección siguiente, cuando se vea el instituto de la contracautela, se advertirá cómo la mayoría de la doctrina, incluso la italiana con Proto Pisani (2014. pp.400), se inclina por conceptualizar que la caución constituye dogmáticamente una medida contracautelar, “una contracautela”, para la protección del derecho a la indemnización por responsabilidad causada al demandado en los casos de inexistencia del derecho sobre la base del cual se emitió y ejecutó la medida.

Para hacer de contrapeso (freno) al exceso de las medidas cautelares, el NCPC presenta la necesidad de rendir una garantía a quien solicita la medida cautelar. En la adopción de la cautela siempre habrá un grado de inseguridad, por lo cual, en casos de error, excesos o improcedencia de la demanda, la referida garantía viene a reponer los daños ocasionados en el patrimonio del cautelado. Ortells Ramos (2000, pp. 182) sostiene que mediante la caución el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a una indemnización no sólo está respaldado por el patrimonio del solicitante, como soporte ordinario de su responsabilidad, sino con una garantía específica. A partir de ello, se concluye que la razón de ser la caución descansa en cimentar un régimen efectivo de responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar.

Ahora bien, debe advertirse, por otro lado, que la caución puede llegar a convertirse en una dificultad importante o impedimento insuperable para obtener la tutela, por lo cual el monto impuesto en su concepto y las posibilidades de exención de ese requisito, merecen especial atención por parte del Juez.

En términos generales, la caución consiste en una suma de dinero o cualquier documento de crédito que pueda servir de indemnización a los daños y perjuicios que eventualmente tenga que pagar el solicitante. En el NCPC este

²⁹ Carbone, Carlos Alberto: “Revisión de los presupuestos de la Teoría Cautelar y su repercusión en el nuevo concepto de los procesos Subcautelares, Infra y Minidiferenciados”. En Peyrano, Jorge W., director (2010). **Medidas Cautelares. Tomo I**. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

requisito se prevé en el artículo 80, el cual se complementa con el numeral 75, que obedece a la norma genérica en materia de garantías.

1.6.2.1 Cuantificación y Exención de la caución.

En cuanto a su cuantificación o constitución, de la citada norma 75 derivan dos situaciones:

a) En la resolución que dicte el tribunal accediendo a la medida cautelar, debe indicarse la forma, la cuantía y el tiempo en que debe prestarse la caución.

b) Los criterios para determinar la cantidad garantizada son:

- La **naturaleza y el contenido de la pretensión**. Nótese que el artículo 75 refiere que el tribunal la fijará prudencialmente, de acuerdo “a la naturaleza y entidad de lo que se pretende asegurar”.
- La **valoración que se realice sobre la verosimilitud de la pretensión**. Obsérvese que el párrafo segundo del artículo 80 advierte que se puede eximir cuando existan motivos fundados o prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión, lo que impone concluir que: entre más fuerte la apariencia de buen derecho, menos alto debería ser el monto de la caución.
- La norma permite interpretar que, como el fin de la caución es garantizar la indemnización de los eventuales daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado, otro criterio para la cuantificación de la caución es: los **daños y perjuicios previstos en el patrimonio del sujeto pasivo de la medida**.

Por otro lado, se puede exonerar o reducir el monto de la caución cuando:

- ✓ Existe un grado de probabilidad de éxito de la pretensión sumamente fuerte o fuertísima.³⁰
- ✓ La parte contra quien se esté ejercitando la medida reconozca el derecho del peticionante.
- ✓ En procesos de interés social no es necesario pedir garantía, tal es el caso de procesos agrarios, familiares y laborales especialmente. Incluso en

³⁰ Afirma Carlos Carbone, esta idea se sintetiza en corrientes jurisprudenciales argentinas que defienden la tesis que reza: “A mayor verosimilitud, menor caución o doctrina de los vasos comunicantes o teoría del clearing de presupuestos”. Pp. 134. *Ibidem*.

materia civil puede existirlo. Téngase presente que en NCPC se pensó por el legislador como una norma que será supletoria de esas otras materias.

- ✓ En procesos monitorios y de ejecución no hay necesidad de rendir garantía para decretar embargo cuando hay de por medio un título ejecutivo.

1.6.2.2 Resarcimiento por los daños y perjuicios.

La medida cautelar puede caducar por:

- a) el transcurso de un mes desde que se ha decretado, sin que se haya ejecutado por culpa de la parte que le está requiriendo;
- b) se trate de una medida cautelar solicitada antes del inicio del proceso y luego de que se ejecuta esa medida cautelar, no se presenta la demanda dentro del plazo legal del mes;
- c) el paso de tres meses de inactividad del proceso imputable al solicitante (caso de los monitorios con sentencia intimatoria).

Pueden extinguirse cuando:

- a) Se ordena su cancelación por improcedentes.
- b) Se solicite y ejecute de manera abusiva.
- c) La demanda se determina como inadmisibles, improponibles o se deniega en sentencia.
- d) El proceso termine por desistimiento, renuncia o caducidad de la instancia.

En esos seis eventos, de acuerdo con el artículo 85 del NCPC, surge responsabilidad del peticionario que se traduce en la pérdida del monto garantizado con la caución. Con ello se sienta la regla que quien pide la medida es el responsable. Se entiende, son supuestos taxativos, por tratarse de una norma sancionatoria.

En cuanto al tipo de responsabilidad civil, se dice es “potestativa” y “subjetiva” en algunas ocasiones. Según López (2017, pp. 508), la condena no es imperativa, sino una posibilidad, por lo que el Juez podría eximir. Se enuncia en la norma que el juez “podrá” condenar al pago de los daños y perjuicios y, por tanto, esa responsabilidad sería de carácter subjetivo basada en la culpa o el dolo, pero en otros casos (la mayoría de los casos de las medidas cautelares) la responsabilidad no es potestativa, sino que es impuesta por la ley

y deja de ser subjetiva para convertirse en responsabilidad objetiva. Entonces hay que distinguir en algunas situaciones cuando esa responsabilidad podrá ser basada en la culpa y cuando esa responsabilidad recae *ipso iure* por una situación concreta de la ley. En principio el NCPC se decanta en esta discusión por una responsabilidad objetiva y que inclusive en los casos de garantías fijadas por el propio legislador, la garantía se constituye en el resarcimiento mínimo que se le da a la parte (25% embargo preventivo) pero puede la parte pedir una indemnización mayor.

1.7 La enervación de la tutela cautelar: Contragarantía o ¿Contracautela?

Aunque no siempre es posible, las medidas cautelares pueden ser sustituidas o levantadas. La mutabilidad que les caracteriza conlleva que puedan modificarse, ampliándolas, reduciéndolas o sustituyéndolas. En efecto, en ciertos casos se permite que la parte que se está viendo afectada con la medida cautelar la levante o sustituya con una “contracautela” o “contragarantía”, que responderá por los daños y perjuicios que se causen.

El artículo 82 del NCPC, a propósito de la sustitución y levantamiento de las medidas cautelares, dicta que “(...) *El solicitante deberá rendir garantía suficiente para tutelar los intereses del beneficiario*”. Se trata de sustituir un bien determinado por dinero.

Respecto al tema de la contragarantía o contracautela existen diversas nociones y posiciones encontradas en la jurisprudencia y la doctrina científica. Para los juristas ibéricos Osorio Acosta (2013, pp. 103), Ortells Ramos (2000, pp. 194) y Escaler Bascompte (2013, pp. 120)³¹ alude al instituto denominado “caución sustitutoria” previsto en el art. 746 de la LEC. Por su parte, para juristas como el italiano Proto Pisani (2014, pp. 400) y Valcarce (2006, pp. 194)³², la contracautela constituye una condición de ejecutoriedad de la cautela y un presupuesto de las medidas cautelares, es decir, para él contracautela y caución son la misma circunstancia. Similar postura adopta Picado (2015, pp. 106) y

³¹ Escaler Bascompte, Ramon (2013). **Medidas Cautelares y Ejecución**. Barcelona, España. Editorial Atelier.

³² Valcarce, Arodin. Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral. En: Morello, A. (coordinador). 2006. **Medidas cautelares**. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley. pp. 194.

Falcón (2006, pp. 126). El primero, siguiendo al procesalista argentino Alvarado Velloso (2010, pp. 651)³³, acepta que los términos contracautela y cautela frecuentemente se confunden, sin embargo, opina que caución y contracautela no son sinónimos, sino que la *caución es una forma especial de contracautela*, en una relación de género-especie. Para él, la contracautela es una condición atenuante de la medida cautelar, solicitada por la contraparte o decretada de oficio por el juez. Dice, la palabra contracautela en el uso forense se refiere a la caución que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de la indemnización por el eventual daño que provoque la medida. En respaldo suyo, cita la sentencia 675-2012 del Tribunal Agrario que define la contracautela como una contraprestación que se le impone a la parte que solicita una medida cautelar para que los efectos perniciosos de la cautela no sean tan graves para la contraparte.

Falcón, por su parte, conceptualiza *“La contracautela consiste en la garantía que debe suministrar quienes solicitan una medida cautelar”*. Similar conceptualización ha adoptado alguna que otra sentencia civil de nuestros tribunales superiores, a modo de ejemplo el *voto 587-2015 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera*, donde trata la contracautela y la caución como nociones idénticas.

Por otra parte, se comulga con que el NCPC, en cuanto al tema debatido, sigue las líneas de la LEC en cuanto separa la caución de la contracautela, y al margen del debate doctrinal, entiende que la contracautela lo que sirve es para gestionar el levantamiento de la medida cautelar. Tal y como explica Osorio (2013, pp. 103) en la LEC existen dos instrumentos por los que el demandado puede evitar o disminuir el posible daño que las medidas cautelares solicitadas por el demandante le puedan ocasionar, que confluyen en ofrecer una contracautela a las medidas solicitadas por el demandante, sea ofreciendo una caución sustitutoria (arts. 746-747 de la LEC) u ofreciendo medidas cautelares alternativas, menos gravosas, pero igual de eficaces, por ej. trabado un embargo

³³ Alvarado Velloso, Adolfo (2010). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. San José, Costa Rica. Ed. Investigaciones Jurídicas.

preventivo, el demandado ofrezca otro bien a embargar que le suponga menor perjuicio. Esta es la línea que debe seguir el NCPC en cuanto a la contracautela, pese respetable construcción suramericana para fundir e identificar la institución con la caución.

1.8 Clases o tipologías de Medidas Cautelares

Como en todos los temas, las clasificaciones siempre son variadas e inacabadas. Las medidas cautelares no son la excepción. Para efectos de esta investigación, se profundiza en la clasificación propuesta por el NCPC, que sigue la clásica, pero vigente, categorización de medidas cautelares típicas o nominadas y medidas cautelares atípicas o innominadas.³⁴

1.8.1 Medidas cautelares típicas.

Se entiende que una medida cautelar es típica cuando el legislador establece cuál es la situación típica o hechos ante los cuales se debe adoptar la medida (en la anotación registral de las demandas se contempla expresamente en el art. 468 del CC en qué casos procede), o bien, cuando prevea el contenido de esa medida cautelar (en el embargo preventivo se dice qué se debe depositar para poder embargar, pero no dice en qué casos, generalmente sabemos es para obligaciones dinerarias).

En la mayoría de los casos la tipicidad es doble, es decir, se menciona y regula con detalle la situación que amerita la medida y la medida misma. Eso sí, algunas veces habrá una “*tipicidad a medias*” en la cual el legislador prevea parte de la situación fáctica ante la cual procede la medida, pero, como no puede prever todo el abanico de supuestos de violación ni todos los contenidos de la medida, el Juez tendrá que considerar en su otorgamiento que sea adecuada, suficiente, proporcional y efectiva. En estos casos, tendrá que buscar medidas cautelares que no tengan efecto irreversible y que no sean de difícil reparación. Tal es el caso de la prohibición de innovar, modificar, contratar o hacer cesar

³⁴ Según explica el jurista Jairo Parra Quijano, existen dos Sistemas para regular las medidas cautelares típicas o atípicas. Uno totalmente atípico y otro típico pero moderado por una medida cautelar atípica de carácter residual. Consúltese artículo de internet denominado: Parra Quijano, J. (2012). **Medidas Cautelares Innominadas**, Colombia: disponible en el sitio web: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijsano.pdf>

actividades, en la cual no se precisa el contenido, sino que solo hace la enunciación de lo que se podrá hacer.

De acuerdo con la característica de la residualidad, cuando exista una medida cautelar típica que tutele una situación jurídica determinada, no es posible innovar con una medida cautelar atípica distinta a la que está previendo ya específicamente el legislador, pues éste ya apostó por una tutela concreta.

1.8.2 Medidas cautelares atípicas.

Siguiendo la experiencia del sonado art. 242 del CPC, el NCPC reconoce que para las situaciones de hecho expresamente no contempladas en la ley y en los casos en que el contenido de la medida no esté regulado, se pueden tomar las medidas atípicas que sean necesarias, respetando las reglas de la parte general de la tutela cautelar. Acá se pueden acoger las medidas de tipo conservativa, innovativa o anticipatoria, lo cual suprime el viejo temor de “no adelantar”, por medio de una medida cautelar, los efectos de una sentencia estimatoria.

Más adelante se tratarán con más detalle esta clase de medidas, que alguna doctrina le ha denominado “cautela genérica o innominada o indeterminada” y que viene a ser el dispositivo jurídico para acoger medidas cautelares distintas a las previstas legislativamente.³⁵

1.9 Análisis de las medidas cautelares típicas previstas en el NCPC

El NCPC³⁶ hizo una enunciación de tipos específicos de medidas cautelares típicas, ampliando el reducido listado que tenía el anterior código. Pasamos a explicar cada una de ellas:

1.9.1 Embargo preventivo.

Pretende proteger a quien está exigiendo una obligación dineraria, o que se va convertir en dineraria, de la ocultación o distracción de bienes del sujeto

³⁵ Al respecto, puede consultarse De los Santos, Mabel: La Medida Cautelar Genérica o Innominada. En Peyrano, Jorge W., director (2010). **Medidas Cautelares. Tomo I.** Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

³⁶ Debe recordarse que en la legislación patria existen otras medidas cautelares típicas previstas en la LPOPI (art.5).

obligado. Su efecto será que se “aparten” esos bienes para una eventual responsabilidad patrimonial del deudor. Terminológicamente es importante aclarar que esta medida se denomina “embargo preventivo”, porque debe darse antes de la emisión de la sentencia. Si se pide luego de sentenciado el asunto y declarado el derecho, se trata de un embargo de ejecución (o ejecutivo), para el cual -a diferencia del anterior- no se rinde garantía.

Según dijimos, el embargo implica una incautación de los bienes de una persona que se puede dar con la anotación en el registro respectivo (bienes inscribibles) o con la práctica formal del embargo (bienes no inscribibles o no inscritos). Por medio de esta medida cautelar, el embargante se asegura las resultas económicas del proceso, puesto que si llega a tener éxito en su pretensión, podrá pedir el remate del bien incautado. Por tanto, tal y como lo advierte el art. 86.1 del NCPC, la finalidad de esta medida es impedir que el deudor oculte o distraiga bienes para eludir una eventual responsabilidad patrimonial.³⁷

A diferencia de la anotación de demanda, el embargo puede recaer sobre bienes que no tiene relación con el objeto de debate. Para acceder a este es imprescindible que se rinda una garantía del 25% en dinero del monto por el que se pide, salvo que la gestión se funde en título ejecutivo. El artículo 86.2 del NCPC establece esa regla, no obstante, respecto al tema de las “garantías” debe también tenerse presente el artículo 75 que sienta la posibilidad de rendir otro tipo de garantías.

Finalmente, acorde al artículo 86.3 se puede levantar el embargo (preventivo o ejecutorio), cuando el embargado deposite el monto por el que se

³⁷ En cuanto al tipo de bienes sobre los que puede recaer el embargo, de acuerdo con el principio de responsabilidad civil patrimonial previsto en el art. 981 del Código Civil, pueden ser objeto de embargo preventivo cualquier tipo de **bienes muebles** (en el caso de los vehículos de transporte público deben seguir circulando y se debe dar prioridad como depositario al poseedor al momento del embargo) o **inmuebles** (salvo los que se haya impuesto una cláusula de inembargabilidad como la del 242 del CC o derive de un testamento con limitación, o se trate de nichos de los cementerios), **salarios** (siempre que el patrono no lo haya pagado y se encuentre ya en una cuenta bancaria del embargado). También el art. 984 enlista algunos bienes que son inembargables, al igual que lo hacen algunas leyes especiales (ej, INDER, BANVI, cuentas del banco popular. Esto implica que no todo el activo responde por las obligaciones, sino solo el activo inembargable.

decretó, resultando relevante resaltar que la norma no prohíbe que esos bienes puedan ser nuevamente embargados por el mismo motivo, lo cual cerraría aquella vieja discusión jurisprudencial que dictaba que tales bienes no podían reembargarse por la misma causa.

1.9.2 Anotación de demanda.

Es una medida que tiene efectos registrales. En palabras de Barberio (2010, pp. 549)³⁸ es una medida cautelar de publicidad y seguridad relativa a bienes en virtud de la cual se persigue la oponibilidad de las resultas de lo anotado frente a terceros adquirentes o beneficiarios de derecho reales constituidos sobre dichos bienes. Su fin no es inmovilizar registralmente los bienes sobre los cuales recae la anotación, ni afectar su libre disponibilidad, ni tampoco asegurar los resultados económicos del proceso, sino publicitar, frente a terceras personas, que la materialidad correspondiente al bien anotado es objeto de disputa en un proceso judicial, y de esta manera, evitar que personas interesadas se involucren con tal (adquiriendo o gravándolo), sin tener conocimiento de dicha situación. Según López (2017, pp. 511), *“la anotación de demanda tiene como finalidad que al amparo de la publicidad registral, se protejan los derechos del demandante. Así anotado el mandamiento, cualquier acto relativo a los bienes se entenderá verificado sin perjuicio del derecho anotante (87. pá2°), Cualquier adquirente de un bien anotado aceptará, implícitamente, las resultas del juicio (...)”*. Encuentra sustento en los artículos 468 inciso 1 y 469 del C.C., 282 del actual CPC, 34 de la LJA y 87 del NCPC. Precisamente los presupuestos de procedibilidad de la anotación de la demanda son los contenidos en el citado ordinal 468.

Es importante resaltar que, a diferencia de la legislación procesal civil, en el derecho procesal agrario patrio la anotación de demanda es imperativa y se debe realizar de oficio (art. 34 LJA³⁹).

³⁸ Barberio, Sergio (2010). *Anotación de Litis*. En Peyrano, Jorge W., director (2010). **Medidas Cautelares**. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

³⁹ Tal norma dispone lo siguiente: *“...Tratándose de las acciones previstas en el inciso 1 del artículo 468 del Código Civil, en el auto mismo en que se dé curso a la correspondiente*

La anotación de demanda se da sobre bienes específicos y nunca sobre una generalidad o universalidad de bienes. Por otro lado, no es en todos los procesos donde procede ni tampoco ante todo tipo de pretensión, sino que sólo se impone anotar las demandas con efectos registrales o donde se debata y resuelva sobre la constitución, declaración, modificación o extinción de un derecho real sobre inmuebles. Tales pretensiones son dirimibles únicamente en procesos ordinarios y en el caso especial del incidente de nulidad de información posesoria. Sígase de lo anterior, dado que en los procesos interdictales no se dirimen derechos reales ni tampoco pretensiones con efectos registrales, no resulta procedente esta medida. En efecto, en los sumarios interdictales no se puede debatir ni resolver sobre ningún tipo de derecho (ni de propiedad ni de posesión), aun cuando el conflicto se relacione con aspectos de derechos reales como servidumbres. Por su parte, la anotación de demanda en procesos de ejecución (hipotecaria y prendaria), no es propiamente una medida cautelar, pues no se cuestiona en esos procesos la titularidad del bien, sino que se da para efectos de publicidad registral.

En el NCPC se abre la posibilidad de anotar la demanda “*en bienes inscritos en registros públicos o privados que afecten a terceros (...) cuando se pida la constitución, modificación o extinción de un derecho real o personal con efectos reales*” (art. 87). A partir de esta apertura que presenta la reforma, se desprende que será posible anotar la existencia de una demanda en otros Registros distintos del Registro Nacional, como podría ser un registro de cuotas o acciones en un club privado. Otra innovación introducida es que ante demandas donde se discutan derechos reales con implicaciones reales (ej. contrato de arrendamiento inscrito y opción de compraventa), se aclara una añeja discusión jurisprudencial de si procedía o no la anotación, decantándose el código por aceptar esos eventos.

Finalmente, un aspecto importantísimo a destacar es que es la única medida cautelar que no se puede decretar antes de que se haya presentado la

demandas, el tribunal deberá disponer su anotación al margen de la inscripción del bien en el registro respectivo, exento de toda clase de derechos”.

demanda, puesto que para su admisibilidad se requiere saber sobre qué trata el objeto de debate. Por otro lado, acorde al mencionado art. 87 no requiere se rinda garantía o caución, por la presencia de un humo denso de buen derecho o un peligro de daño inminente.

1.9.3 Administración e Intervención de bienes productivos.

Algunos autores hablan de Intervención y Administración Judicial por separado. Para ellos, generalmente, se distinguen por el grado de injerencia. La Administración Judicial es el género y la intervención la especie. Para otros, se debe hablar -al estilo argentino- de intervención judicial en general, abarcando todos aquellos supuestos donde la autoridad judicial ejerce vigilancia y control sobre el bien litigioso entre tanto se decide la disputa⁴⁰. En efecto, esta última posición es la que sigue la doctrina argentina, donde según la autora Alicia Pérez Carballada (2007, pp.213)⁴¹ *“desde una perspectiva amplia, la intervención judicial es la medida cautelar por medio de la cual una persona, expresamente designada por el juez en calidad de auxiliar externo suyo, (...) actúa de modo más o menos intenso en la esfera patrimonial de otra persona (...) con la finalidad mediata de asegurar la eficacia de la sentencia”*.

Sin embargo, explica López (2017, pp. 512) en el NCPC (art. 81) el antecedente de la nueva medida típica de Administración e Intervención de bienes productivos tiene su anclaje inmediato en el artículo 727 inciso c) de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000⁴², así como el numeral 316.2 del

⁴⁰ Así lo explica Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos (2016). **Curso de Procesal Civil. Tomo II**. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. pp. 93

⁴¹ Pérez Carballada, Alicia. Capítulo IV: Intervención Judicial. En Arazi, Roland, director (2007). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Según nos explica esta autora, la Intervención Judicial en Argentina no se consideró en el CCo de 1862 ni en su reforma en 1889. **Sí** en el art. 1682 del anterior CC. de 1948, concretamente en el apartado del juicio de revocación de mandato del administrador de la Sociedad Civil, el juez podía remover iniciado el pleito, nombrando un administrador provisorio.

⁴² Dicha norma enuncia: TÍTULO VI, De las medidas cautelares, CAPÍTULO I De las medidas cautelares: disposiciones generales (...) **“Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: (...) 2.ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.”** Extraída del sitio oficial <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

Código General del Proceso del Uruguay, donde se señala que esta medida es adecuada en aquellos casos en que el demandante pretende la entrega del bien productivo o alcanzar una condena dineraria, en virtud de la cual recaiga embargo en los frutos y rentas de una actividad empresarial. El peligro en la demora consistiría en que durante el curso del proceso el demandado haga descender la productividad con una explotación anómala. Al respecto, es importante destacar que existen distintos escenarios donde se podrían presentar supuestos de medidas cautelares de intervención empresarial (derecho procesal societario en la intervención de sociedades⁴³, procesos concursales para la conservación de la empresa y satisfacción del interés de los acreedores⁴⁴, o bien, como medida autosatisfactiva en cabeza de órganos de control sobre entes financieros, aseguradores y cooperativas⁴⁵).

Se participa con López -corredactor del NCPC- en que debe distinguir la administración de la intervención, en el tanto esta última es menos gravosa. Siguiendo la doctrina española de Díez-Picazo Giménez (2000, pp. 393 y 394)⁴⁶, la intervención consistirá en el nombramiento de una persona que debe autorizar los actos de administración del demandado, mientras que la administración implicará en que la persona designada realice directamente dichos actos de administración en sustitución del demandado. Desde el plano de la tutela

⁴³ Para el reconocido jurista argentino Ricardo Augusto Nissen, esta medida en materia societaria “*puede definirse como aquella medida cautelar dictada a los fines de evitar actos perjudiciales por parte de los administradores en contra de la sociedad*”. Nissen, Ricardo Augusto (2010). **Ley de sociedades comerciales**, Argentina. Editorial Astrea, 3º edición actualizada, pág. 49.

⁴⁴ Por ejemplo, en materia concursal podría pasar que aún no abierto o decretado un concurso, de forma anticipada deba protegerse a la “masa” de acreedores todavía no integrada, para separar al concursado de la administración de sus bienes amén de la posible distracción de bienes o cuando la gestión empresarial no sea la más idónea.

⁴⁵ Tema así expuesto por Sánchez Cannavó, Sebastián (2014). Improcedencia de la intervención en sociedades por decisión unilateral del poder administrador. En: Boquín, Gabriela y Hernández Aguilar, Álvaro (2014). **Derecho Societario y Concursal Panamericano**. 1ª. Ed. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental. En el caso patrio, en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (N° 7558, art. 139), Ley Reguladora del Mercado de Valores (N°7732, art. 96), Ley Reguladora del Mercado de Seguros (N°8653), se establece la supervisión y fiscalización de intermediarios financieros, mercado de valores, mercado de seguros y fondos de pensión a cargo las Superintendencias (SUGEFE, SUGEVAL, SUGESE, SUPEN), a su vez vigiladas por el Consejo Nacional de Supervisión de Sistema Financiero (CONASSIF). Puede ordenar la suspensión de operaciones y la intervención administrativa de los sujetos regulados por las Superintendencias.

⁴⁶ Díez-Picazo Giménez, Ignacio y otros (2000). **Derecho Procesal Civil, Ejecución Forzosa, Procesos Especiales**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

cautelar, por ser menos grave, debe acordarse la intervención primero sin con ella es suficiente para garantizar el derecho de fondo. Es importante reafirmar lo que apunta la doctrina citada en cuanto a que la ley procesal no fija el contenido de esta medida cautelar, por lo que en cada caso se debe determinar las facultades del interventor o administrador.

Como particularidades del NCP, se resalta: a) la medida cautelar debe tener una duración prefijada (art. 88.1 pá.2°); b) las facultades del interventor o administrador serán las indispensables (art. 88.1 pá.2°); c) el cautelante debe sufragar la retribución del interventor o administrador y excepcionalmente, se pagará con el patrimonio intervenido o en administración (art. 88.1 pá.3°); d) las facultades de la administración o interventor las fija el tribunal (art. 88.2 pá.1°).

Un aspecto importante es que, de acuerdo con el art. 88.2 del NCP, cuando se conceda la medida cautelar de administración del bien productivo, cabe establecer dos **grados de administración: 1. Coadministración y 2. Sustitución del administrador** (estas facultades no aplican al interventor que solo está facultado para autorizar actos de administración)⁴⁷. Esta distinción ha sido especialmente aplicada en el derecho comparado en materia societaria, donde a la medida se le asocian “grados” de intervención societaria, empezando por la **veeduría**, que no interfiere en un funcionamiento de la empresa, sino que el veedor solo informa lo que mira (en el caso costarricense podría relacionarse con la auditoría que permite el art. 26 del CCo), luego cabría nombrar al **co-administrador**, que actúa junto al directorio, participa con voz en las decisiones asamblearias y de último, se designa un **administrador**, que implica el

⁴⁷ Según la citada autora Alcía Pérez Carballada (2007, pp. 220-228), en la experiencia argentina, a esto se le asocia con las diversas modalidades de interferencia del interventor producto de una medida de Intervención Judicial, que se clasifica en:

1. Complementaria (interventor recaudador o recolector): Asegura la ejecución de un embargo decretado, interfiriendo en la actividad negocial del ente societario. Ejm: interventor recibe dinero de la boletería de cine.
2. Informativa (veedor, informante, controlador o fiscalizador): Vigila la conservación del activo y cuida que los bienes objeto de la medida no sufran deterioro. Comprueba entradas y gastos. Da cuenta periódicamente de la gestión de la empresa.
3. Concurrente: (co-administrador) El interventor comparte la facultad ejecutiva o de dirección con quien o quienes integran el directorio.
4. Sustitutiva: El interventor desplaza provisionalmente al administrador natural y asume la administración del ente. Tiene facultades de administración y dirección, y puede actuar con independencia de la voluntad de los socios.

desplazamiento total del directorio o de la gerencia de la SRL y el remplazo por el interventor. En estos casos, la medida se va concediendo gradualmente. Normalmente empieza con una veeduría, el veedor empieza a informar, el juez mira que aquí los administradores hacen mal las cosas, le amplía facultades, termina siendo un coadministrador, y si se siguen viendo que el directorio se comporta maso menos mal, es desplazado y termina en una intervención plena.

Finalmente, interesa destacar, que el NCPC dice que la administración o intervención cesan cuando se cumpla el fin perseguido, se constate la falta de justificación de la medida o el intervenido deposite las sumas reclamadas o diera garantía suficiente.

1.9.4 Suspensión provisional de acuerdos sociales, condominales y otros.

Según López (2017, pp 514), esta medida tiene andamiaje en el ordinal 727 inciso 10 de la LEC⁴⁸, pero a diferencia de la legislación española, el NCPC (art. 89) dispuso la suspensión provisional de acuerdos no solo para las sociedades, sino también para otras agrupaciones legalmente constituidas, por ejemplo, condominios.

El objetivo de esta medida es suspender provisionalmente la eficacia del acuerdo, es decir, el Juez puede privar momentáneamente de efectos la decisión. Con apoyo en ella se puede también pedir la anotación de la medida en el registro respectivo, con el fin de proteger a terceros. En el plano jurisprudencial costarricense, esta medida no resulta una novedad pues en algunos procesos se había ya otorgado⁴⁹.

La susodicha norma 89 establece una disposición especial de legitimación, dado que para acceder a ella el cautelante debe demostrar que

⁴⁸ Dicha norma reza: TÍTULO VI, De las medidas cautelares, CAPÍTULO I De las medidas cautelares: disposiciones generales (...) **“Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: (...) 10.^a La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.”**

⁴⁹ A modo de ejemplo, consúltese sentencia 587-2015 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

representa al menos el 10% del capital. Con ello se busca evitar que un socio minoritario perjudique los intereses de los mayoritarios.

Indudablemente, esta medida cautelar será de mayor aplicación en procesos comerciales donde se discuten nulidades de asambleas. Para la decisión de los jueces quedarán aspectos cómo: ¿Qué hacer si se suspende decisión que aprueba estado contable? ¿Pueden los socios distribuir dividendos, directores cobrar honorarios, se puede inscribir el acuerdo? ¿Qué efectos tiene suspender? También es importante ponderar si, “*ex-ante*”, se puede emplear la medida para suspender el acto colegial de manera preventiva, para por ejemplo sanear el procedimiento de convocatoria⁵⁰.

1.9.5 Depósito de bienes muebles o inmuebles.

De acuerdo con el artículo 90 del NCPC, cuando en la demanda se pretenda la entrega de bienes muebles o inmuebles y ellos estén en posesión del demandado, se podrán depositar en manos de un depositario. Esta norma habrá de integrarse con el articulado del CC que va del 1360 al 1366 en cuanto se establecen las facultades y obligaciones del depositario judicial.

1.9.6 Prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad.

Se trata de una medida inhibitoria o de “**No hacer**” que, según López (2017, pp. 516), encuentra respaldo en el inciso 7 del artículo 727 de la LEC⁵¹. Esta se trata de una medida cautelar de tipo conservativa, pues mantiene es *statu quo* o situación de hecho. Citando a Ramiro Podetti, explica Daniele (2007,

⁵⁰ Según Darío J. Graziabile, en el caso argentino JCC Mendoza, Magna Inversora c/ Banco Mendoza S.A. 10/1/2002, frente a la petición de un grupo de accionistas que advirtieron que el orden del día contenía un punto oscuro, que impedía la cabal comprensión de lo que se iba a abordar en asamblea, el Juez dictó medida innovativa ordenando suspender. Dice, igual procedería ante Asamblea defectuosamente convocadas porque: acta de directorio fue errónea, no se publicó el acto o se hizo de manera eficiente, no se permitió registrar a los accionistas. Graziabile, Darío J. (2013) **Derecho Procesal Comercial**. Argentina. Ed. La Ley, pp. 1700.

⁵¹ Dicha norma enuncia: TÍTULO VI, De las medidas cautelares, CAPÍTULO I De las medidas cautelares: disposiciones generales (...) “**Artículo 727. Medidas cautelares específicas.** Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: (...) 7.ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”

pp. 345)⁵² que esta medida tiene como fundamento el asegurar el equilibrio de las partes. Concretamente, al cautelado se le prohíbe innovar, o bien, debe abstenerse de alterar (en cualquiera de sus formas: variar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar) el estado de la cosa litigiosa. Pero también puede prohibírsele que contrate con el bien en conflicto o que cese una actividad que realiza en él.

Procede decretarlas cuando el bien o derecho en conflicto pueda sufrir menoscabo o deterioro por causa de modificación o alteración en el curso del proceso. El acogimiento de esta medida es excepcional y “residual”, pues aplica siempre que la tutela no opere a través de otra medida cautelar. Podría, por ejemplo, ordenarse la no venta de un mueble, pero no cabría tal orden respecto a inmuebles, ya que tal situación se garantiza con la medida cautelar de anotación de demanda. Se estima que el Juez debe considerar siempre evitar el riesgo de emplear abusivamente la medida para el cese o virtual cierre de una empresa o una actividad, y que con ello cause perjuicios irreversibles.

Para la jurista argentina Marcela García Solá (2010, pp. 601)⁵³ la distinción doctrinal clásica entre la medida cautelar de no innovar y la innovativa, es que una funciona como reverso o contracara de la otra. Si la cautela consiste en prohibir la alteración de un hecho o situación preexistente, imponiendo un “no hacer”, se está frente a una prohibición de innovar. Si, por el contrario, se procura con la cautela que el cautelado *revierta* los efectos de una alteración ya consumada (restaurar o volver las cosas a su estado anterior), entonces corresponde echar mano de una medida cautelar innovativa.

1.10 Precisiones sobre las medidas cautelares atípicas

Desde Piero Calamandrei se clasificaba a las medidas cautelares en conservativas e innovativas. Además, hoy día se habla de las medidas

⁵² Daniele, Gustavo: Capítulo VII: Prohibición de Innovar y Prohibición de Contratar. En Arazi, Roland, director (2007). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

⁵³ García Solá, Marcela: Prohibición de Innovar. En Peyrano, Jorge W., director (2010). **Medidas Cautelares**. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

anticipativas y de la tutela cautelar genérica. Dada su importancia, pasamos a explicarlas brevemente.

1.10.1 Medida Cautelar Genérica o Innominada.

En acuerdo con lo dicho por juristas como De los Santos (2010, pp. 573-594)⁵⁴, se opina que la disposición del artículo 92 del NCPC hace referencia al poder cautelar genérico o poder general de cautela que tiene el tribunal para imponer medidas cautelares fuera de las seis medidas contempladas de forma típica en los artículos precedentes. Tiene anclaje en el inciso 11 del artículo 727 de la LEC⁵⁵. Constituye una norma de clausura del sistema cautelar, que permite encuadrar en su seno la infinita variedad de situaciones las cuales pueden presentarse en la realidad del proceso judicial. Ya se adelantaba líneas antes que este tipo de medidas surgen cuando el supuesto a regular no admite encuadramiento esquemático en ninguno de los institutos cautelares típicos o nominados.

Como bien lo apunta Kielmanovich (2000, pp. 414)⁵⁶, se trata de una medida de carácter residual que sólo procede cuando la tutela típica sea insuficiente para dar protección a la situación que se presenta.

Al respecto, resulta interesante destacar que la jurisprudencia civil y agraria de los últimos veinte años registra una notable ampliación de la protección cautelar a través de este tipo de medidas. La medida cautelar genérica ha constituido un instrumento para prevenir el daño o su agravamiento en situaciones o circunstancias no contempladas por el legislador. Además, comporta una pieza vital en la evolución de la tutela cautelar, en el tanto le da

⁵⁴ De los Santos, Mabel. La Medida Cautelar Genérica o Innominada. En Peyrano, Jorge W., director (2010). **Medidas Cautelares**. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

⁵⁵ Dicha norma enuncia: TÍTULO VI, De las medidas cautelares, CAPÍTULO I De las medidas cautelares: disposiciones generales (...) "**Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: (...) 11.ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.**

⁵⁶ Kielmanovich, Jorge L. (2000). **Medidas Cautelares**. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores.

libertad de interpretación al juez, un mayor margen de flexibilidad y adaptabilidad.

Volviendo a la norma 92 del NCPC, se observa que el legislador costarricense no se contentó con referirse a las medidas cautelares atípicas en forma indeterminada, sino que, aunque no de una forma taxativa o detallada, dio ejemplos de este tipo de cautelas: depósito temporal de ejemplares, intervención y depósito de ingresos, otras anotaciones registrales cuando sea útil para la ejecución, formación de inventarios, decomiso de bienes ineficacia provisional de cláusulas contractuales, acceso a fondos enclavados, y cualquiera de naturaleza conservativa, innovativa o anticipativa. Dada su importancia, explicaremos estas tres últimas.

1.10.2 Medida Innovativa.

Según se adelantó, este tipo de medida es la contracara de la prohibición de innovar. Autores como Falcón (2006, pp.417) hablan este tipo de cautelar como *“la prohibición de innovar en su aspecto positivo. La orden de innovar”*, para distinguirla de medida de innovar en su aspecto negativo, que pretende que la situación de hecho no se modifique y se mantenga ese estado hasta la terminación del proceso. Siguiendo a Falcón, en la medida innovativa más bien el estado actual debe variarse para cumplir con la medida, sea retrotrayéndolo a un estado anterior o cumpliendo con un acto determinado.⁵⁷

Peyrano (2003, pp. 21)⁵⁸ ha dicho que la medida cautelar innovativa es una medida precautoria que tiende a modificar un estado de hecho o de derecho, y que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los

⁵⁷ Precisa aclarar, la mayoría de la doctrina de la doctrina argentina acerca de las medidas cautelares sitúa la génesis de este tipo de cautelar en la famosa sentencia del entonces Juez, y ahora escritor, Jorge Peyrano en el caso caso *“Bortulé Néstor c/ Jockey Club de Rosario”*. En él, un Jockey inhabilitado para ejercer su profesión durante varios años, demandó nulidad de la sanción y solicitó medida cautelar tendiente a que se le permitiera seguirse desempeñando como jinete profesional mientras se sustanciara el juicio, lo cual se otorgó en la cautelar. También con el caso del *“corralito”* argentino (inmovilización de depósitos y cuentas de ahorro por un año), la Cámara Comercial: B., 2002/12/20 ordenó como medida cautelar innovativa al Banco devolver los depósitos a plazo de una vez su titular en forma cautelar, pues la medida del Congreso de impedir su entrega infringía derechos fundamentales de propiedad.

⁵⁸ Peyrano, Jorge W. (2003). **Medida Innovativa**. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores (pp. 21) y Peyrano, Jorge W. (2007). *Medidas Autosatisfactivas*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores (pp. 49-63).

justiciables a través de la orden de que cesen una actividad contraria a derecho o retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico.

Por tanto, se concluye, aunque en doctrina se confunden, en definitiva, que se usa la **innovativa** como una forma de **volver al estado anterior**, cuando ya se ha producido la situación dañosa. Ejm: Reabrir el paso a un fundo que quedó enclavado y que venía utilizando el acceso, pero le fue cerrado. Nótese, en esencia la medida prohíbe innovar, sólo que lo prohíbe cuando ya esa innovación se ha verificado. En ese tanto, crea una situación jurídica nueva que no existía previamente, pero que en algún momento sí existió.

1.10.3 Medida Anticipativa y Autosatisfactiva.

En casos muy calificados, y debidamente fundamentados por el Juzgador, la tutela cautelar puede ser a la vez anticipativa⁵⁹. A través de estas medidas se impone una prestación que **conlleva, implícitamente, la ejecución anticipada de los efectos materiales de la sentencia definitiva**, pues modifica el estado de las cosas que existía antes del proceso.

Estas medidas cautelares son de naturaleza anticipativa o autosatisfactiva, ya que sus presupuestos, contenido, efectos y alcances son tipificados por el legislador como solución a casos urgentes donde el peligro de daño irreparable o de difícil reparación es tan inminente, que se requiere de una medida que por un lado, asegure la cautela en el caso concreto y segundo, y en forma indirecta, satisfaga el interés del actor. Precisamente de su naturaleza anticipativa es que estas medidas solo tienen dos presupuestos: el peligro de demora y la apariencia de buen derecho, ya que la instrumentalidad no opera porque el contenido de la medida cautelar es similar a lo pretendido en el proceso principal.

Buena parte de la doctrina sostiene que **sólo proceden cuando existe una probabilidad fuerte de que sean atendibles en sentencia las pretensiones del cautelante, es decir, que el *fumus bonis iuris* sea**

⁵⁹ Autores como Falcón (2006, pp. 799 y sig.) indican que estas medidas pertenecen a lo que se denomina “sistemas de anticipación de la tutela”. La doctrina argentina e italiana les denomina a este tipo de medidas “Procesos urgentes”.

demostrado plenamente. Siguiendo a Arazi y a Kaminker, explica Falcon (2006, pp. 857-858), mientras la *medida cautelar clásica* requería verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y la *medida innovativa* verosimilitud del derecho e irreparabilidad del perjuicio, hoy la *medida anticipativa*, requiere certeza suficiente y peligro de frustración del derecho, y la *autosatisfactiva* requiere evidencia y peligro de frustración del derecho.

En realidad, dependiendo de las circunstancias, se distingue que una medida innovativa es propiamente una medida cautelar que podrá transformarse en una anticipación de la tutela, considerándosele autosatisfactiva.⁶⁰ Como ejemplo se tiene el caso de las disputas del derecho de paso por fundo enclavado o derecho de paso contractual. Si el fundo sirviente está haciendo un portón que impide el paso, la medida es para mantener el paso, detener la obra, y en ese tanto la cautela es conservativa. Pero si el juez no pudo fallar a tiempo la medida y se cerró el paso, con la medida cautelar se quita portón y se reabre paso, donde entonces la medida es anticipatoria y a la vez innovativa. Igual ocurría si a un fundo que tiene salida, ésta se le destruyó por acción del río, debiendo el vecino dar salida, por lo cual en cautelar se pide que se deje provisionalmente ese paso, entonces la medida se convierte en autosatisfactiva.

El NCPC deja abierta la posibilidad de que el Juez adopte medidas de este tipo, cuando lo estime pertinente, quebrando el clásico paradigma de que no se pueden otorgar cautelas que implique un adelanto de los efectos de la sentencia estimatoria.

1.10.4 Medida Conservativa.

Tal y como lo advierte Proto Pisani (2014. pp.394) “(...) *la distinción entre resoluciones cautelares conservativas y las resoluciones cautelares anticipatorias, si bien es muy útil en el plano didáctico expositivo, tiene menor relevancia en un plano dogmático-conceptual. Ello porque a) casi todas (por no decir todas) las resoluciones C.D. conservativas son medidas parcialmente anticipatorias (...)*”. En efecto, en nuestro medio basta pensar en la suspensión

⁶⁰ Misma posición adopta Falcón (2006, pp. 434).

de la ejecución de una obra nueva que no permite continuar la construcción, en realidad se trata de una medida conservativa, pero a la vez anticipatoria.

En definitiva, se cree que mediante esta medida se procura mantener una situación de hecho, la cual, de ser variada en el transcurso del proceso perjudicaría el derecho subjetivo o los intereses legítimos de la parte actora. Pretende evitar una innovación o cambio de la cosa en litigio. La prohibición de innovar pertenece a este género.

1.11 La tramitación de las Medidas Cautelares

1.11.1 Solicitud, legitimación prueba y tribunal competente

La tramitación de una medida cautelar se inicia forzosamente a petición de parte, al establecer el art. 77 del NCPC que será el demandante quien podrá solicitar la adopción de medidas cautelares y recae sobre éste las responsabilidades que se deriven de dicha solicitud. Se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal, pero cuando concurran razones de urgencia o necesidad, se pueden pedir antes de la demanda. En este caso, las medidas que se acuerden quedarán sin efecto si la demanda no se presentare en el mes siguiente a su adopción (art. 83).

La persona legitimada para solicitar una medida cautelar es quien opone pretensiones. Esto quiere decir que el demandado que no reconviene no tiene derecho a la tutela cautelar, pero sí a solicitar una contracautela.

La solicitud de medidas cautelares habrá de presentarse por escrito con la finalidad de acreditar que concurren los presupuestos necesarios de apariencia de buen derecho y peligro en la demora para su adopción. Esta solicitud deberá ser clara y precisa, no debiendo consistir en una reiteración de los hechos y fundamentos de la pretensión principal. Concretamente, debe especificarse el objeto del proceso, la medida cautelar que se pide, la causa o el título que origina la cautela, la finalidad, justificación, la prueba, estimación aproximada de la demanda futura (cuando la medida es anticipada) y ofrecer la prestación de garantía, indicando qué tipo se ofrece y el porqué del importe que se propone.

Para acreditar la concurrencia de los presupuestos, se acompañará a la solicitud los documentos que la apoyen, o bien se solicitará la práctica de la prueba que sea precisa (ej. reconocimiento judicial para verificar el estado del objeto en litigio). A diferencia de la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora puede acreditarse con causas objetivas o subjetivas (como sobrecarga de trabajo del tribunal, dificultad de tramitación del proceso principal por diversas causas, previsible conducta dilatoria del demandado, etc.) lo cual permita suponer que el proceso va a tener una duración tal que se abriguen dudas de si para cuando se emita la sentencia ésta será efectivamente ejecutable. Sin lugar a duda, la prueba debe solicitarse y proponerse en la solicitud, pues sería sorpresivo proponerlas en la audiencia sin haberlas anunciado en el escrito de solicitud.

En cuanto al Tribunal competente para conocer de la solicitud, el NCPC recoge el principio de competencia preventiva, en el tanto su artículo 8.4 regula que para las medidas cautelares será competente el tribunal al cual corresponde el proceso principal, pero en caso de urgencia, podrán solicitarse ante cualquier tribunal.

1.11.2 Procedimiento cautelar: ordinario vrs. inaudita parte.

Vinculado con el tema del debido proceso, surge el esquema del procedimiento cautelar. El NCPC apuesta, como regla general, por dar audiencia a la parte contraria de forma inmediata una vez presentada la solicitud cautelar (tramitación *audita altera partium*), la cual solo excepcionalmente se puede suprimir en situaciones especiales (tramitación *inaudita altera partium*), pero posteriormente debe darse esa audiencia al cautelado.

Se conjugan acá el factor sorpresa y el factor efectividad de la medida. Existen medidas cautelares que, si no se toman sin haber oído a la parte contraria, no van a ser útiles para su cometido, no van a tener efecto. Es conveniente entonces no dar audiencia cuando haya un riesgo de que la medida no vaya a ser efectiva o produzca mayor lesión; si se le da audiencia a la contraparte o si fuera la medida para la obtención de prueba, posiblemente ya no se va a encontrar prueba suficiente. Nuestra Sala Constitucional en algún

momento se refirió diciendo que la regla en medidas cautelares es con audiencia previa.

Cuando las medidas se emiten con audiencia previa, mediante ese emplazamiento inicial, se convoca a las partes a una audiencia oral, que se señala y celebra con prioridad a otros trámites, en ella se les escucha, se recibe prueba y luego se dicta la decisión. No dice en el art. 94 que la medida cautelar se tenga que decretar por escrito o de forma oral en la audiencia, por lo cual a tono con el art. 28.1, no existe obligación del tribunal de resolverla oralmente, pero si lo hace por escrito debe emitirla con la mayor brevedad.

Cuando la medida se acoge inaudita parte, o como llama el código “admisión provisional sin audiencia” (art. 96), una vez presentada la solicitud, se resuelve acerca de la adopción de la medida provisionalísima o sumarísima (resolución que no admite recurso alguno), luego se notifica al afectado, quien puede oponerse en tres días, justificando su levantamiento o modificación y ofrecer prueba pertinente. Para conocer de su oposición incidental, se señalará una audiencia oral para que el tribunal decida si se levanta o modifica la medida. Este procedimiento es la regla, tratándose del embargo preventivo y la anotación de demanda. Además, se aplica cuando concurren situaciones de urgencia o la realización de la audiencia comprometa la efectividad de la medida.

1.11.3 Recursos y ejecución.

Tradicionalmente la jurisprudencia civil se mostró renuente a otorgar recurso de apelación a la resolución que decidía sobre una medida cautelar. Al consagrar el NCPD un sistema cautelar, el vacío existente en el CPC se acabó. En efecto, cumpliendo con el mandato del art. 41 constitucional, con el principio de recurribilidad de las decisiones jurisdiccionales y a criterios jurisprudenciales lo cual apuntaba a la inconstitucionalidad que el legislador no diera recurso de apelación cuando la resolución pudiera causar efectos jurídicos propios o de difícil o imposible reparación (aunque en materia civil la Sala Constitucional dijo en su momento que no podía haber una inconstitucionalidad “por omisión” del legislador), el artículo 67.3 inciso 3 le concede recurso de apelación a la

resolución que se pronuncie sobre la solicitud de concesión, modificación, sustitución o levantamiento de una medida cautelar o tutelar.

Como la resolución que decida sobre una medida cautelar tiene carácter de “auto”, le cabría también el instituto de la revocatoria implícita del artículo 66.3, debiendo el juzgador de primera instancia antes de admitir la apelación, referirse sobre los agravios de la apelación, bajo pena de nulidad si no lo hace.⁶¹

Las medidas cautelares se ejecutan inmediatamente, aunque se recurra a la resolución que las acoge. Igual a la inversa, es decir, cuando se levanta la medida cautelar le cancelará la orden impuesta, solo cuando este firme la resolución que la levanta.

1.11.4 Colofón

Este abarcamiento de las aristas más novedosas de la teoría cautelar, lejos de constituir un puerto de llegada es, simplemente, uno de zarpada para que pueda explorarse con nuevas investigaciones cómo dar vida a sus postulados.

Como cierre a todo lo expuesto, y desde un mejor miraje de la teoría y aspectos fundamentales del instituto de las medidas cautelares, se puede observar que el nuevo régimen adjetivo que rige el proceso civil costarricense claramente consagra una tutela cautelar amplia, ello refleja sistematicidad e instrumentalidad de cara a la actuación del derecho sustancial, lo cual supera los viejos paradigmas limitativos que enfrentaba la figura, esto demanda una moderna actitud de la administración de justicia tendiente a considerar brindar soluciones a los conflictos a través de las nuevas técnicas de actuación.

Bajo su ámbito se encuentran contempladas nuevas situaciones de tutela precautoria, que se adaptan a las nuevas realidades económicas y sociales y técnico jurídicas tendientes a evitar que el Derecho, y el proceso que le sirve, lleguen tarde o se conviertan en una respuesta vacía.

⁶¹ Sobre este aspecto Artavia Barrantes y Picado Vargas (2016, pp. 112) sostienen que como el NCPC eliminó las auto-sentencias y tan solo mantiene el sistema de la “sentencia preliminar”, la resolución que resuelve sobre una medida cautelar atípica no tiene carácter de simple auto, sino de una resolución con los caracteres de una sentencia. Siendo así, no cabría contra ella el recurso de revocatoria.

En horas en las cuales el Poder Judicial y la justicia civil no gozan del mejor predicamento en índices de respuesta y efectividad, las medidas cautelares repondrán la anhelada actuación cumplida que los justiciables requieren de la disciplina. Pero, como todo en Derecho, su éxito dependerá del acierto en la actuación de sus operadores jurídicos. Al fin y al cabo, y luego de repasar definiciones y fines, dependerá de las personas (como siempre) pedir y otorgar virtuosamente la protección cautelar.

Se pasa ahora al segundo capítulo de este trabajo en el cual se ilustra con prueba directa acerca de que las medidas cautelares vienen siendo una realidad tangible, actual y de gran interés en materia agraria.

Capítulo II: Actividad del Tribunal Agrario Nacional entre el 2006-2016 en materia cautelar

2.1 Preámbulo

Preliminarmente es necesario explicar que la Jurisdicción Agraria Costarricense fue creada mediante Ley número 6734 de 29 de marzo de 1982, Ley de la Jurisdicción Agraria, como función especializada del Poder Judicial para conocer y resolver de: “... *Los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas*” (art. 1).

El criterio que delimita la competencia y función de los tribunales agrarios de otro tipo de jurisdicciones como la civil, mercantil, contencioso-administrativa y laboral, es el de la actividad agraria. Debido a ello, será de conocimiento de la jurisdicción agraria todos aquellos asuntos donde esté de por medio un empresario agrario, en el ejercicio de su actividad agraria de producción o agroambiental. Las actividades conexas, como transformación, industrialización o comercialización serán agrarias, siempre y cuando las realice el mismo empresario agrario. Por lo tanto la jurisdicción agraria conoce de: juicios reivindicatorios y posesorios, conflictos vinculados con derechos reales, contractuales, personales e intelectuales, interdictos y desahucios, en propiedad agraria, indígena y forestal; de participaciones hereditarias (sucesiones), localizaciones de derechos indivisos; informaciones posesorias sobre bienes rústicos; acciones relativas a contratos de aparcería rural, esquilmos, arrendamiento o préstamo gratuito de tierras; recursos jerárquicos contra resoluciones del Instituto de Desarrollo Rural en materia de dotación de tierras de programas del Estado, procesos cobratorios cuando el crédito haya sido otorgado para el desarrollo de una actividad agraria o agroambiental, entre otros conflictos y trámites vinculados al mundo del agro.

En la mayoría de esos procesos existe la posibilidad de adoptar medidas cautelares tanto típicas como atípicas, ello con la finalidad de brindar una protección adecuada a las actividades productivas que se desarrollen dentro de

los inmuebles o bien resguardar los recursos naturales existentes, realizando una adecuada ponderación de los intereses de las partes y previa revisión del cumplimiento de los presupuestos necesarios para decretar las medidas cautelares, son estos la apariencia de buen derecho y el peligro de demora, comentados en el capítulo anterior. Tal facultad se encuentra establecida en el artículo 242 del Código Procesal Civil aplicado por analogía, conforme a lo dispuesto en el numeral 26 de la Ley de la Jurisdicción Agraria, el cual, indica: **"Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución"**.

Al respecto, como bien apunta el Tribunal Agrario "(...) *La administración de justicia y, en particular la jurisdicción agraria, fue creada para mantener la estabilidad, la seguridad jurídica y la paz social en el campo, y resolver con criterios de equidad y de derecho las controversias, a fin de evitar que las partes acudan a las vías de hecho, para el reclamo de los derechos que aducen ostentar. La Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Jurisdicción Agraria y el mismo Código Procesal Civil, revisten a la autoridad judicial de los poderes suficientes para hacer respetar el ordenamiento jurídico y los derechos humanos. Uno de los instrumentos más eficaces es, precisamente, las medidas cautelares, tanto típicas como atípicas (...)*" (voto 529-2016).

Desde el punto de vista orgánico y funcional, el Tribunal Agrario⁶² es el único órgano judicial competente en alzada para conocer de todas las apelaciones que se interpongan contra las resoluciones de los juzgados agrarios de primera instancia en las cuales se haya acogido o denegado algún tipo de medida cautelar. Actualmente existen 11 juzgados especializados (Santa Cruz, Liberia, San Ramón, Alajuela, San José, Cartago, Guápiles, Limón, Corredores, Pérez Zeledón, San Carlos) y 4 despachos que trabajan conjuntamente a la materia civil (Buenos Aires, Upala, Turrialba y Puntarenas).

⁶² Este Tribunal tiene su sede en el II Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Está conformado por seis jueces decisores, un juez tramitador y técnicos judiciales de apoyo a la labor jurisdiccional.

Sobre la base de este contexto jurídico y marco institucional, se encuentra que en esta disciplina se ha impulsado notablemente en los últimos veinte años el instituto de las Medidas Cautelares, al punto que hoy día constituye una función de vital importancia para la eficacia de la tutela jurisdiccional agraria. Particularmente ha sido la praxis jurisdiccional de los juzgados agrarios de todo el país y la jurisprudencia del Tribunal Agrario Nacional, los que se han encargado de evolucionar su aplicación y llegar a establecer una verdadera teoría procesal para el manejo del instituto. La vasta casuística de las relaciones jurídico-materiales que surgen en el seno de la actividad agraria, ha proliferado la adopción de medidas cautelares típicas (como anotación de la demanda, embargos, prohibición de innovar) o atípicas (permitir el paso por el fundo en *litis*, rendir informes en un terreno productivo, suspender un desalojo administrativo, dejar en posesión y cuidado del inmueble a una de las partes, u otras medidas de aseguramiento autosatisfactivas, innovativas, anticipativas o conservativas, etc.).

Según se adelantó al presentar este trabajo, amén de la actualidad y novedad de esta temática, se planteó de manera pertinente y sumamente trascendental para la administración de justicia costarricense conocer y analizar, por medio de una detallada investigación de campo, el contenido de todas las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares emitidas por el Tribunal Agrario en los últimos once años (2006-2016), para identificar elementos como: cuál ha sido su manejo en la práctica, cuál es su campo de acción, qué criterios prevalecen para su acogimiento, en qué tipo de conflictos resultan de mayor incidencia, cuáles principios y máximas procesales pautan su adopción y cómo se han estructurado el instituto en estudio a la luz de la realidad social.

En cuanto a la metodología del análisis y el enfoque de los resultados que de seguido se presentará, se decidió mostrar de forma cuantitativa, cualitativa y comparativa los datos obtenidos. Antes bien, se aclara que, para llegar a esos resultados, se identificaron todas las resoluciones del Tribunal Agrario donde se aborda la temática en estudio (bases de datos digitales proporcionadas por el Tribunal Agrario); superado esto, se depuró y sistematizó la información con el objetivo de descubrir los aspectos más relevantes o destacables del instituto

(tabulación en una Hoja de Excel); revelados esos talantes más significativos, se agruparon de acuerdo con los objetivos de investigación, es decir, se reunieron según temas específicos de las medidas cautelares conocidas por el Tribunal Agrario (año, número de expediente, tipo de proceso, juzgado de origen, número de voto, resultado de la resolución, tipo de medida y análisis breve de lo ordenado y fundamentado en cada medida). Acto seguido, se procedió con los filtros de la información, para extraer cuestiones como:

- Cantidad de medidas dictadas por el Tribunal Agrario y por cada despacho.
- Cantidad de medidas anuladas, revocadas o confirmadas.
- Cantidad de medidas adoptadas por año.
- Cantidad de medidas por tipología de tutela cautelar.
- Aspectos sustantivos frecuentes resaltados por el Tribunal Agrario.
- Cauciones y contracautelas adoptadas.
- Aspectos procesales relacionados con las medidas cautelares.
- Efectividad de la tutela cautelar de cara al derecho de fondo reconocido o negado en sentencia.

Para ilustrar los resultados, se emplearon herramientas gráficas, cuadros, comparativos, entre otros. Todos los gráficos y cuadros son de elaboración propia. Al respecto, se pasa a presentar y comentar los resultados generales y específicos obtenidos.

2.2 Datos generales

2.2.1 Cantidad de Medidas Cautelares resueltas por año por el TA.

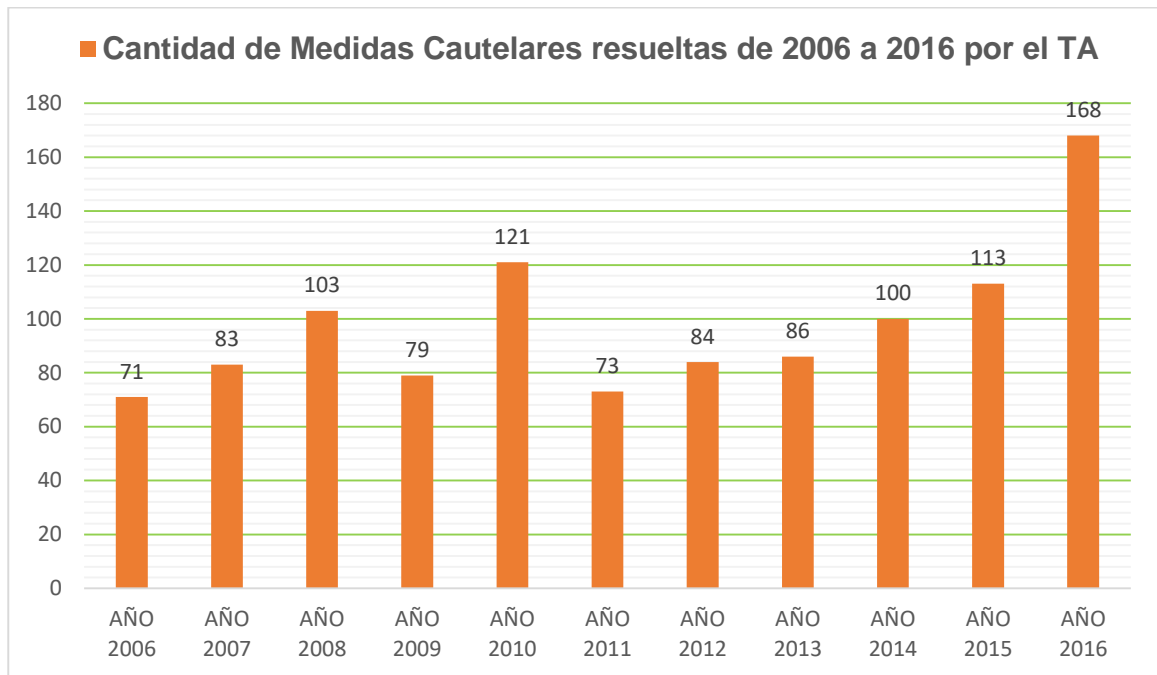


Ilustración 1

Fuente: elaboración propia

De acuerdo con lo ilustrado en el gráfico anterior, se concluye que entre 2006 y 2016 el Tribunal Agrario emitió un total de 1081 resoluciones relacionadas con medidas cautelares. Se evidencia que con el pasar de los años existe un crecimiento paulatino en el uso del instituto en materia agraria, al punto que al 2016 alcanzó su rango más alto de los últimos once años.

2.2.2 Balance entre total de votos del TA vrs. el total de Medidas Cautelares emitidas.

A continuación se observa que de todas las resoluciones dictadas por el Tribunal Agrario año a año en los distintos asuntos de su conocimiento, las medidas cautelares representan un importante circulante del quehacer de ese órgano:

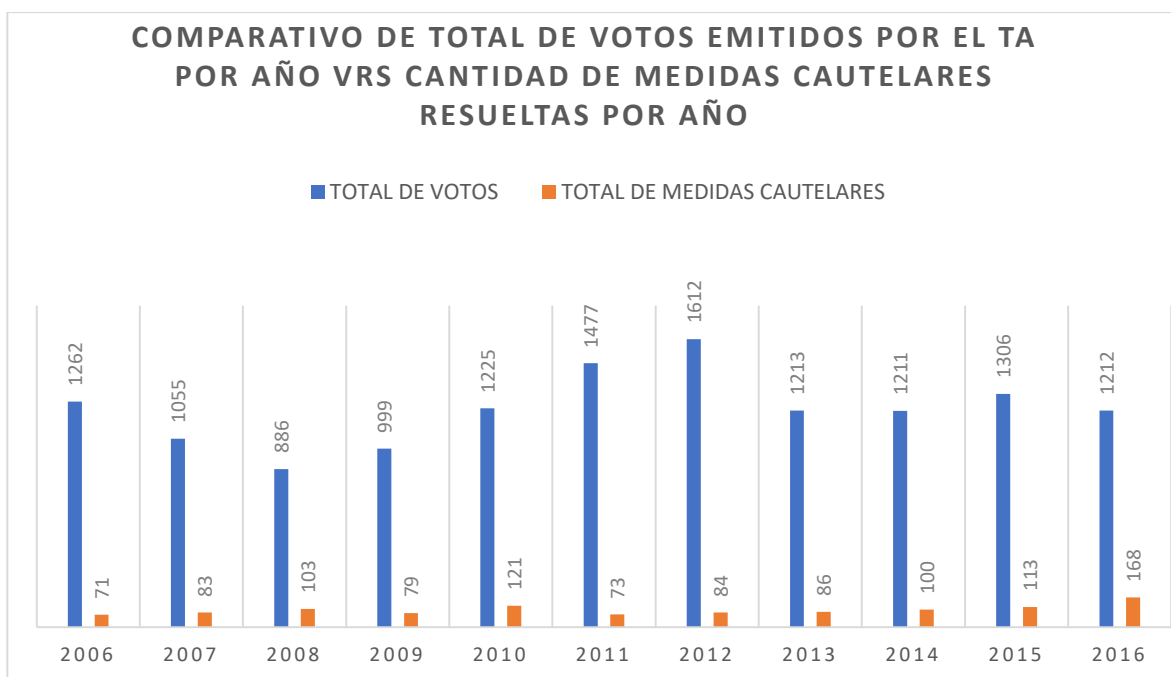


Ilustración 2

Fuente: elaboración propia

2.2.3 Tipos de procesos donde se emitieron Medidas Cautelares

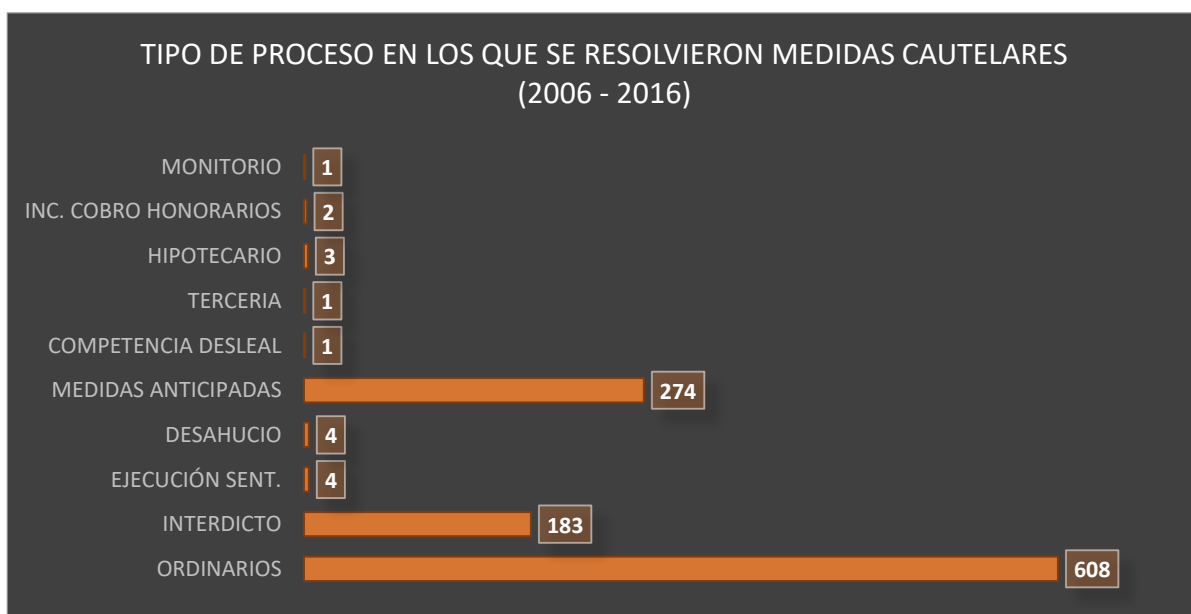


Ilustración 3

Fuente: elaboración propia

A partir de lo filtrado, se destaca, la mayor incidencia de solicitudes de Medidas Cautelares se da en procesos ordinarios e interdictales. Pero también es importante señalar que las partes recurren con alta frecuencia al procedimiento de las medidas cautelares anticipadas.

2.2.4 Índice de Medidas Cautelares por Juzgado de origen.

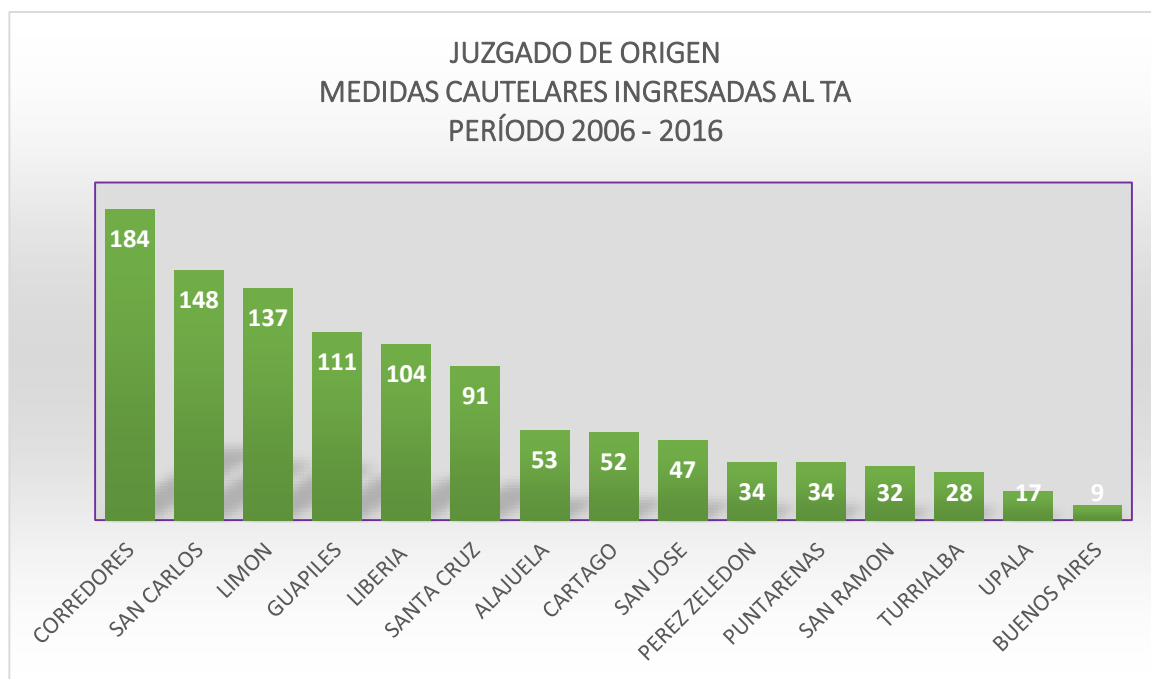


Ilustración 4

Fuente: elaboración propia

Salta a la vista que las Medidas Cautelares son de mayor aplicación en las zonas fronterizas y en la periferia del país (Corredores, Limón, San Carlos y Liberia). Debe tomarse en cuenta que precisamente esos son los juzgados más antiguos en materia agraria, tienen además la mayor extensión territorial en cuanto a su competencia y cuentan con asistencia de defensa pública agraria especializada. Correlativamente, obsérvese que en los cantones más agrícolas del país es donde el instituto en estudio ha sido más prolifero. También es importante señalar que los juzgados de Puntarenas, Turrialba y Upala, aunque no están especializados en materia agraria, sí reflejan un empleo de la tutela cautelar en los casos que tramitan.

2.2.5 Tipos de Medidas Cautelares que conoce el TA.

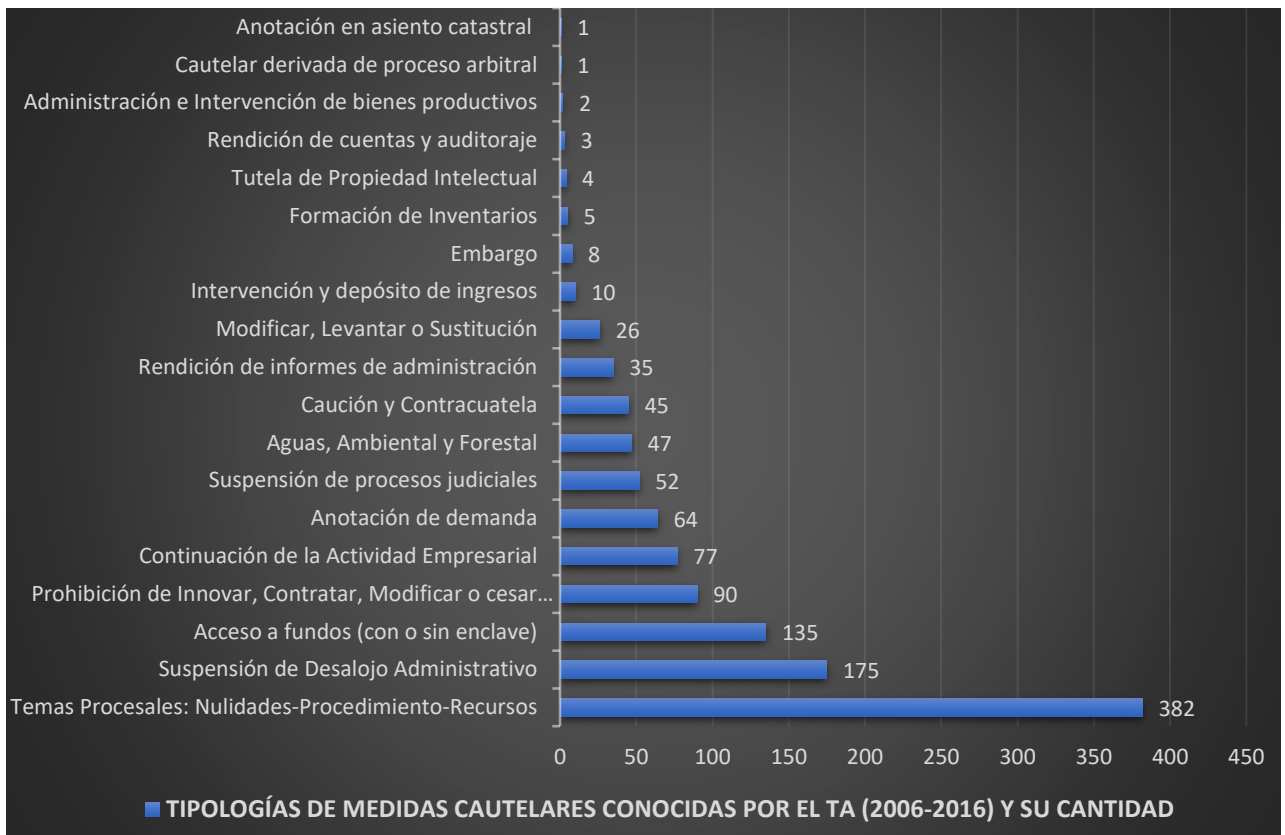


Ilustración 5
Fuente: elaboración propia

Dentro de la teoría general de las Medidas Cautelares, según se ha visto en el capítulo anterior, existen típicas y atípicas. A partir de los votos analizados, se desprende que en materia agraria se han resuelto cautelares de uno u otro tipo. Fácilmente son identificables las típicas relativas a la anotación de demanda, embargo y medidas ligadas a la LPOPI. Respecto a las atípicas, dado que las mismas no están enlistadas en la legislación procesal agraria o civil actual, de los votos estudiados se clasificó y agrupó cada resolución tomando en cuenta lo pretendido con la medida y especialmente, la orden de hacer, no hacer o de dar impartida por el órgano judicial. Como resultado de ello, se estandarizó una nomenclatura o tipología que marcadamente encaja y concuerda con muchas de las nuevas medidas cautelares típicas que se desglosan entre los artículos 88 y 92 del NCP. Así, por ejemplo, se ve la prohibición de innovar, contratar o cesar una actividad, la administración e intervención de bienes productivos, depósito

de bienes muebles o inmuebles, intervención o depósito de ingresos, formación de inventarios y el acceso a fundos enclavados.

Se advierte que en incontables votos algunas de las medidas han sido adoptadas de forma conjunta a otras cautelas que les sean compatibles. Además, en el gráfico se incluyó un número de resoluciones relacionadas con temas de caución, contracautela y aspectos procesales, para mostrar la cantidad de asuntos conocidos por el Tribunal en relación con estos tópicos.

A manera de conclusión, de lo examinado se distingue que lo resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Agrario finalmente ha encontrado eco en la reforma procesal civil recién aprobada (NCPC). En efecto, las necesidades sociales y económicas que han venido sustentando la adopción de medidas cautelares atípicas en materia agraria, hoy se recoge en mucho en el NCPC, esto a su vez aparece concluir que con la entrada en vigor del NCPC, el cual siempre se aplica de forma supletoria en materia agraria, no se producirá un fuerte cambio de paradigma en los operadores jurídicos, ni para la parte que ya venía acudiendo a este tipo de medidas ni para la persona juzgadora que desde antes venía empleando muchas de esas medidas en su labor de reconocer la tutela cautelar.

2.3 Datos específicos: Análisis por tipos de medidas cautelares resueltas

Para una mejor comprensión de la casuística, importancia e incidencia de la tutela cautelar en la jurisprudencia agraria, se desarrollará a continuación los datos más significativos de las medidas cautelares analizadas, siempre tomando como referencia la nomenclatura empleada en el gráfico anterior. Se aclara, dada su importancia, también se analizarán aspectos procesales y probatorios de la tutela cautelar que fueron rescatados de las pluricitadas 1081 resoluciones del Tribunal Agrario base de esta investigación.

2.3.1. Anotación de demanda.

En términos generales, la anotación se ha aceptado en materia agraria cuando existe una disputa judicial sobre derechos reales⁶³. Se razona que es una medida de contenido real (ya que recae sobre bienes inscribibles) y de naturaleza conservativa (ya que se anota al margen de asientos registrales). Ver votos 1267-2015 y 272-2014. De contrario, si la pretensión principal de la parte actora es de carácter personal y no real (por ej. el cobro de daños y perjuicios), se deniega la medida (consúltese voto 727-2007). Para una comprensión más clara de lo resuelto por el Tribunal Agrario sobre los supuestos de admisibilidad de esta medida, véase el siguiente cuadro:

| ANOTACIÓN DE DEMANDA | Nº voto |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|
| Situaciones y pretensiones ante las que ha procedido | |
| Declarar una servidumbre forzosa. | 1077-2016 780-2007 |
| Acciones reivindicatorias. | 723-2016 609-2007 |
| Resolución del contrato y la devolución del bien al actor. | 404-2015, 1119-2014 |
| Que se reconozca a la actora como dueña de parte de una finca. | 751-2014 |
| Nulidad de título del traspaso y restitución de la parcela. | 511-2013 |
| Anulación de asientos registrales que dieron origen al nacimiento de las fincas objeto de la medida. | 19-2013, 522-2008 |
| Nulidad de los contratos mediante los cuales se constituyen los gravámenes hipotecarios. | 317-2011 |
| Acción de restitución por parte de la actora y usucapión por parte de la demandada reconvertora. | 822-2009 |
| Declaratoria de disolución de una sociedad. | 422-2008 |
| Situaciones y pretensiones frente a las que no ha procedido | |
| Anotar una demanda de otro proceso ordinario que ya tiene sentencia firme. | 1068-2016 |
| Resolución contractual sobre un proyecto de lotificación, de índole | 809-2016 |

⁶³ Ya se adelantó en el capítulo anterior que en materia agraria incluso debe darse de oficio por disposición del art. 34 de la LJA. Además, consúltese votos 373-2016, 724-2010 y 466-2010.

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| personal. | |
| Anotación de demanda no tiene como fin garantizar costas del proceso. | 386-2016 |
| Se pide traspasar en fideicomiso varias fincas relacionadas con un contrato supuestamente incumplido o se devuelva el dinero invertido. Hay embargo preventivo. No procede anotación de demanda y embargo preventivo sobre el mismo bien. | 340-2015 |
| Cobro de honorarios es una pretensión personal-patrimonial que no persigue titularidad sobre un bien. | 306-2013 |
| Fincas sobre las cuales se pide anotar no están vinculadas con lo pretendido. | 202-2013 |
| Se pide la nulidad de dos contratos, lo que no tiene efectos reales. | 1318-2012 |
| Se pide resolución contractual y pago de daños y perjuicios. | 344-2011, 639-2007 |
| La anotación de demanda es la única medida cautelar que no se puede pedir en forma anticipada, ya que requiere de la existencia de una demanda, con pretensiones reales formuladas, para su decreto. El examen de presupuestos no se puede hacer sino se ha ejercido el derecho de acción por medio de pretensiones materiales. | 218-2011 667-2014 |
| Se pide la declaratoria de nulidad y eficacia de cláusulas constitutivas de una sociedad, la nulidad de un plano catastrado y el pago de daños y perjuicios. | 670-2010 |
| Se pretende el cobro de daños y perjuicios. | 430-2009 |
| El derecho de posesión que reclama el actor se localiza fuera del inmueble anotado. | 155-2008 |
| Ejecución forzosa de un contrato de compraventa. | 400-2007 |

De las 1081 resoluciones estudiadas, 64 hacen referencia a la medida cautelar de anotación de demanda (54 en procesos ordinarios, 7 en medida cautelar anticipada de las cuales 2 se acogieron, 1 en interdicto, 1 en un proceso de ejecución y 1 en un incidente de cobro de honorarios). Con arreglo al gráfico siguiente, se determina que en más de un 55% de los 54 procesos ordinarios analizados (confirma acoger + revoca rechazo + Tribunal de oficio) la medida resultó admisible.

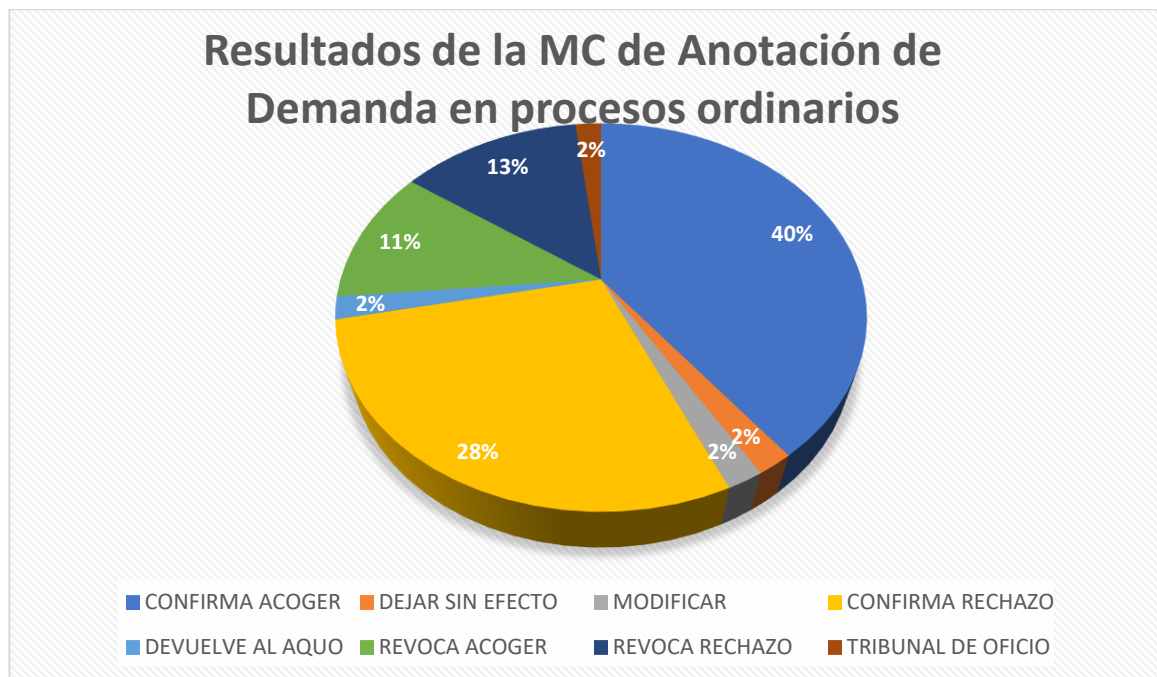


Ilustración 6

Fuente: elaboración propia

Otro aspecto relevante encontrado en relación con la anotación de demanda radica en que el TA ha aceptado levantar parcialmente la anotación de demanda sobre áreas de la finca que no tienen relación con lo disputa que dio origen a la anotación. Particularmente se resolvió: “(...) que no es la circunstancia de que un determinado número de finca esté involucrado en un proceso la que determina la permanencia de una anotación como la que nos ocupa, sino su vinculación con la materialidad geográficamente reclamada. Así las cosas, si durante la tramitación del proceso se producen segregaciones para independizar registralmente área material que no está en disputa, y así atemperar los significativos efectos a la disposición del patrimonio que conlleva una anotación de un proceso judicial (como el presente que

iniciara desde el año 2008) es atendible ordenar el levantamiento y así liberar la materialidad no reclamada.” Voto 248-2015.

Antes de avanzar con el análisis de otras medidas cautelares, es relevante aclarar que el Tribunal ha dictaminado que la **MEDIDA CAUTELAR DE ANOTACIÓN DE DEMANDA EN ASIENTOS CATASTRALES (PLANOS)**, no se trata de una medida cautelar típica, sino atípica, sustentada en los artículos 59 y 60 del Reglamento a la Ley de Castro Nacional. Por seguridad jurídica, existe un peligro de demora de que se le de publicidad catastral al proceso judicial, para que no afecte a terceros (votos 1267-2015 y 272-2014).

2.3.2 Embargo Preventivo.

Este tipo de medida se da en muy pocas ocasiones en asuntos ordinarios agrarios. Tan sólo se encontraron 4 procesos en los cuales se trataron aspectos relativos al embargo. El tribunal señala que la apelación no procede contra la resolución que ordena rendir garantía para el embargo (voto 997-2013 y 998-2013), sino solo contra la resolución que fija el monto de este (voto 232-2011). Además, en este último voto explicó que la garantía no necesariamente debe ser igual o semejante al valor de la propiedad embargada, pues dicho valor es fijado por la parte solicitante, acorde con el monto por el cual se pide el embargo, en la cuantía de la demanda y las pretensiones esgrimidas. También se ha resuelto, especialmente en procesos cobratorios, que acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el embargo debe decretarse de acuerdo con los montos reclamados, evitando excesos (voto 131-2011).

2.3.3 Prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad.

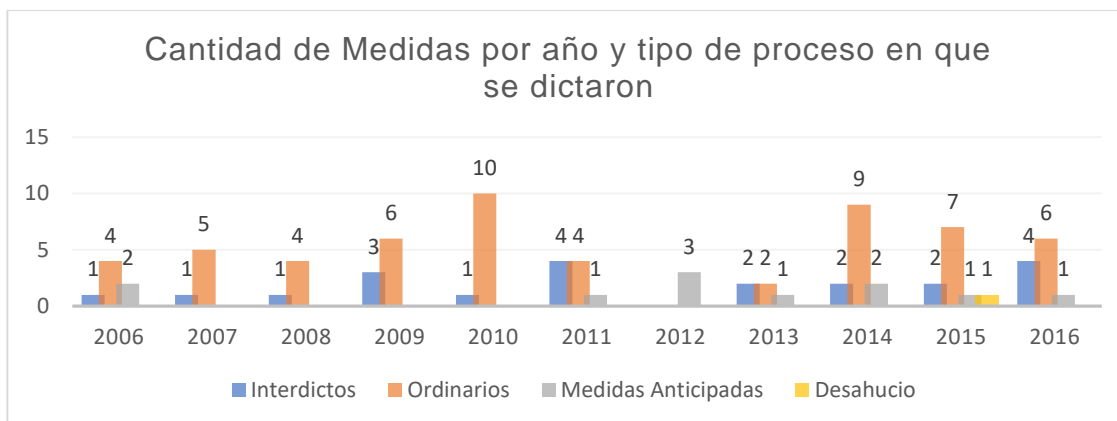


Ilustración 7

Fuente: elaboración propia

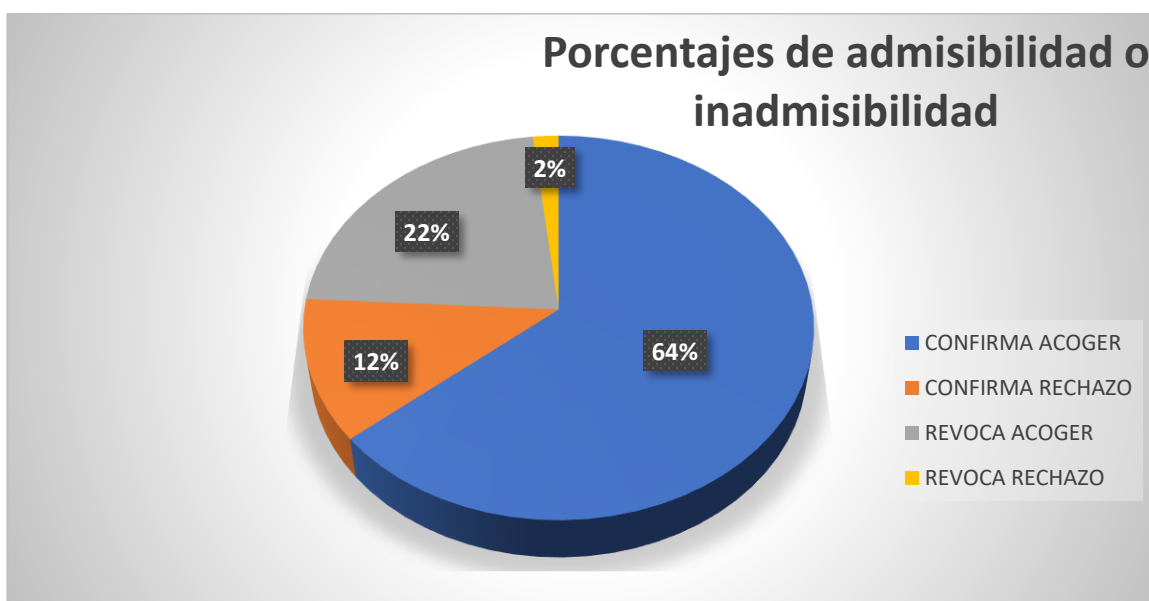


Ilustración 8

Fuente: elaboración propia

En definitiva, de lo ilustrado en los dos últimos gráficos, se evidencia que, de las 90 medidas cautelares emitidas en los últimos once años y que están relacionadas con prohibiciones de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad, existe una constante en su aplicación y que mayormente se dan en procesos ordinarios. Asimismo, es interesante que en procesos sumarios de protección posesoria actual y momentánea (interdictos de amparo de posesión, restitución y reposición de mojones) también se utilice en un buen número este

tipo de cautela. Por otro lado, es relevante que el Tribunal Agrario ha tenido una mayor tendencia a aceptar y confirmar su adopción, ya que de la sumatoria de los porcentajes (confirma acoger + revoca rechazo) se revela un criterio proclive a mantener la cautela prevista en primera instancia, o bien, el TA revoca su rechazo y acoge la cautela.

En el gráfico y cuadros siguientes, se presentará el detalle de las órdenes más frecuentes de esta medida por tipo de proceso.

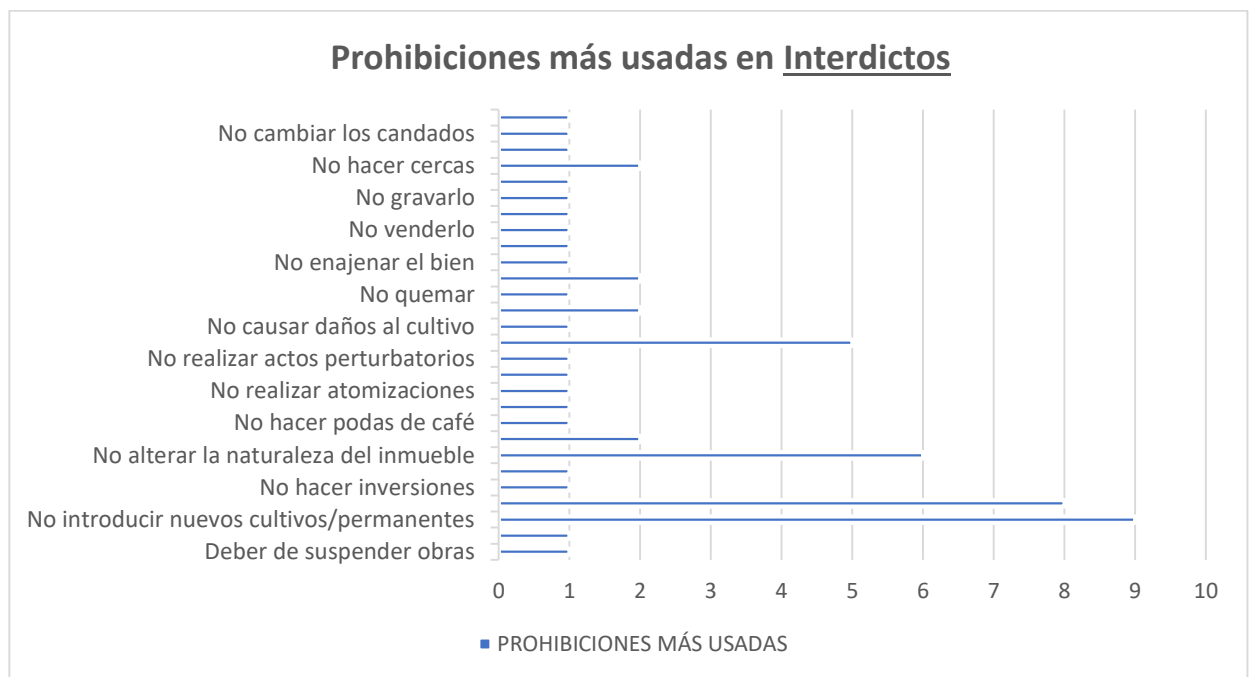


Ilustración 9

Fuente: elaboración propia

| Prohibiciones más empleadas en <u>Medidas Cautelares Anticipadas</u> | |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Suspender todo tipo de actividad | No cambiar la naturaleza del inmueble |
| No cortar árboles, no construir canales | No construir terrazas |
| No hacer drenajes | No hacer construcciones, no cultivar, |
| No introducir mejoras | No realizar trabajos y no hacer mejoras |
| No realizar actividad minera | No hacer movimientos de tierra |
| No modificar la topografía | Abstenerse de vender |
| Arrendar, hipotecar o de alguna manera | Abstenerse de amenazar o perturbar a la parte |

| | |
|--------------------------------|---------|
| Pignorar el bien o parte de él | actora. |
|--------------------------------|---------|

| Prohibiciones más usuales en Medidas Cautelares dictadas en Procesos Ordinarios | | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|--------------------------------------|------------|
| TIPO DE ORDEN | No. | TIPO DE ORDEN | No. |
| Abstenerse de perturbar | 4 | No introducir mejoras | 9 |
| No introducir construcciones | 16 | Abstenerse de destruir cultivos | 3 |
| No talar árboles | 2 | No quemar | 1 |
| No realizar acciones que tengan por objeto la destrucción o desaparición de los bienes o derechos que puedan ser considerados mejoras | 1 | No extraer la producción | 2 |
| No cortar la producción | 1 | No vender la producción | 2 |
| No introducir nuevos cultivos permanentes | 5 | No ampliar los cultivos existentes | 4 |
| No alterar la naturaleza del inmueble | 12 | No enajenar la propiedad | 8 |
| No gravar la propiedad | 3 | No cortar los árboles | 4 |
| No destruir construcciones | 1 | No cultivar naranja | 1 |
| No remover tierra | 2 | Suspender la preparación del terreno | 2 |
| No cercar | 2 | No realizar actividades agrícolas | 2 |
| No realizar actividades ganaderas | 1 | No movimientos de tierra | 2 |
| No cultivos nuevos | 1 | No vender la fruta | 4 |
| No hechura de zanjas | 1 | No puentes | 1 |
| No pozos | 1 | No extracción de árboles | 1 |
| No accesiones | 6 | No hacer tapias | 2 |
| No hacer drenajes | 2 | No detalles ni acabados | 1 |

Lo más destacable de los datos obtenidos es que todas las prevenciones implican una abstención de ejercer actividades presentes y futuras, al punto que, considerando las características del bien objeto de *litis* o el tema jurídico a resolver, la parte solicitante o el tribunal de oficio regulan posibles conductas por parte del cautelado que vayan en detrimento de lo perseguido en sentencia o que produzca un daño a los bienes jurídicos en juego. A su vez, para evitar confusiones y en última instancia el abuso en la cautela, el tribunal ha debido dimensionar los efectos de lo ordenado y aclarar en la misma resolución que confirma o acoge la cautela, cuáles son aquellas actividades permitidas al cautelado y otras tantas que le son obligatorias. Así, por ejemplo, constátense los votos 348-2006, 172-2009, 808-2010, 857-2010, 80-2012, 831-2012 y 730-2014.

Finalmente, urge destacar que en la mayoría de las resoluciones del Tribunal Agrario relativas a esta temática, se dice que dicta una “Medida inhibitoria” refiriéndose a la protección de innovar.

2.3.4 Continuación de la actividad empresarial.

Debido a que en la mayoría de los procesos agrarios está en disputa la titularidad de derechos reales (propiedad, posesión, usufructo, uso y habitación, hipoteca, prenda), las medidas cautelares relativas a proteger o amparar la continuidad de la actividad empresarial son sustanciales. Por lo general, si la parte solicitante de la medida está ejerciendo una actividad productiva (agraria, agropecuaria, forestal, de transformación e industrialización de bienes, o bien, de intercambio de bienes y servicios) se le autoriza a permanecer en uso y disfrute del bien para no producir un daño y garantizar la continuidad de la actividad. Concretamente se le ha ordenado al cautelado se abstenga de perturbar u obstaculizar la posesión que realiza el titular de la actividad.

Según se detalló en la ilustración N° 5, las medidas cautelares vinculadas a la continuidad de la empresa alcanzan un total de 77. De acuerdo con el gráfico adjunto, un 65% de estas medidas han sido aceptadas por el Tribunal Agrario frente a un 35% donde se ha negado la cautela.

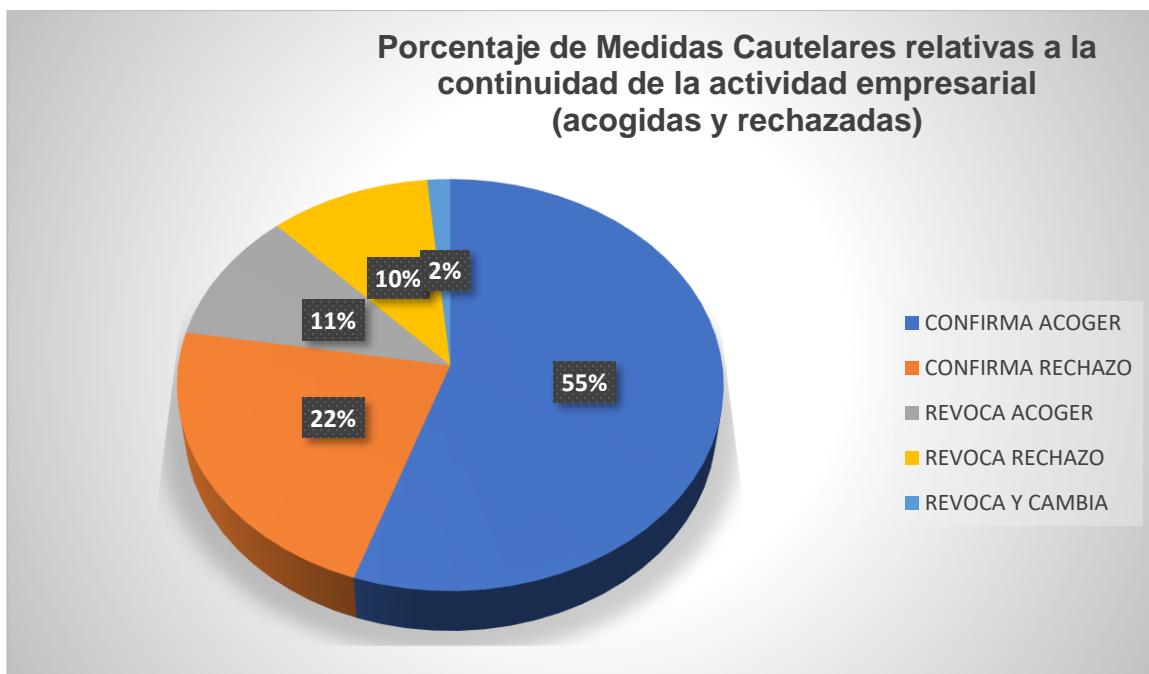


Ilustración 10

Fuente: elaboración propia

Un aspecto que no se puede pasar por alto en relación con este tipo de medida cautelar es que en procesos interdictales, sobre todo en asuntos de amparo de posesión, donde lo perseguido en sentencia es que se le deje de perturbar al actor, se ha pretendido utilizar para lograr -vía cautelar- un efecto anticipado de la eventual sentencia estimatoria, como lo es que se ordene al cautelado que no perturbe, lo cual es improcedente y así ha sido expuesto por el Tribunal en votos 691-201 y 982-2013. Concretamente en el último pronunciamiento se advirtió “(...) *El proceso cautelar es un instrumento del proceso principal o de cognición, lo que implica que las partes deban someterse a su resultado, participando en las etapas que éste comprende, pues es parte de las vicisitudes propias del debido proceso y del acceso a la justicia. De ahí que solamente en casos muy excepcionales, proceda precautoriamente anticipar los efectos de la futura sentencia, pues la regla es que el proceso culmine en forma normal (...)*”. En procesos ordinarios se ha resuelto en forma similar (ver voto 599-2015).

2.3.5 Suspensión de Desalojos administrativos y de procesos judiciales.

En cuanto al tema de los **Desalojos Administrativos**, el objetivo de este tipo de medidas es la suspensión del desalojo mismo, que ya fue ordenado en sede administrativa (Ministerio de Seguridad Pública)⁶⁴. El fin es que se suspenda la orden hasta tanto la autoridad jurisdiccional resuelva el fondo de lo debatido.⁶⁵ Es importante rescatar que si la ejecución de un desalojo administrativo no causa una lesión irreparable ni irreversible a la situación del actor, no procede acoger la medida cautelar. En términos generales, existe un altísimo porcentaje de desalojos administrativos que se suspenden a través de solicitudes de medidas cautelares. En los últimos once años, el Tribunal Agrario ha acogido la suspensión en un 86% de las cautelas solicitadas en ese sentido. Para ilustración, obsérvese el gráfico adjunto:

⁶⁴ En materia agraria también se ha solicitado suspender desalojos ordenados por el Instituto de Desarrollo Rural (antes IDA) de parcelas administradas por ese ente, por ejemplo, el voto 339-2010, donde se denegó la cautela por no tener los presupuestos.

⁶⁵ El procedimiento de desalojo administrativo está regulado en el Decreto Ejecutivo No. 37262-MSP del 14 de julio del 2012 denominado "Reglamento para el trámite de desalojos administrativos presentados ante el Ministerio de Seguridad Pública", que entró en vigor el mismo año. Procede en los casos establecidos en los artículos 305 del Código Civil, 455 del Código Procesal Civil, 7 y 74 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, sin detrimento de lo que establezcan otras normas especiales o conexas y también en aquellos casos en los cuales así lo ordene o requiera cualquier entidad propietaria, poseedora o administradora de bienes inmuebles públicos (art. 1 del Reglamento).

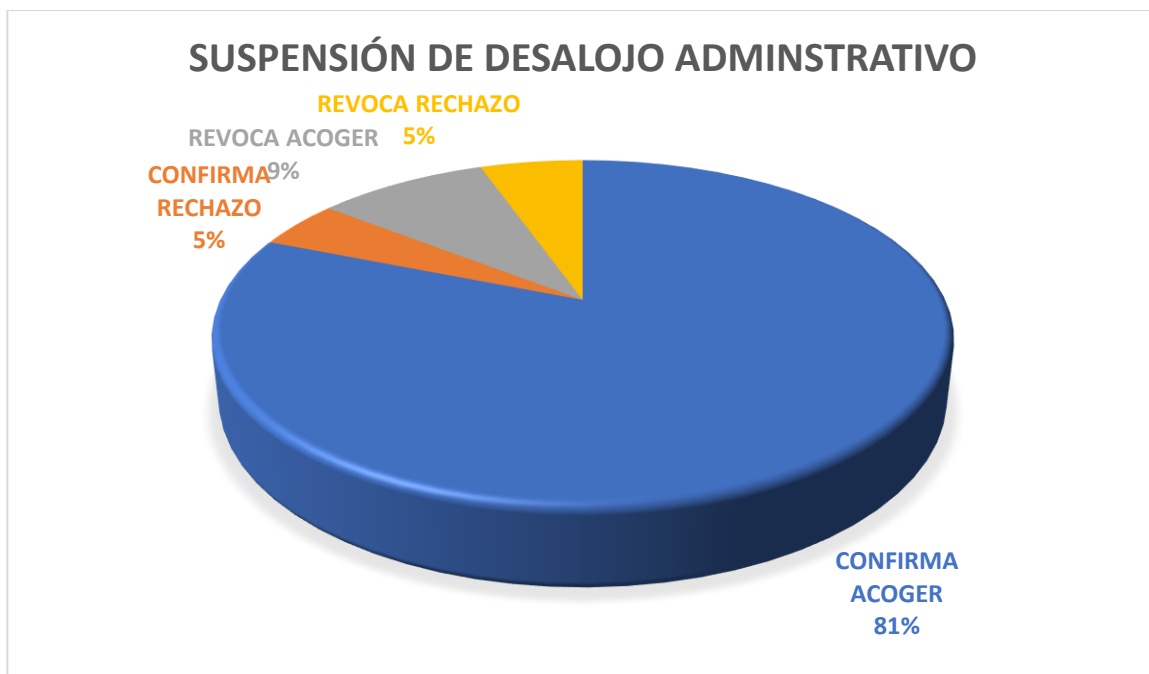


Ilustración 11

Fuente: elaboración propia

Generalmente la medida de suspensión de desalojo administrativo se ha denegado cuando: **a)** el propietario registral hace uso de la defensa de su predio utilizando esta vía y al solicitante de la suspensión no le ampara derecho alguno (voto 315-2006 y 199-2007); **b)** la persona ya fue desalojada (votos 788-2006, 253-2008, 620-2008, 210-2009, 270-2009 y 742-2014); **c)** la parte que solicita la suspensión no demuestra la existencia de los derechos que alega sobre el bien que será desalojado (voto 443-2006); **d)** el voto del desalojo no hace referencia a los solicitantes de la medida y no se demuestre que ellos están en posesión del terreno (voto 681-2007); **e)** la ocupación es evidentemente ilegítima y abusiva (voto 249-2008); **f)** no procede suspender un desalojo dentro de un proceso interdictal (voto 541-2010); **g)** cuando se solicitan mejoras y accesión aduciendo que no se disputa un derecho real sobre el inmueble (115-2015 y 804-2016); **h)** cuando ya fue practicado el desalojo y las invasores vuelven a posesionarse del fundo (434 a 439, 444 a 454, 462 a 467, 473 a 478, 484, 501 a 502, 520 a 521, 537 a 545, 553 a 554, 567 a 570, 573 a 581, 599 a 603, todos del año 2016).

En los casos donde sí se ha acogido el desalojo, los principales fundamentos ventilados son:

| FUNDAMENTOS PARA SUSPENDER DESALOJOS ADMINISTRATIVOS | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fundamento | Nº voto |
| Actor en posesión del fundo y tiene actividad agrícola | 443-2006, 814-2006, 879-2006, 335-2007, 813-2009, 897-2009, 555-2010, 730-2010, 162-2011, 446-2011, 696-2016 |
| Actores tienen producción agrícola empresarial, hay construcciones y se pide mejoras y accesión | 799-2006, 258-2011, 1083-2016 |
| Parte pide mejoras y tiene cultivos | 806-2006, 190-2007 |
| Parte tiene contrato de arrendamiento y cultivos | 177-2011 |
| Parte tiene actividad turística | 412-2010 |
| No hay certeza en áreas a desalojar | 694-2006, 693-2007 |

No sobra añadir que en algunos casos (votos 156, 157, 158, 159, 161, 178 todos del 2008) se ha acogido suspender el desalojo, pero se ha impuesto una caución o garantía por la suma de ¢1.000.000,00. También se han graduado la medida imponiendo de oficio prohibiciones de innovar o modificar en la finca (mal llamado por el tribunal como “contracautela”).

De otro lado, en torno al tema de la **suspensión de procesos judiciales** por medio de una medida cautelar, por lo general se ha pedido suspender procesos cobratorios (especialmente ejecuciones hipotecarias), informaciones posesorias, ordinarios, procesos penales, sucesorios, sumarios interdictales y de desahucio. Siendo que este tipo de medida es mayormente solicitada en procesos ordinarios, se expone a continuación el resultado de la medida cautelar de los 33 procesos ordinarios donde se pidió suspender otro tipo de proceso (hipotecarios, ejecutivos simples, interdictos, informaciones posesorias, asuntos penales, ordinarios y procedimientos administrativos ante el INDER):

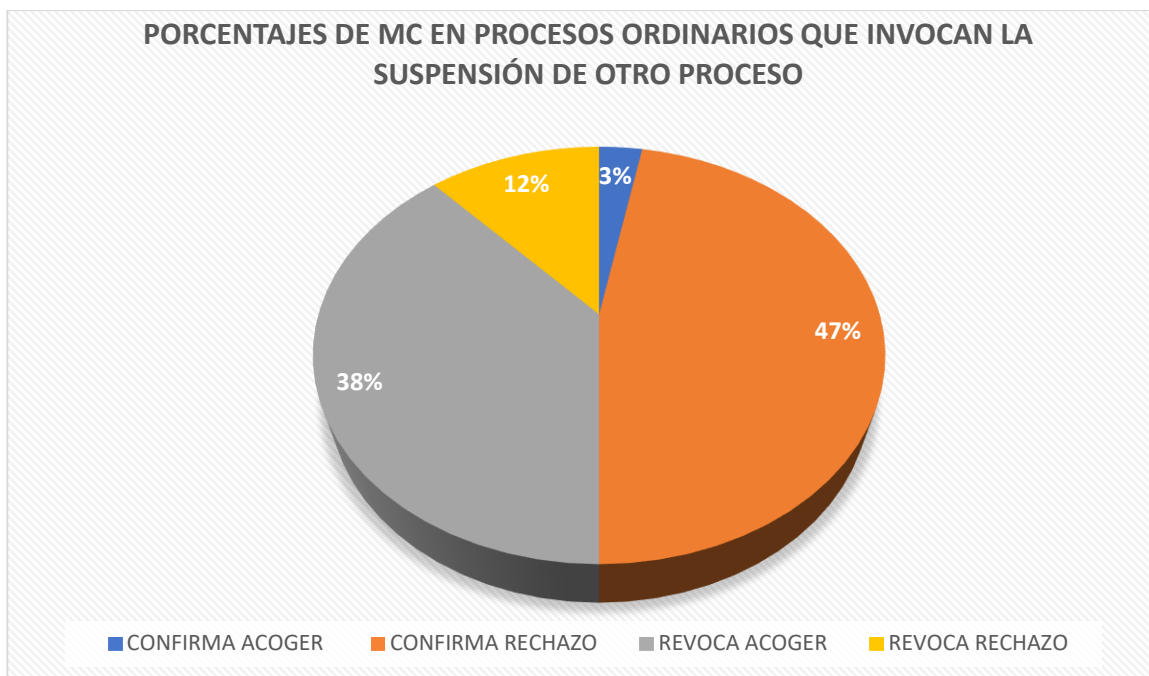


Ilustración 12

Fuente: elaboración propia

De lo graficado se extrae que en el 85% de los procesos ordinarios donde en los últimos once años se ha pedido ante el TA suspender otro tipo de proceso judicial o administrativo (este último seguido ante el INDER), se ha denegado la cautela (súmese los reglones: confirma rechazo y revoca acoger).

Por otro lado, dado el presente interés en detectar el principal motivo en que se han fundamentado las resoluciones de TA para, en su mayoría, denegar este tipo de medida, se señala a continuación los principales argumentos expuestos en sus resoluciones. También se retoman algunos a favor que se han dado:

| ARGUMENTOS PARA DENEGAR LA SUSPENSIÓN DE PROCESOS | Nº voto |
|------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Independencia y Autonomía entre procesos. | 319-2007, 477-2007, 438-2012, 627-2013, 957-2013, 535-2014, 536-2014, 297-2015, 300-2015, 303-2015, 304-2015, 307-2015, 316-2015, 317-2015, 322-2015, 323-2015, 330-2015 |
| Cosa juzgada y eficacia de las resoluciones firmes emitidas en otro proceso. | 319-2007, 477-2007, 691-2007, 627-2013 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| La seriedad del sistema judicial se comprometería por la inejecutividad de sus resoluciones. | 477-2007, 627-2013, 881-2014 |
| No existe apariencia de buen derecho. | 691-2007, 878-2011, 627-2013, 365-2014, 562-2014 |
| No existe residualidad porque la anotación de demanda es suficiente. | 136-2012, 833-2014 |
| La suspensión de un proceso judicial sólo se da por prejudicialidad penal en los casos de 202 inciso 1) del CPC. | 136-2012, 535-2014, 833-2014, |
| Ley de Cobro Judicial, art. 11, impide la la prejudicialidad. | 136-2012 |
| Medidas Cautelares no se confunden con el instituto de la prejudicialidad y no se puede crear otra causal de suspensión de procesos. | 1442-2012, 348-2014 |
| No se fundamentó peligro de demora. | 536-2014 |
| No se violenta el principio de tutela judicial efectiva con el rechazo. | 562-2014 |
| ARGUMENTOS A FAVOR DE ACOGER SUSPENDER PROCESOS | |
| Se quiere evitar un daño irreparable (procedimiento administrativo). | 1024-2007 |
| En Información Posesoria pese que la parte interesada no presentó oposición dentro del plazo concedido (art. 8 LIP), se ordenó suspender porque se pedía mejor derecho de posesión en ordinario y la titulación cambiaría la condición jurídica y el tipo de acción a disputar. | 537-2008 |
| Traslape o falta de ubicación y determinación de finca a poner en posesión dentro del hipotecario (Ejecución hipotecaria). | 226-2010 |
| Cuestiona validez o nulidad de crédito (Ejecución hipotecaria). | 1253-2011 |
| Continuidad de la actividad empresarial. | 1431-2012 |

Un aspecto que resaltar del anterior cuadro es que, como regla de principio, nunca el TA ha suspendido mediante una medida cautelar solicitada dentro de un ordinario otro proceso de igual categoría. En 6 de los 33 votos estudiados, se denegó esa petición cautelar.

2.3.6 Administración e Intervención de bienes productivos.

Respecto a este tipo de cautela, existen algunas resoluciones en las que, de alguna forma, se toca el tema de la intervención de un bien productivo. En ocasiones se ha ordenado presentar estados financieros para saber el balance de situación y estado del año fiscal de una sociedad anónima (voto 423-2008).

2.3.7 Intervención y Depósito de bienes muebles o inmuebles.

Son varias resoluciones las que ponen en depósito de una de las partes un bien productivo. Los principales motivos han sido por existir actividad de engorde de ganado “a medias”, se ordena se entregue el hato bajo la guarda y custodia del actor (voto 1318-2011), por existir una sociedad de hecho para cultivo de piña entre los litigantes, se deja en depósito alguno de ellos (voto 320-2008), existiendo una plantación de teca se instituye al demandado depositario (1189-2012), si se comercializan frutos de la finca en *litis*, el dinero se debe depositar en el juzgado (175-2014). Ahora bien, cuando existen problemas de duplicidad de títulos sobre el mismo bien, se ha negado depositar los alquileres que genere el bien pues consistiría en una paralización de las posibles inversiones en el fundo por todo el tiempo que dure el proceso, lo cual puede hacer más gravosa la situación, por lo que no es proporcional y razonable (1064-2016).

En prácticamente todos los casos, como parte de la medida se impone rendir informes de gastos y utilidades que genere el bien en depósito.

2.3.8 Formación de Inventarios.

Atinente a las medidas cautelares relacionadas con la formación de inventarios, se han dado muy pocos casos. En 4 cuatro de los 5 votos relativos a esta temática, se verificó que en la finca objeto del litigio existía una actividad productiva (extracción de madera, cría de cerdos y otros animales, bosque, siembra de plátano, etc.), se ordena en todos ellos por parte del Tribunal que correspondía a la persona juzgadora de instancia, proceder a inventariar el estado y lo existente en el terreno levantando al efecto un acta describiendo esas circunstancias. Aparejado a esta medida, se denota se ha ordenado nombrar un depositario judicial de los bienes existentes dentro del terreno en discusión. Consúltese al respecto votos 12-2009, 586-2009, 364-2013 y 422-2013.

2.3.9 Rendición de Informes de Administración.

En los últimos años el Tribunal Agrario ha venido emitiendo resoluciones en las que ordena rendir informes de administración de un terreno donde se ejerza una actividad. Esa medida no se acoge de forma aislada, sino que viene ligada a otras medidas cautelares que por lo general pueden ser: la continuidad de la actividad empresarial, el depósito de bienes y a la prohibición de innovar.

De los 35 votos vinculados a este tipo de medida, 6 corresponden a procesos interdictales, 5 a Medidas Cautelares Anticipadas y 24 a procesos ordinarios. A continuación, se presenta un comparativo de las órdenes más significativas que se han impartido:

| INFORMES DE ADMINISTRACIÓN | Tipo Actividad | Nº voto |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| Informes trimestrales sobre egresos e ingresos de cosechas y sobre administración de esas cosechas, retrotrayendo los efectos de la medida, no a la fecha de su acogimiento, sino cuando el cautelado ingresó a la finca. | Café, caña y tomate | 181-2014 |
| Informe mensual de administración con ingresos, egresos, utilidades generados por la actividad. | Cas y café | 535-2008 |
| Informe trimestral sobre administración del área en litis, con egresos e ingresos y utilidades. | Plátano, Teca y Plantación forestal | 294-2009 1386-2012 |
| Informe trimestral sobre administración del área en litis, con egresos e ingresos, utilidades y demás decisiones de administración del bien. | Plantas ornamentales | 763-2010 |
| Informes semestrales con ingresos, egresos y utilidades que se generen y se ordena informes en los diez días siguientes luego de cada asamblea ordinaria y extraordinaria de la sociedad. | Propiedad urbana | 869-2010 |
| Informe trimestral de administración, documentado. | Café Palma aceitera | 973-2010 537-2011 |
| Informe trimestral de administración, documentados, que respalden gestión, incluyendo ingresos, egresos y utilidades, que permita contar con elementos objetivos para verificar el estado de la producción, utilidades obtenidas, administración de esos fondos, la inversión realizada, la pertinencia y cualquier otro dato relevante. | Pecuniaria, 5 novillos, 2 terneros y dos equinos Pastos y plantas ornamentales | 642-2011 898-2012 |
| Informes trimestrales, con utilidades, gastos, inversión, detalle de activos, pasivos y demás datos indispensables que permitan | Caña Piña | 1322-2011 928-2013 |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|---------------------------------|
| al juzgado valorar si la gestión administrativa es eficiente | | |
| Informes trimestrales y se depositen las utilidades a la orden del juzgado una vez descontados los gastos | Palma aceitera | 1262-2012 504-2016 |
| Informes mensuales de rendimiento, inventario de los bienes existentes, inversiones realizadas, contratación a personas servidoras de la posesión, utilidades generadas y cualquier dato de administración eficiente. | Para y coliflor | 624-2013 |
| Informes bimensuales de entrega y recolección de cosecha, fecha e identificación de los beneficios en que entregó el café, precio fijado por el producto, así como lo que recibió en pago. | Café | 628-2013 618-2015 26-2016 |
| Informe bimensual que incluya ingresos y egresos que genere el cultivo y se deposite el 50% de las utilidades netas producto de la venta de la fruta. E informar de lo ya venido para valorar el rendimiento de la actividad. | Palma africana | 420-2016 |

Un aspecto relevante en torno a este tipo de medida es que se desconoce el seguimiento y control que se le da a esos informes. Además, se cuestiona si la orden de rendirlos en realidad implica una medida cautelar y si busca garantizar el derecho de fondo en disputa, pues en algunos casos pareciera más una preconstitución de prueba para lo debatido. Además, se considera oportuno recordar que doctrinalmente existe la medida cautelar de rendición de cuentas y exhibición de libros de la actividad social y económica, que a primera vista pareciera relacionarse con esta medida cautelar atípica.

2.3.10 Acceso a fondos.

Uno de los elementos fundamentales de la actividad agraria es contar con un acceso suficiente a vía pública para poder extraer y comercializar las cosechas y dar mantenimiento a los fundos agrarios⁶⁶. El término “acceso” debe entenderse como un área de terreno que da salida suficiente a vía pública a un inmueble, sea atravesando una servidumbre, otro camino público, una calle

⁶⁶ Se considera fundo agrario aquél destinado a actividades agrarias o agroambientales, o que pueda destinarse a ellas. “(...) Para éste último supuesto, es importante tomar en cuenta la medida, la ubicación del terreno y el tipo de producción que se puede desarrollar en él. Los anteriores criterios deben además ajustarse a las necesidades y requerimientos que las tecnologías modernas y avances científicos planteen en materia de desarrollo agropecuario. Por ejemplo, terrenos que antes no podían destinarse a actividades agrarias -por su tamaño o el clima imperante en la zona-, actualmente pueden serlo, si se desarrolla en hechos agricultura hidropónica o con otras tecnologías, en las cuales el sustrato “tierra o suelo” no es fundamental” (voto del Tribunal Agrario 638-2013).

privada o un río navegable. En términos generales, la jurisprudencia del TA ha conocido asuntos ordinarios, interdictales y medidas cautelares anticipadas que buscan resguardar ese acceso a calle pública.

En ordinarios se plantean comúnmente acciones declarativas o confesorias del derecho de servidumbre, o bien, constitutivas de una obligación de paso (art. 395 CC). También se plantean acciones negatorias para que se determine que un fundo no está sujeto a un derecho de servidumbre, además que en no pocas ocasiones surgen conflictos por el derecho de paso en los términos del artículo 400 del CC. Por su parte, en materia interdictal, donde lo que se discute es la posesión actual y momentánea sobre inmuebles (art. 457 CPC actual), el tema del acceso a fundos generalmente está relacionado la restitución de un acceso que se venía utilizando para ingresar a un predio, o bien, con la habilitación de un paso por sobrevenir una situación de enclave, entendido este último término como aquella situación de no acceso total o al menos suficiente a calle pública. Tanto en vía ordinaria como sumaria, es posible acudir al instituto de las medidas cautelares para precautoriamente establecer, rehabilitar o resguardar el acceso que tiene o debería tener un inmueble para ejercer los atributos de uso, goce y disfrute del bien.

La jurisprudencia del TA en estos once años de estudio (2006-2016), ha emitido un total de 135 resoluciones de medidas cautelares vinculadas con accesos a fundos, de las cuales 55 corresponden a procesos ordinarios, 53 a procesos interdictales y 27 a procesos de medidas cautelares anticipadas. En todas estas resoluciones, a la hora de fundamentar si se acoge o rechaza la cautela, existe un común denominador derivado de la realidad social, que el propietario o poseedor de un fundo requiere salir a través de terrenos ajenos para llegar a una vía pública y por lo tanto, no puede dejársele encerrado o impedirle ingresar al fundo, porque existe un interés colectivo superior al del dueño del terreno que ha venido prestando el servicio de acceso o que debe prestarlo, en razón de que el fundo del cautelante no vaya a quedar improductivo, pues la producción se da en beneficio no sólo del productor sino de toda la sociedad.

En lo que corresponde a la materia interdictal, desde el punto de vista sustantivo para obtener tutela jurídica es necesario cumplir con lo dispuesto en los numerales 307 y 308 del Código Civil (artículo 462 del CPC), en el tanto se exige que el derecho de servidumbre que se pretende proteger por esa vía, exista en forma indubitable. En caso de que no concorra tal derecho de servidumbre o su constitución no esté claramente definida, la jurisprudencia nacional en materia civil y agraria ha obviado este requisito legal cuando el inmueble que requiere el paso se halla en una situación de enclave o de insuficiencia de salida a calle pública. De lo anterior se denota, al analizar un total de **44 votos** sobre medidas cautelares en interdictos, que las razones fundamentales a considerar para acoger o denegar la tutela cautelar se basan en si el terreno es o no fundo enclavado, en si tiene una salida suficiente a calle pública entre los distintos accesos con que pueda contar. También se reflexiona sobre qué tipo de actividad empresarial o productiva se ejerce sobre el fundo que requiere el paso. De forma comparativa se pasa a exponer en el siguiente cuadro los principales argumentos empleados para resolver este tipo de medidas cautelares.

| FUNDAMENTOS PARA ACOGER O DENEGAR MC EN PROCESOS INTERDICTALES QUE DIRIMEN CONFLICTOS DE ACCESOS | N° de voto |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PARA ACOGER | |
| <p>Por ser fundo enclavo: En estos casos se ha determinado que lo hay cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) el terreno no colinda con calle pública; b) para acceder a él debe atravesarse un río ancho y caudaloso; c) no es necesario prueba pericial para demostrar enclave pues basta con un reconocimiento judicial; d) si no se refutó el enclave, se tiene por existente; e) no interesa si el acceso se funda o no en un título; f) no se observa otro acceso para el terreno; | <p>21-2006, 988-2012, 1087-2012, 515-2013, 497-2014; 280-2015, 1257-2015, 1173-2006, 637-2009, 146-2010, 1029-2010, 421-2014, 613-2014, 281-2015;</p> |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Por existir un acceso no suficiente y adecuado: Con este fundamento se ha resuelto, por ejemplo:</p> <p>a) el camino es intransitable a pie, a caballo y menos en vehículo;</p> <p>b) no tiene un ancho suficiente para la extracción de la producción;</p> <p>c) el acceso a calle pública está en malas condiciones;</p> <p>d) el terreno tiene dos accesos, pero uno es una pendiente moderada, por lo que debe habilitarse el otro acceso existente;</p> <p>e) el terreno tiene dos accesos, pero al ser las partes adultas mayores y tener niños sólo uno de los pasos adecuados;</p> <p>f) existe actividad hotelera que sólo tiene acceso alternativo de tierra que no lleva al parqueo, restaurante y los atractivos turísticos del sitio;</p> <p>g) Aunque empresa agraria lechera tenga cuatro accesos (dos terrestres y dos acuáticos por el río San Carlos), sólo uno es idóneo para el ejercicio de la actividad;</p> <p>h) Si el acceso es por puente, pero presenta riesgos ante la crecida del río, como medida cautelar, alternamente se le autoriza utilizar acceso más seguro.</p> | 637-2008, 161-2015, 857-2006; 183-2007, 505-2009, 606-2009, 419-2013, 1080-2015, 382-2016. |
| <p>Por ejercerse una actividad productiva animal o vegetal: Atendiendo a esta tesis se ha decidido:</p> <p>a) Si existe una empresa agraria, agroturística o agroambiental, debe concedérsele la cautela;</p> <p>b) No interesa si es o no fundo enclavado;</p> <p>c) el fundo debe cumplir con la función social y económica del fundo;</p> <p>d) No es necesario una actividad productiva a gran escala;</p> | 467-2006, 747-2006, 499-2007, 334-2008, 413-2008, 494-2008, 519-2010, 345-2013, 373-2013, 165-2015, 134-2016, 632-2016, 1118-2016 |
| PARA DENEGAR | |
| a) No se acredita que el cautelante esté en posesión del fundo | 909-2009 |
| b) No se acredita que haya una servidumbre de paso constituida y que el fundo del demandado sea sirviente. | 909-2009 |
| c) No se acredita que el fundo del actor esté enclavado. | 910-2009 |
| d) No hay actividad productiva y el fundo no es enclavado. | 769-2016 |
| e) No hay actividad de producción. | 1074-2016 |
| f) No es fundo enclavado, no hay actividad productiva y tiene acceso a calle pública. | 580-2009 |
| g) Lo pedido como medida cautelar coincide con la pretensión. | 894-2009 |
| h) No se ha cerrado o limitado el paso. | 1069-2011 |

En lo que respecta a los 55 procesos ordinarios analizados, se concluye que en 37 de ellos el Tribunal Agrario concedió la medida cautelar (en 30 resoluciones confirmó acoger la medida y en 7 revocó el rechazo del juez de

primera instancia). En las restantes 17 medidas, se denegó la tutela cautelar. A grandes rasgos, se extrae que, al igual que en materia interdictal, el enclave de los fundos y la actividad que se desarrolla en ellos, son los motivos medulares para acoger o rechazar la medida. Debido a los intereses jurídicos en juego y para mantener el equilibrio entre las partes, se observa que en la mayoría de las sentencias se advierte:

a) No emplear el término “servidumbre” cuando se autoriza el acceso cautelarmente, porque si se está o no ante una servidumbre, obedece a un aspecto reservado para el fondo del conflicto.

b) Para evitar excesos y abusos, debe adecuarse y graduarse el acceso que se concede cautelarmente en cuanto a: i) quién gozará de los beneficios de la medida (cautelante, sus peones, empleados, familiares, veterinarios, entre otros)⁶⁷ y ii) la forma en cómo se ejecutará la medida (quitar o remover portones, eliminar candados, cerrar portillos al usar el paso, entregar copia de llaves de candados, quitar cercas, remover obstáculos, darle mantenimiento al camino)⁶⁸.

Finalmente, de las 27 medidas cautelares anticipadas presentadas entre 2006-2016, 20 resultaron acogidas y tan sólo 7 denegadas. En la mayoría se observa que si se demuestra la no existencia de acceso a la vía pública y si no existe una actividad agraria o productiva, no se accede a la tutela cautelar.

2.3.11 Medidas cautelares relacionadas con materia de aguas, ambiente y el recurso forestal.

En materia agroambiental, ante la destrucción de la biodiversidad (socolas, siembras en áreas boscosas, apertura de carriles, tala ilegal, invasión en áreas de protección de nacientes, ríos o quebradas, etc.) o frente al peligro de daño ambiental e inminencia de nuevos actos, a modo de medida cautelar innovativa o de no hacer, se ordena el cese de conductas, para que se detenga la actividad dañina y prevenir nuevos daños. El análisis de los presupuestos

⁶⁷ Algunos votos que hacen alusión a estas condiciones del paso son: 694-2007, 445-2008, 459-2008, 246-2010, 1029-2010, 1432-2011, 1118-2016 y 1133-2016.

⁶⁸ Algunos votos relativos a este tema son: 689-2006, 499-2007, 750-2007, 334-2008, 438-2008, 585-2009, 637-2009, 90-2010, 146-2010, 426-2010, 650-2010, 708-2010, 725-2010, 788-2010, 895-2010, 169-2011, 1134-2011, 1172-2011, 819-2012, 1195-2012.

propios de las medidas cautelares varía pues debe considerarse el principio de prevención y precaución, lo cual obliga a demostrar tan solo de forma indiciaria que la actividad reclamada puede causar daños al ambiente. Esto implica que la carga de la prueba en materia ambiental es diversa e inversa al régimen tradicional aplicada en temas de responsabilidad civil, pues es el desarrollador de una actividad el obligado a acreditar por las formas técnico-científicas y legales que sus acciones no afectan el medio ambiente (ej. con un estudio de impacto ambiental). No es al cautelante en quien recae esa carga probatoria (consúltese voto 693-2015).

En cuanto a la materia forestal, en determinadas circunstancias se presenta un fundado temor de una explotación irracional de una plantación de árboles o del mal manejo de un aprovechamiento forestal. Generalmente en estos casos se discute si existe o no un plan de manejo forestal para la corta de los árboles, a quién le pertenece la madera cortada, o bien, que no se elimine el recurso forestal de un bien, ilegítimamente ocupado por un tercero. Por vía de medida cautelar se pide: a) se suspenda el plan de manejo forestal y la actividad de corta; b) se ordene el secuestro, depósito y venta de la madera cortada.

En materia de protección de recurso hídrico, tratándose de la actividad agraria, existe un interés superior en que los fundos cuenten con acceso al recurso agua.

A continuación, se pasa a exponer los casos más relevantes en cada una de estas tres disciplinas:

| | ASPECTOS PRINCIPALES EN RELACIÓN CON MEDIDAS CAUTELARES AFÍNES A RECURSOS AMBIENTALES, FORESTALES E HÍDRICOS | Nº voto |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------|
| AMBIENTAL | Terreno inferior que naturalmente recibía las aguas de uno superior taponeó el paso de agua, originando estancamiento y daños a plantación de palmito. Cautelarmente se ordenó reapertura del caño cerrado y no afectar naciente. | 1244-2011 (ordinario) |
| | Deniega medida porque áreas de protección hídrica no han sido afectadas con talas. | 77-2006 |
| | No talar, socolar e introducir nuevos cultivos en área de protección. Deben restaurar áreas de protección. | 783-2003 (Medida Anticipada) |
| | En terreno en conflicto hay una socola y un crique, por lo que | 106-2008 (Medida |

| | | |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| | se ordena al demandado talar para evitar deslizamientos. | anticipada) |
| | Frontera agrícola invadió terrenos de aptitud forestal, por lo que se ordena no cambiar uso del suelo. | 617-2009 (Ordinario) |
| | No socolar, eliminar árboles en bosque y se ordena testimoniar piezas al Ministerio Público. | 632-2009 (Ordinario) |
| | Se ordena no cortar árboles y se le comunica al MINAE que debe suspender todo tipo de permiso de corta. | 680-2009 (Ordinario) |
| | Por existir cuatro árboles talados en la finca, se testimonian piezas al Ministerio Público. | 731-2009 (Ordinario) |
| | Diques en mal estado que pueden ocasionar inundaciones. Cautelarmente a los demandados proceder a repararlos. | 710-2010 (Medidas Anticipadas) |
| | En terreno sujeto a Contrato de Pago por Servicios Ambientales existen indicios que los demandados cortaron bosque, humedales y canalizaron aguas para actividad ganadera. Se les ordena abstenerse de talar, extraer madera, zanjar, drenar, desecar humedales, crear pastizales en áreas forestales, quemar vegetación y tener ganado, así como cambiar el uso. Deben retirar ganado de áreas de protección. | 860-2010 (Ordinario) |
| | Demandados mantienen cultivo de piña que pelagra contaminar mantos acuíferos; cautelarmente se ordena rendir diagnósticos de impactos ambientales, listas de áreas de protección eliminadas y permisos del MINAE, propuesta de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas, análisis de aguas, informar de dónde toman el agua para el riego, plan de manejo de desechos sólidos, plan de control de vectores, entre otros. | 915-2010 (Ordinario) |
| | No construir cerca de riachuelo ni cortar árboles. | 863-2012 (ordinario) |
| | Ante afectación de naciente, se ordenó a los demandados reforestar el área de protección con especies nativas y limpiarla de basura. | 716-2014 (Ordinario) |
| | Debido a concesión de extracción de materiales del río, se afectó el cauce, la vegetación circundante. Se ordenó suspender los trabajos realizados en los márgenes de la propiedad de la actora para proteger recurso natural. | 693-2015 (Ordinario) |
| FORESTAL | Actora demandó que madera le pertenece a causa de contrato. Se acogió que el cautelado venda el producto forestal, pero haga un inventario y avalúo con regente forestal y deposite lo obtenido al juzgado. | 550-2006 (Ordinario) |
| | Medidas cautelares no solo son en garantía de las partes sino también en garantía de los intereses públicos, por lo que se le previno a ambas partes no cortar árboles en la franja que está en <i>litis</i> . | 684-2007 (Ordinario) |
| | Se autoriza aprovechamiento forestal para no suspender actividad extractiva de madera. Pero se ordena depositar el producto al juzgado. | 65-2008 (Ordinario) |

| | | |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|
| | Se ordena no ampliar área de corta de madera y limitarse a la zona de aserradero | 358-2008 (Ordinario) |
| | No se permite cortar madera porque se le puede restar el valor venal al terreno y se desmejoraría la finca. | 678-2012 (Ordinario) |
| | Se ordena a parte demandada dar mantenimiento a plantación forestal para evitar que se desmejore. | 925-2013 (Ordinario) |
| AGUAS | Se prohíbe al actor ingresar al terreno en conflicto, pero se le autoriza a dar mantenimiento a la tubería que transporta agua desde la quebrada hasta su casa. | 614-2010 (Ordinario) |
| | Se ordena a los demandados abrir llaves que conducen el agua desde el río hasta el tanque de captación que abastece al actor, para que este asista su cultivo y beneficio de café. | 673-2010 (Interdicto) |
| | Se permite al actor pasar por sendero de la finca del demandado para dar mantenimiento a un acueducto comunal. | 1130-2010 (Interdicto) |
| | Al dividirse un terreno, una de las áreas cultivadas se le cerró el acceso al agua y cautelarmente se ordenó rehabilitarlo para sostener producción de helechos, sin juzgar si existía concesión o servidumbre alguna. | 408-2012 703-2015 (Ordinarios) |
| | Demandado hizo canal en su finca para drenar aguas llovidas, lo pasó por debajo de la vía pública con alcantarillado y lo conectó con canal de los demandados. Cautelarmente se ordenó que tapara esa alcantarilla. | 199-2015 (Medidas anticipadas) |

2.3.12 Medidas cautelares relacionadas con Propiedad Intelectual.

Aunque escasamente, el Tribunal Agrario también ha incursionado en la adopción de medidas cautelares relacionadas con conflictos de propiedad intelectual. Es importante recordar que en esa materia la tutela cautelar se encuentra sistematizada y regulada en la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039, del 11 de octubre del 2000.

En los últimos once años, el Tribunal emitió al menos tres resoluciones sobre este tópico, las cuales brevemente se comentan:

a) **Voto 173-F-2011:** Se trata de una Medida Cautelar Anticipada en la cual el demandado exportaba choyotes en cajas que aparentemente tenían la misma marca, logo y diseño de la actora. El TA confirmó prohibir el uso de toda imagen y diseño que tenga que ver las cajas existentes en empacadora y en bodegas de la cautelada.

b) **Voto 840-F-2011**: Dentro de un proceso Sumario de competencia desleal entre dos empresas fitomejoradoras de variedades de semillas de girasol, la actora solicitó medidas cautelares, por considerar que los demandados (ex-empleados suyos) crearon una empresa en la cual están aparentemente produciendo y comercializando semillas de girasol de una variedad idéntica a la suya, procurando atraer parte de la clientela de la actora. Como medida cautelar se ordenó un embargo preventivo y se impartió una orden de suspensión de la producción, empaque y venta de semillas que pudieran estar realizando los demandados.

c) **Voto 666-F-2012**: Dentro de un proceso Ordinario, la actora alega que fue creadora originaria del Programa Amigable con el Cambio Climático, el cual las demandadas están usando. Pide suspender ese uso y decretar embargo. El TA anuló por falta de fundamentación y porque no se pidió la caución para el embargo.

2.4 Caución y Contracautela a la luz de los votos del Tribunal Agrario

Se ha encontrado un total de 39 resoluciones que hacen referencia al vocablo “caución” o a la voz “contracautela”.

Al respecto debe recordarse que, en regla de principio, **la caución o garantía** tiene como función crear una cierta paridad o equilibrio entre las partes, estableciendo anticipadamente un monto que responda a los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar puede causar. Es decir, como las medidas cautelares pueden producir daños en la persona o patrimonio de quién las soporta, se fija una **garantía para responder por esos menoscabos que se le produzcan a la parte contraria**. Se trata de un resguardo, que en modo alguno establece límites o monto máximo de lo que se puede indemnizar.

Aunque la doctrina tradicional sobre el tema y mucha legislación comparada, imponen que la caución es un requisito de procedibilidad de las medidas cautelares, es importante aclarar que, en materia agraria, la caución no se ha tenido como una exigencia para conceder la medida. Ello se debe a que, ni la LJA ni el CPC actual prevén deba cumplirse con ese requerimiento en

medidas cautelares atípicas. Pero, principalmente, la razón estriba en que en materia agraria rige el principio de gratuidad. Ha sido por disposición legal (caso del embargo preventivo), o por criterio judicial (cuando se trate de las atípicas) que, para evitar abusos o garantizar el debido proceso, se han ordenado medidas con el requisito de ofrecer una caución o garantía.

Por su parte, técnicamente una **contracautela o contragarantía** se utiliza como una posibilidad a favor del cautelado para **levantar las medidas cautelares** ya decretadas. En materia agraria, el obligado a cumplir con la medida en algunos casos ha ofrecido contracautelas para levantar las medidas.

De seguido se presentan las resoluciones que ilustran lo comentado:

| CAUTELAS Y CONTRACAUTELAS IMPUESTAS POR EL TA | Nº voto |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| Se ordena suspender puesta en posesión de un proceso de Ejecución Hipotecaria y se ordena una “contracautela” de \$102.492.42 o una garantía equivalente. | 854-2007 |
| Se autorizó aprovechar plantación forestal y como “contracautela” se impuso que deposite el monto total de lo obtenido con la venta de la madera. | 859-2007 |
| Se suspendió Desalojo Administrativo y como “contracautela” se impuso no introducir más cultivos de los existentes ni realizar actividad que altere las condiciones del fundo sin autorización del Juez. Se impuso además una garantía de ¢1.000.000,00. | 147, 148, 156, 157, 158, 159, 161 y 178-2008 |
| Se permite el paso y se impone como “contracautela” no realizar la ninguna obra que perjudique la posesión pacífica del demandado. | 152-2008 |
| Se le autorizó continuar con la continuación de la actividad empresarial de cultivo de palma aceitera y como “contracautela” se le impuso depositar al juzgado \$ 81.350,66. | 577-2008 |
| Se le permite al cautelante aprovechar plantación de melina, pero como “contracautela” se le impuso depositar al juzgado ¢16.896.648,00. | 878-2008 |
| Se suspendió desalojo Administrativo y como “contracautela” se le impuso no hacer mejoras, construcciones, variar carga animal o acopiar materiales de construcción. | 243-2009 |
| Se suspende actividad de extracción de madera que realizaba el demandado, pero se le impuso al actor una “contracautela” de ¢14.000.000,00 | 276-2010 |
| Se otorga paso y como “contracautela” se ordena rendir informes de administración. | 426-2010 |
| Se ordenó al demandado abstenerse de perturbar al actor en la posesión del área en conflicto y como “contracautela” se le ordenó al actor depositar una garantía de \$5.000,00. | 712-2010 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| Se autorizó al demandado continuar con la producción, pero como "contracautela" se le impuso depositar ¢100.000,00 (se modificó la petición cautelar). | 934-2010 |
| Se le autorizó al actor ingresar al terreno en <i>litis</i> a darle mantenimiento y corta del cultivo de palma y como "contracautela" se le impuso el depósito de los dineros que genere la venta del producto. | 1163-2010 |
| Se le autorizó a la actora continuar con la posesión, pero se le ordenó como "contracautela" no introducir más cultivos, construcciones y depositar una caución de ¢1.000.000,00 . | 539-2011 |
| Se le autorizó al actor continuar con la producción de palma aceitera y como "contracautela" se le impuso entregar informes bimestrales de gastos. | 540-2011 |
| En proceso de competencia desleal se ordenó la suspensión de la producción, empaque y venta de semillas de girasol fitomejoradas pero se impuso una "caución o contracautela" de ¢4.000.000,00 . | 840-2011 |
| Suspende aprobación de remate de proceso de Ejecución Hipotecaria y se impone como "contracautela" ¢50.000.000,00 o garantía equivalente en el juzgado. | 1253-2011 |
| Se suspende proceso ejecutivo y se ordena como "contracautela" abstenerse de levantar construcciones, realizar cultivos, alterar la naturaleza y cada actor debe depositar en un mes ¢2.000.000,00 para garantizar posibles daños y perjuicios. | 1431-2012 |
| Se autoriza a los actores a dar mantenimiento al cultivo de plátano y como "contracautela" se impuso no introducir cultivos, no hacer construcciones, no talar árboles. | 356-2013 |
| Se autoriza a abrir accesos hacia complejo turístico y se impuso como "contracautela" ¢50.000.000,00 | 419-2013 |
| Se le permite el paso, pero como "contracautela" debe depositar ¢500.000,00 por los daños que cause. | 231-2014 497-2014 |
| Se le permite el paso, pero como "contracautela" debe depositar ¢50.000.000 por eventuales daños. | 487-2014 |
| Se suspende desalojo y como "contracautela" no introducir mejoras, no accesiones, no animales, no construcciones. | 1121-2014 |
| Se le permite el paso al actor y como "caución" se impuso depositar el juzgado el 10% de la cuantía del proceso ordinario . | 1191-2014 |
| Se le previno a la parte demandada abstenerse de realizar mejoras, accesiones, cambiar el uso del suelo y depositar los alquileres. Como caución se le impuso al actor ¢1.500.000,00 , que corresponden a un 25% de la estimación de la demanda. | 584-2015 |
| Se le permitió al actor continuar con el cultivo de café, pero se le impuso "contracautela" de rendir informes semestrales. | 618-2015 |
| Se le autoriza al actor a cosechar la producción en la finca y se confirma que debe depositar lo que le genere la venta, pero como "contracautela" se le impone que rinda informes. | 665-2015 |
| Se le permite el paso, pero como "contracautela" debe depositar ¢2.500.000 por eventuales daños | 1080-2015 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| La contracautela no se fija de acuerdo con la estimación de la demanda y se confirmó mantener una caución de \$50.000,00 . | 174-2016 |
| Se le autorizó a la actora continuar el mantenimiento de los cultivos, pero como “contracautela” se le impuso depositar \$60.000,00 . | 716-2016 |
| Se suspende desalojo administrativo y como “contracautela” se impuso rendir informes. | 1083-2016 |
| Se le permite el paso, pero como “contracautela” que solo el actor, familiares y trabajadores pueden ingresar. | 1133-2016 |

Un aspecto relevante que se deriva de las resoluciones citadas en el cuadro anterior es que el Tribunal Agrario, usando una terminología distinta -y si se quiere confusa- a la que propone la doctrina y la normativa del NCPD, ha impuesto a título de “contracautela” montos dinerarios y obligaciones de hacer y no hacer a cambio de conceder ciertas cautelas. Evidentemente, exigir un monto económico para responder por los daños y perjuicios que pueda ocasionar la cautela corresponde a un supuesto de caución o garantía y no a una contracautela, que más bien se emplea como condición para levantar una medida cautelar. En este sentido se opina que el criterio del Tribunal Agrario debe revisarse para evitar no solo imprecisiones técnico-jurídicas de cara a la teoría general de la tutela cautelar, sino para procurar que las personas usuarias entiendan de forma más sencilla lo que se ordena o prohíbe a cambio de una medida cautelar.

Por otra parte, de las 39 resoluciones examinadas, tan sólo 4 hacen alusión al vocablo “caución” y 3 a la voz “garantía”, en las cuales sí se considera que se aplicó correctamente el instituto de la caución.

TIPO DE PROCESO DONDE SE HA DICTADO UNA CONTRACAUTELA

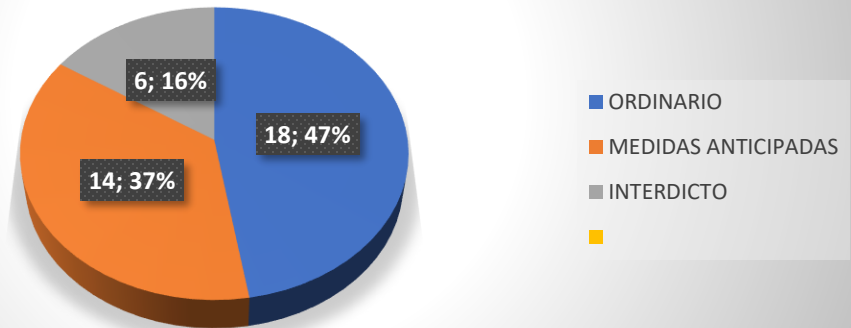


Ilustración 13

Fuente: elaboración propia

TIPO DE MEDIDA EN LA CUAL SE CONOCIÓ UNA CONTRACAUTELA O CAUCIÓN

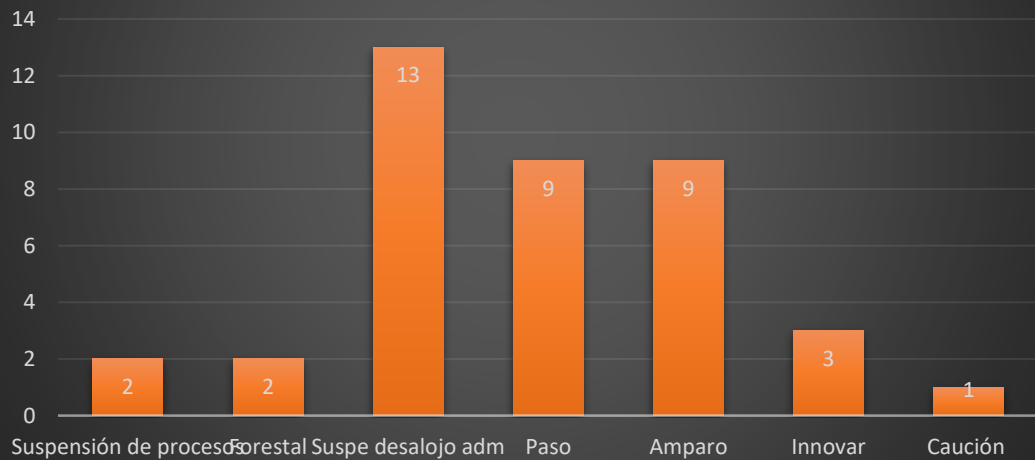


Ilustración 14

Fuente: elaboración propia

De las 39 resoluciones analizadas se dictó una caución o contracautele en los tipos de medidas señalados.

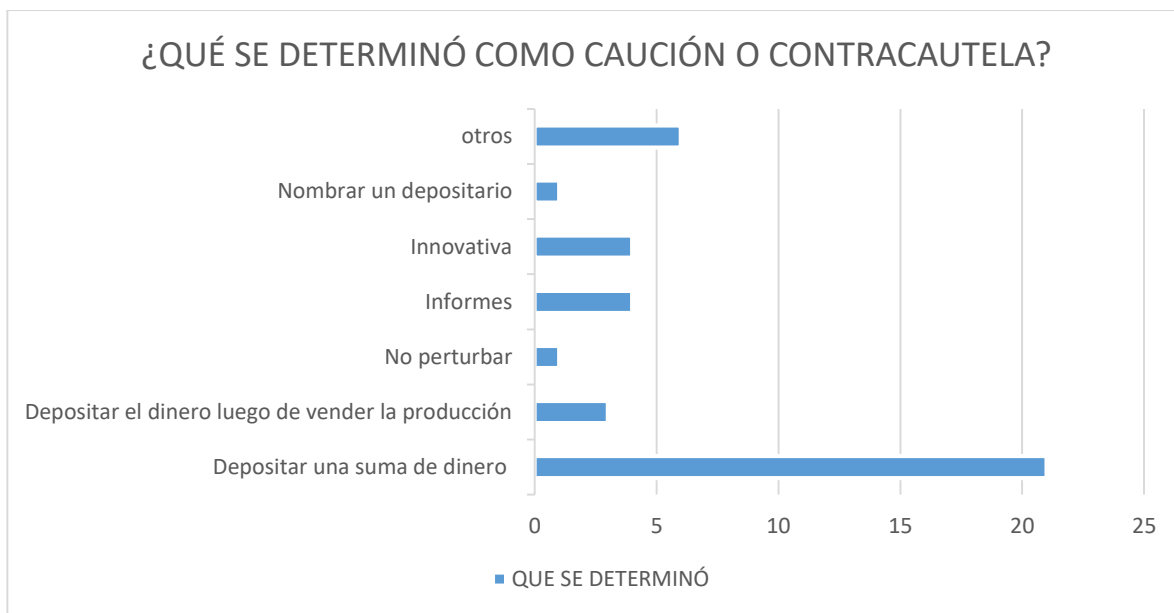


Ilustración 15

Fuente: elaboración propia

Es importante mencionar que se ha ordenado depositar tanto en dólares como en colones.

2.5 Aspectos procesales acerca de las medidas cautelares analizadas

Partiendo de la clásica división entre medidas típicas y atípicas⁶⁹, según estén o no expresamente tipificadas en la ley procesal agraria (Ley de Jurisdicción Agraria, Código Procesal Civil actual, e inclusive normas cautelares del Código Procesal Contencioso Administrativo), para tramitar y resolver una medida cautelar en sede agraria, se contemplan al menos **dos alternativas de procedimiento a seguir**:

- a) Un procedimiento expedito para las medidas típicas del embargo preventivo y la anotación de demanda. Básicamente, para el embargo preventivo, debe prestarse una garantía dineraria o equivalente suficiente, al tiempo que para la anotación de demanda debe demostrarse que se está ante los supuestos que prevé el artículo 468 del Código Civil.

⁶⁹ En general, las medidas cautelares atípicas están dispuestas en el numeral 242 del Código Procesal Civil y se dictan aún de oficio cuando "**hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación**" (sic).

b) Un procedimiento sumarísimo previo a la adopción o rechazo de las medidas atípicas, consistente en la presentación de una solicitud fundamentada, donde se indiquen los motivos y objetivos de la cautela, se indique una pretensión concreta y se ofrezca la prueba útil para su acogimiento. Una vez identificado que la solicitud reúne tales requisitos, se ordena:

1. Dar traslado a la contraparte para que se refiera a lo solicitado y ejerza su derecho de defensa. Luego se practicará la prueba pertinente ofrecida.
2. Proceder "*inaudita altera partium*", esto es, recabar prueba acerca de la medida cautelar⁷⁰ y resolver admitirla o denegarla, luego de lo cual se dará participación a la parte contraria, a fin de que se refiera a la prueba practicada y a la decisión tomada por la persona juzgadora, procediendo al efecto a interponer recurso de apelación para ante el Tribunal Agrario, quien conocerá en última instancia sobre el destino de la medida requerida. Lo anterior, salvo en casos donde la resolución de la medida cautelar no se adopte dentro de los ocho días siguientes al reconocimiento, pues en tal evento, se debe notificar a la parte contraria del contenido del reconocimiento de acuerdo con el artículo 251 del CPC.

En cuanto al tema probatorio, interesa destacar que el juez puede asesorarse de peritos o evacuar las pruebas necesarias para constatar los presupuestos de las medidas solicitadas. Singularmente, se ha determinado que hacer un reconocimiento en el lugar de los hechos es primordial y en la generalidad de los casos se realiza. Dependiendo de la complejidad, se pueden ordenar otras pruebas específicas relacionadas con el objeto debatido, en el tanto sean necesarias para resolver correctamente la medida.

En cuanto al tema de la ejecutabilidad de la medida, no puede perderse de vista que lo ordenado en ella es de cumplimiento obligatorio y acatamiento inmediato, indistintamente que el pronunciamiento del Juez sea o no impugnado por la parte perjudicada. Ya se adelantó en el capítulo anterior que esta ejecutabilidad inmediata se contempla en el artículo 97 del NCPC.

⁷⁰ Según el Tribunal Agrario, "(...) la diligencia de reconocimiento judicial para resolver una medida es un requisito sine qua nom en la jurisdicción agraria, por cuanto el juez agrario debe comprobar en el sitio la urgencia y la necesidad de la medida solicitada". (voto 531-2016).

En cuanto al tema de los recursos, desde vieja data, el Tribunal Agrario concedió posibilidad de apelación a la resolución que conceda o rechace una medida cautelar (como antecedente consúltese el voto 361-1997⁷¹). El plazo para apelar es de tres días según el artículo 57 de la LJA. El cómputo de este plazo, acorde a la doctrina de los “plazos comunes” del artículo 145 del CPC actual (art. 30.5 del NCPC), corre a partir de notificadas todas las partes. En la práctica, el Tribunal Agrario ha dicho que es prematuro admitir o rechazar el recurso de apelación, si aún no se ha notificado a la parte contraria, esto pese que incluso la cautela haya sido denegada, lo cual impone fundar que en los casos donde la medida cautelar se haya tramitado sin la participación de la parte contraria, el plazo para que el cautelante impugne el rechazo se extiende hasta luego de notificada su contraparte. En criterio particular, el no apelar dentro de los siguientes tres días al rechazo, podría bien interpretarse como una falta de interés para apelar, no obstante, evidentemente esta no es la línea jurisprudencial del Tribunal Agrario. Más adelante se detallarán las vicisitudes más relevantes en relación con el régimen recursivo de las medidas cautelares conocidas por el Tribunal Agrario (falta de fundamentación, extemporaneidad, entre otras temáticas relevantes).

A lo que sí no se le ha dado posibilidad de alzada es a las resoluciones que ejecutan lo concedido en una medida cautelar, pues ello iría en contra del principio medular de coercibilidad de la decisión jurisdiccional, reabriendo debates sobre asuntos dictaminados en firme.

En cuanto al manejo del expediente, dada la coyuntura que en estos días afronta la Administración de Justicia costarricense, en su tránsito de la gestión física de expedientes a la gestión judicial electrónica, reviste especial relevancia resaltar que todos los juzgados agrarios del país pasaron a un modelo de tramitación totalmente digital, por lo cual: 1) Para tramitar las medidas cautelares, los despachos no deben abrir una carpeta electrónica independiente al expediente principal, sino que lo hacen junto al resto de actuaciones y resoluciones y; 2) En caso de admitirse un recurso de apelación contra lo resuelto en la medida, se

⁷¹ Sobre la evolución de los recursos en las medidas cautelares agrarias consúltese: Ulate Chacón, Enrique (2009). **Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria**. San José, Costa Rica, Editorial Cabalsa, pp. 646-648.

realiza un proceso de “itineración” que consiste en crear una carpeta con el mismo número del expediente principal en la cual se incorpora únicamente la resolución apelada y se envía al Tribunal electrónicamente. Para que Tribunal Agrario pueda acceder al expediente electrónico principal, se autorizan permisos de consulta o “visor” para los jueces de ese órgano. Ahora bien, cuando el expediente es híbrido, es decir, comprende actuaciones físicas y electrónicas a la vez, en caso de presentarse apelación contra la resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar, sí se deberá enviar el expediente físico.

| TEMAS PROCESALES RELACIONADOS CON LAS MEDIDAS CAUTELARES ANALIZADAS | Nº voto |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| Medidas cautelares tienen recurso de apelación en efecto devolutivo. | 269-2006, 306-2015 |
| Rechaza incidente de levantamiento si no cambiaron las circunstancias. | 485-2006 |
| Excepción de falta de competencia no cabe en medida cautelar anticipada. | 92-2008, 1241-2011 |
| Aunque la competencia no esté definida, debe resolverse la medida. | 1191-2014 |
| Ordena recibir prueba testimonial y pericial del cautelado. | 510-2008 |
| No presenta demanda dentro del mes siguiente a la medida tomada. | 106-2007, 131-2007, 137-2007, 147-2007, 495-2010, 447-2012 |
| Las medidas anticipadas, una vez presentada la demanda, deben acumularse. | 727-2012 |
| Medida cautelar se ejecuta inmediatamente, sin que esté firme. | 46-2014, 435-2014 |
| Primero hacer reconocimiento y luego resolver la medida. | 388-2015 |
| Medida cautelar no se puede conocer en única instancia (existe criterio encontrado en voto 400-2007). | 629-2015, 644-2015, 1099-2015 |
| Juez no puede volver a resolver sobre medida cautelar acogida, sino que debe ejecutar su apercibimiento | 1187-2015 |
| Incompetencia jurisdiccional impide conocer medida en materia de aguas. | 1295-2015 |
| Conflicto arbitral no impide se conozcan medidas en sede judicial. | 947-2016 |
| Demanda se puede presentar dentro de la misma carpeta electrónica de la medida cautelar anticipada. | 1099-2016 |
| Reconocimiento judicial en medida cautelar: forma de realizarlo. | 281-2015 |
| No se admite <i>efectos videndi</i> prueba documental. | 481-2015 |
| Si ambas partes apelan, se entiende que la medida no se ha ejecutado por lo que el plazo para la presentación de la demanda no | 43-2007 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| ha empezado a correr conforme al art. 243 CPC. | |
| No procede modificar medida cautelar que no esté firme. | 500-2007 |
| Es posible llegar a acuerdos conciliatorios para la adopción de medidas cautelares. | 141-2014 |
| Si el plazo de vigencia de la medida cautelar está limitado, vence, aunque no se haya notificado a la contraparte. El plazo que imponga el tribunal y es prorrogable por las partes. | 283-2013, 863-2014 |
| Plazo para presentar la demanda corre a partir que se acoge la medida. | 727-2016 |
| Se puede ampliar la pretensión cautelar en el reconocimiento judicial. | 487-2014 |
| En medidas cautelares no se resuelven costas. | 1119-2014 |
| No es procedente el dictado de medidas cautelares en etapa de ejecución. | |
| Correcciones de errores materiales. | 219-2008, 220-2008, 231-2008, 234-2008, 236-2008, 237-2008 |
| Competencia preventiva: Tratándose de medidas cautelares de carácter urgente, la competencia preventiva faculta a "cualquier juzgador" a adoptar las medidas necesarias para prevenir el daño o como actos preparatorios. | 134-2016 |

| MOTIVOS REITERADOS DE RECHAZO DE APELACIONES | Nº voto |
|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| No se identifica correctamente resolución impugnada. | 104-2006, 1209-2006, 1210-2006, 503-2016 |
| Extemporáneo (fuera de los 3 días). | 106-2006, 113-2008, 186-2010, 308-2010, 170-2011, 5-2013, 646-2013, 164-2014, 176-2014, 616-2014, 133-2015, 1130-2015, 1179-2015, 514-2016, 726-2016, 831-2016 |
| Tercería y no incidente para levantar la medida. | 488-2006 |
| Resolución que deniega suspender medida por prejudicialidad carece de apelación. | 107-2007 |
| Falta de motivación del recurso. | 341-2007, 624-2007, 769-2009, 330-2011, 148-2011, 148-2014 |
| Embargo no tiene apelación. | 47-2009, 997-2013, 998-2013, 1041-2016 |
| Resolución no notificada a todas las partes. | 1189-2010, 995-2012, 163-2014, 207-2014, |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| Resolución que ejecuta medida no tiene recurso. | 143-2013, 376-2013 |
| No procede solicitud de medida cautelar dentro de gestión de apelación por inadmisión. | 206-2015 |

Es destacable que, de las 1081 resoluciones, existe un importante número de resoluciones que se abocan a conocer **solicitudes de adiciones y aclaraciones** respecto de votos que emite el Tribunal acogiendo o rechazando medidas cautelares. En concreto, se encuentran **36 resoluciones** de este tipo, de las cuales únicamente 5 acogen la solicitud y el resto han sido denegadas.⁷²

También existe un considerable índice de votos (**25**) que conocen de **recursos de revocatoria** contra los mismos votos del TA, que -sin excepción- han sido rechazados con fundamento en los artículos 58 y 59 de la LJA.⁷³

2.6 Motivos de Nulidad relevantes de las Medidas Cautelares analizadas

Las resoluciones sobre medidas cautelares no están exentas de conllevar vicios de nulidad. En ese sentido el Tribunal ha resguardado que no se violente el debido proceso, el derecho de defensa y el contradictorio, además del acceso a la prueba y demás garantías de las partes involucradas en el conflicto.

De una revisión general de los votos emitidos en los últimos once años, se desprende que el Tribunal Agrario ha anulado un total aproximado de cien resoluciones. En el primer gráfico de este capítulo, se ilustró la cantidad de resoluciones por año que ha emitido ese órgano. Haciendo un comparativo entre la cantidad de votos emitidos y la cantidad de votos anulados por año (ver gráfico adjunto n° 12), se corrobora que ha venido en aumento la cantidad de votos emitidos en cuanto al instituto de las medidas cautelares, no así las nulidades sancionadas, lo que revela que se está dando una aplicación

⁷² Las solicitudes de aclaración y adición acogidas corresponden a los votos 210-2008, 618-2009, 968-2010, 842-2013, 246-2015. Las rechazadas, por su parte, son: 411-2006, 2007-2008, 380-2008, 460-2008, 631-2008, 665-2008, 796-2010, 806-2010, 884-2010, 1009-2010, 1015-2010, 582-2011, 1095-2011, 1496-2012, 1500-2012, 101-2013, 249-2013, 606-2013, 501-2014, 1018-2014, 1084-2014, 1203-2014, 93-2015, 276-2015, 820-2015, 1094-2015, 158-2016, 853-2016, 1097-2016, 1152-2016, 1172-2016.

⁷³ Estos votos son: 461-2006, 955-2007, 209-2008, 739-2008, 1084-2010, 1128-2010, 1191-2010, 91-2012, 597-2012, 153-2013, 248-2014, 595-2014, 1085-2014, 353-2015, 354-2015, 373-2015, 399-2015, 400-2015, 1118-2015, 492-2016, 557-2016, 717-2016, 2017-2016, 1197-2016.

adecuada de la tutela cautelar, sin violentar principios fundamentales del debido proceso y de acceso a la justicia.

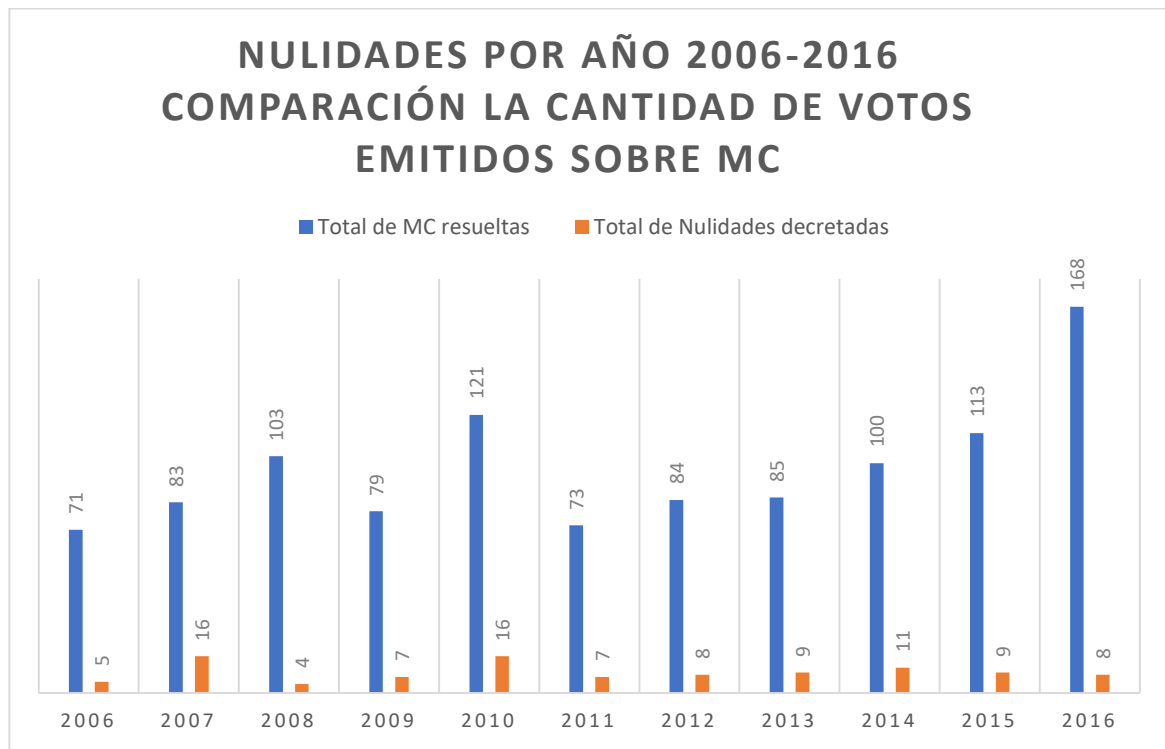


Ilustración 16

Fuente: elaboración propia

Se pasa ahora a presentar los principales motivos de nulidad que se han puntualizado en la mayoría de las susodichas 100 resoluciones anulatorias emitidas entre 2006 y 2016.

| | Nulidades con las medidas cautelares analizadas | Nº voto |
|----------------------|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| INCONGRUENCIA | No se resolvieron todas las solicitudes de medidas cautelares. | 55-2006, 620-2013, 669-2014, 768-2014, 826-2015 |
| PRUEBA | Se resolvió medida sin reconocimiento judicial. | 281-2010, 348-2010, 800-2010, 925-2012, 598-2013, 215-2014, 484-2014, 768-2014, 928-2014, 1057-2015, 507-2016 |
| | Se resolvió medida sin haberse puesto en su | 194-2006, 785-2007, 848-2007, |

| | | |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | conocimiento el reconocimiento o no habersele notificado el señalamiento. | 849-2007, 488-2010, 20-2011, 918-2012, 994-2010, 1428-2012, 1019-2015 |
| | Acta de reconocimiento es dudosa. | 906-2009 |
| | Reconocimiento Judicial no se valoró en la resolución emitida. | 163-2015 |
| | Acta de reconocimiento no consta en el expediente. | 68-2010 |
| | Se resuelve medida con base en fotografías sin corroborar si corresponde al fundo en litigio. | 286-2011 |
| | No valoró toda la prueba. | 675-2015 |
| | Se resuelve medida con prueba no debidamente incorporada al expediente y no puesta en conocimiento de las partes. | 933-2007, 649-2015 |
| | Se resolvió medida sin recibir prueba. | 651-2006, 548-2007, 712-2007, 765-2009, 630-2011 |
| | No se fundamentó ni se analizaron los presupuestos. | 847-2006, 508-2007, 611-2007, 616-2007, 692-2007, 787-2007, 851-2007, 977-2007, 1036-2007, 88-2008, 507-2016, 126-2008, 901-2009, 156-2010, 729-2010, 776-2010, 812-2010, 776-2010, 533-2011, 666-2012, 955-2012, 1412-2012, 1440-2012, 341-2013, 925-2013, 220-2014, 419-2014, 648-2014, 871-2014, 1056-2014, 651-2015, 183-2016, 507-2016, 571-2016, 784-2016 |
| DEBIDO PROCESO | No se puso en conocimiento la solicitud de medida cautelar. | 698-2007, 525-2009, 907-2009, 1278-2012 |
| | No procede modificar medida cautelar que no esté firme. | 500-2007 |
| | Se resolvió medida sin que antes se aclararan pretensiones y hechos. | 924-2014, 860-2016 |
| | Se resolvió modificación cuando ya había admitido apelación, no teniendo competencia. | 419-2014 |
| | La resolución no está firmada por el Juez. | 746-2010, 553-2010 |
| | Se debe declarar un <i>litis</i> consorcio pasivo necesario antes de resolver medida. | 990-2010 |
| | Se resolvió y se ejecutó de inmediato, sin haber convocado debidamente a la contraparte. Se le notificó en medio erróneo. | 245-2008 |
| | Se anula porque se afectó a quien no era parte. | 194-2006 |

| | | |
|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| ERROR PROCES | Medida se tramitó incidentalmente en pieza separada y no se envió el expediente al Tribunal el expediente principal. | 698-2013 |
| Supuestos en los cuales no se ha considerado que exista nulidad | | |
| | Reconocimiento judicial: no hay nulidad, realizar el reconocimiento sin participación de la parte contraria, ya que el derecho de defensa se garantiza con la posibilidad de recurrir en segunda instancia. | 1257-2015, 175-2015, 1139-2014, 515-2013, 318-2016 |
| | El juez se limitó a fundamentar el acogimiento con base en el resultado del reconocimiento judicial y sólo se refirió al presupuesto de la apariencia de buen derecho, omitiendo analizar el peligro de demora, la residualidad, la accesoriedad, entre otros aspectos básicos para acoger dicha medida. La anterior omisión implica una deficiencia en la fundamentación; sin embargo, dada la naturaleza de las medidas cautelares que exigen pronunciamientos rápidos, y al no haber sido alegadas esas omisiones por parte del recurrente, estima el Tribunal que en este caso deberá emitirse pronunciamiento acerca de la procedencia o no de la medida, en lugar de emitir una nulidad ante la falta de fundamentación, pues esto último generaría mayores atrasos en la resolución de este asunto. | 169-2011 |
| | Recurrente participó del reconocimiento sin protestar que fuera incompleto no por lo que no puede alegar omisiones como motivo de nulidad. | 281-2015 |

En cuanto a la justificación y fundamentación de la resolución que acoge o deniega una medida cautelar, se observa que existe una gran cantidad de resoluciones anuladas por carecer de motivación suficiente. Resulta preocupante pues toda decisión judicial debe ser fundamentada, máxime si se trata de una resolución que impone una medida cautelar. Sobre el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, es importante citar en lo de interés lo expuesto recientemente, y en forma vinculante por la **Sala Constitucional** de la Corte Suprema de Justicia en **voto 5563-2011** de las 14 horas 44 minutos del 3 de mayo de 2011: *"... la debida motivación o fundamentación es en sí misma una garantía procesal necesaria para transmitir a los interesados el contenido pleno de una decisión judicial, al mismo tiempo y esencialmente, para permitirles a través de ese conocimiento el ejercicio de su derecho a la defensa y particular, la Sala ha mantenido invariable su criterio definido en la sentencia 5396-95, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del tres de octubre de mil novecientos*

noventa y cinco...". En igual sentido, en el voto N°7525 de las 15 horas 27 minutos del 12 de noviembre de 1997.

La anulación de una resolución judicial por indebida motivación, o peor aún, por ausencia de fundamentación, causa sensibles perjuicios a la parte que requiere la medida cautelar y que ve negado el acceso a ésta por la incuria del órgano judicial. Recuérdense en materia agraria analizar con profundidad el tema y se proponga procurar explicar de mejor manera el porqué de la adopción o rechazo de la cautela. La tardanza en la tramitación, eventualmente, acarrearía daños de difícil o imposible reparación.

2.7 Final del capítulo

Según los pronunciamientos del Tribunal Agrario analizados, se podría concluir que en la Jurisdicción Agraria los jueces tanto de primera instancia como el Tribunal Agrario han realizado una encomiable labor en la aplicación del artículo 242 del CPC. Según se desprende de la ilustración 5 de este Capítulo, son más las medidas atípicas que se han adoptado en estos once años de estudio, que las típicas. La persona juzgadora agraria ha tenido claro que la competencia material va dirigida hacia la actividad agraria y su estrecha relación con los recursos naturales, y eso se refleja en el tipo de medida adoptado en procura de evitar una lesión irreparable antes de la sentencia de fondo; por ejemplo, las 77 medidas cautelares dirigidas a dar continuidad a la actividad empresarial, 90 prohibición de innovar, contratar, modificar o cesar la actividad, 135 el permitir o no el paso a un inmueble y 175 relacionadas a suspender o no desalojos administrativos, etc.; son estadísticas que ponen en evidencia el gran desarrollo del instituto en esta disciplina.

A manera de conclusión, de lo examinado se distingue que lo resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Agrario finalmente ha encontrado eco en la reforma procesal civil recién aprobada (NCPC). En efecto, las necesidades sociales y económicas que han venido sustentando la adopción de medidas cautelares atípicas en materia agraria, hoy se recoge en mucho en el NCPC, lo cual a su vez apareja concluir que con la entrada en vigor del NCPC, el cual aplicará de

forma supletoria en materia agraria, no se producirá un agudo cambio de paradigma en los operadores jurídicos vinculados a lo agrario, ni para la parte que ya venía acudiendo a este tipo de medidas ni para la persona juzgadora que desde antes venía empleando muchas de esas medidas en su labor de reconocer la tutela cautelar.

El objeto de la materia agraria es bastante dinámico, abarca actividades productivas de diversa índole, que responden a un ciclo biológico animal o vegetal y eventualmente a su industrialización y comercialización, que requieren protección para su encadenamiento, y esto en definitiva se visualizó considerablemente en los resultados concernientes a la medida cautelar de prohibición de innovar, donde las personas juzgadoras han tenido que desarrollar una agudeza técnica importante para determinar cuál es el planteamiento de fondo y acoger, denegar o modificar una medida de esta naturaleza. Y es que conductas como: no cambiar candados, no hacer cercas, no vender, no quemar, no causar daño al cultivo, no hacer movimiento de tierra, no hacer drenajes, no cortar árboles, no podar, no extraer la producción, no hacer pozos, no hacer tapias, etc.; dan la sensación de que el análisis casuístico de este tipo de medida es muy cuidadoso y en todos los casos, la inmediatez derivada del reconocimiento judicial, es lo que determina la imposición de la conducta de no hacer lo que mejor se adapte a las circunstancias y a la vez, propenda a la continuidad de la productividad de los bienes en litigio.

Se patentizó la suspensión de desalojos administrativos; ello es común en materia agraria, atendiendo a que quien ejerce una determinada actividad debe ser protegido ante un acto administrativo que amenace una cosecha, una producción en curso o una actividad económicamente viable. De otra cara, el derecho procesal debe estar al servicio de la realización del derecho de fondo, y en ese sentido el solicitar a través de una medida cautelar la suspensión de un proceso judicial, autónomo e independiente no ha tenido una buena acogida dentro de la jurisprudencia agraria.

Tomando en cuenta la naturaleza de los conflictos en juego, muchas veces no basta con autorizar a alguna de las partes a que continúe con su

actividad, o que cese en ella, sino también se da la necesidad de acoger medidas cautelares que intervengan esa actividad y revelen si está dando resultados económicos positivos, si existen bienes relacionados, etc.; de ahí aparecen recurrentes medidas como rendición de informes de administración, formación de inventarios e intervención y depósito de bienes muebles o inmuebles.

Siendo que para ejercer una actividad agrícola o agroambiental los fundos deben tener como mínimo un acceso, entendiendo por tal aquella área de terreno que da salida suficiente a vía pública al inmueble, la jurisdicción agraria ha analizado en muchísimos casos el otorgar o denegar cautelas donde se discute el bloqueo, obstrucción, apertura a la fuerza, etc. de un acceso; en su seno se propende a que el fundo continúe con la actividad a la que está sometido, sin permitir abusos en el tanto se abran pasos entre fincas que no deben soportarlo.

La producción en general tiene relación con los recursos naturales y además que la competencia material de la jurisdicción agraria incluye la biodiversidad, las actividades agroambientales, etc.; por lo tanto, no en pocas ocasiones se han acogido medidas en relación con el respeto de las áreas de protección de nacientes y ríos, el agua, plantaciones forestales y en general el ambiente.

Finalmente, de aquel arduo recorrido por la jurisprudencia del Tribunal, se extrae que, en el manejo de las medidas cautelares, se ha propendido al respeto del debido proceso y a evitar la nulidad de las decisiones. El TA ha incursionado dando pautas muy claras en cuanto a que efectivamente la medida cautelar debe ser tomada con urgencia pero ello no puede contravenir el derecho de defensa del cautelado; además, a la hora de señalar si se acoge o deniega debe fundamentarse la resolución explicando cuáles son los presupuestos de las mismas, explicando qué hace inclinar la balanza en un sentido u otro; también se busca que las partes en general tengan conocimiento de la prueba ofrecida y evacuada, así como en caso de no estar conforme con lo resuelto protesten su disconformidad ante un órgano superior.

Capítulo III: La Efectividad de la tutela cautelar a la luz de la praxis judicial en la jurisdicción agraria

3.1 Metodología de análisis e importancia del estudio

Un estudio acerca de la tutela cautelar no puede agotarse en el examen de las resoluciones judiciales que la conocen, sino por el contrario precisa investigar su operatividad en el tiempo de su ejecución, y más importante aún su efectividad de cara a las sentencias que resuelven el conflicto. De acuerdo con el principio de funcionalidad relativa las medidas cautelares, estas están dirigidas a cubrir el contenido de la pretensión. A su vez, de conformidad con las características de instrumentalidad y correlatividad, siempre están en función de la pretensión del proceso y le sirven en tanto garanticen la efectividad del derecho que se disputa. En otras palabras, el instituto de la medida cautelar siempre va relacionado con la pretensión principal, pues a través de ellas se busca proteger el derecho de fondo. Dada esa relación indisoluble, entre pretensión cautelar y pretensión principal, en nuestro trabajo se ha decidido responder a la interrogante: ¿Cuál fue el resultado de los procesos agrarios examinados en el segundo capítulo de esta tesis?

Para dar respuesta a la cuestión planteada, se realizará el siguiente análisis: utilizando como base las 1081 resoluciones extraídas para el desarrollo del Capítulo II, se procederá a filtrar las correspondientes a interdictos y ordinarios, no así las de pruebas anticipadas a las que resulta sumamente difícil darles seguimiento, ya que la mayoría se incorporan a un proceso principal que tiene un número de expediente diferente. Tampoco se indaga en resoluciones de otros procesos que, por su baja incidencia, no resultan útiles para dar respuesta a la incógnita planteada.

Ahora bien, en vista de que en los susodichos procesos ordinarios e interdictales, luego de emitida la resolución del Tribunal Agrario relativa a la medida cautelar, siguen tramitándose en los respectivos juzgados de origen y a propósito de darle seguimiento, fue necesario establecer un enlace con cada uno de esos despachos, con el fin de requerir que revisaran uno a uno el estado

actual de los asuntos (trámite, terminado, abandonado en ejecución). Adicionalmente, respecto a los asuntos que estuvieran finalizados se les solicitó informar: el motivo de término (deserción, desistimiento, conciliación o acuerdo extrajudicial, sentencia, falta de integración de la *litis*, entre otros). A su vez, en cuanto a los asuntos que tuvieran sentencia, debían indicar si la sentencia fue estimatoria o desestimatoria.

Producto de esta búsqueda, se logró dar seguimiento a un cuantioso número de casos en el tanto trece de los quince juzgados de primera instancia que conforman la jurisdicción agraria brindaron la información requerida (menos Alajuela y Turrialba). Esto quiere decir que, de los 608 procesos ordinarios que originalmente identificados tenían resoluciones sobre medias cautelares entre el período 2006-2016, fue posible dar seguimiento a 276 de ellos, o sea a un 45.39% del total de esos casos. Por su parte, en cuanto a los procesos interdictales en los cuales se había emitido una resolución de medida cautelar por parte del TA, de los 183 asuntos en esa situación, se logró rastrear 86 expedientes, lo que representa un porcentaje del 46.99% de los casos analizados en el Capítulo II.

Hágase un paréntesis acá para advertir que, a los casos a los cuales se logró dar seguimiento, no todos se encuentran registrados en el sistema de gestión judicial pues algunos de esos juzgados hasta hace poco cuentan con esa herramienta; no todos se encuentran físicamente en los juzgados de origen dado pues muchos han sido trasladados al Archivo Judicial y, además, un índice de esos casos – aunque escaso- permanecen en condiciones de abandono o bien, se desconoce el motivo de término, según lo reportado por cada despacho. Esto se traduce en que finalmente los datos más significativos generados en relación con el seguimiento serán los concernientes a procesos ordinarios e interdictales terminados con sentencia (sea con lugar o sin lugar), conciliación, deserción, desistimiento, no integración de *litis*, cosa juzgada, entre otras. Hasta aquí el paréntesis.

3.2 Resultados obtenidos: casos terminados

Explicado lo anterior, de seguido se pasará a exponer los resultados obtenidos, utilizando la herramienta de gráficos y cuadros comparativos, en los cuales se señalará la cantidad de asuntos por motivo de término:

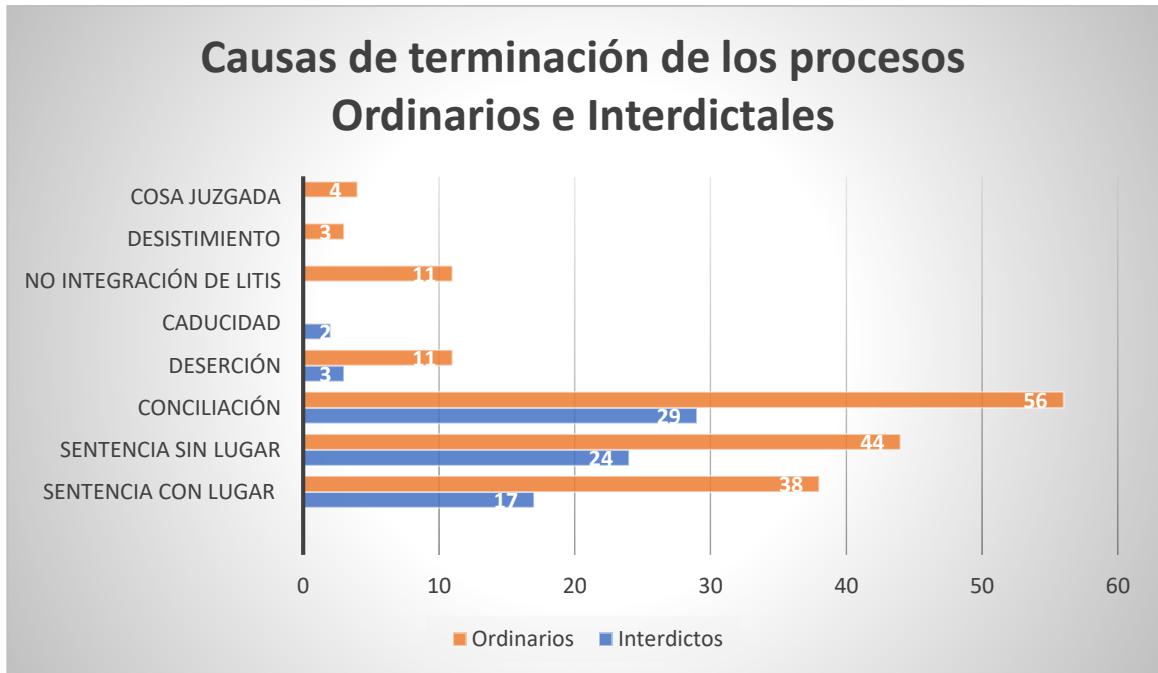


Ilustración 17

Fuente: elaboración propia

A partir de lo reflejado en el gráfico anterior, se concluye que las causas de terminación más considerables son, en su orden: conciliación, sentencia sin lugar y sentencia con lugar. Para efectos de medir la efectividad de la tutela cautelar, se procederá a analizar individualmente esos motivos de término, identificando si en ellos sí rigió o no una medida cautelar, y en caso afirmativo qué implicaciones tuvo para el fondo de lo resuelto. Dado que la estructura procesal y lo debatido en procesos ordinarios e interdictales, resulta distinto, se procederá a hacer ese análisis separadamente.

Como bien puede observarse, los procesos interdictales que están terminados por alguna de las causas expuestas en el gráfico suman 75, mientras que los procesos ordinarios suman 167. A su vez, existen 11 interdictos en

trámite y 109 ordinarios en la misma condición, debiendo tenerse presente estos datos para efectos de los resultados que se presentarán en lo sucesivo.

A continuación, se detalla en cada una de las causas de término mostradas el índice de casos donde se había o no acogido una medida cautelar.

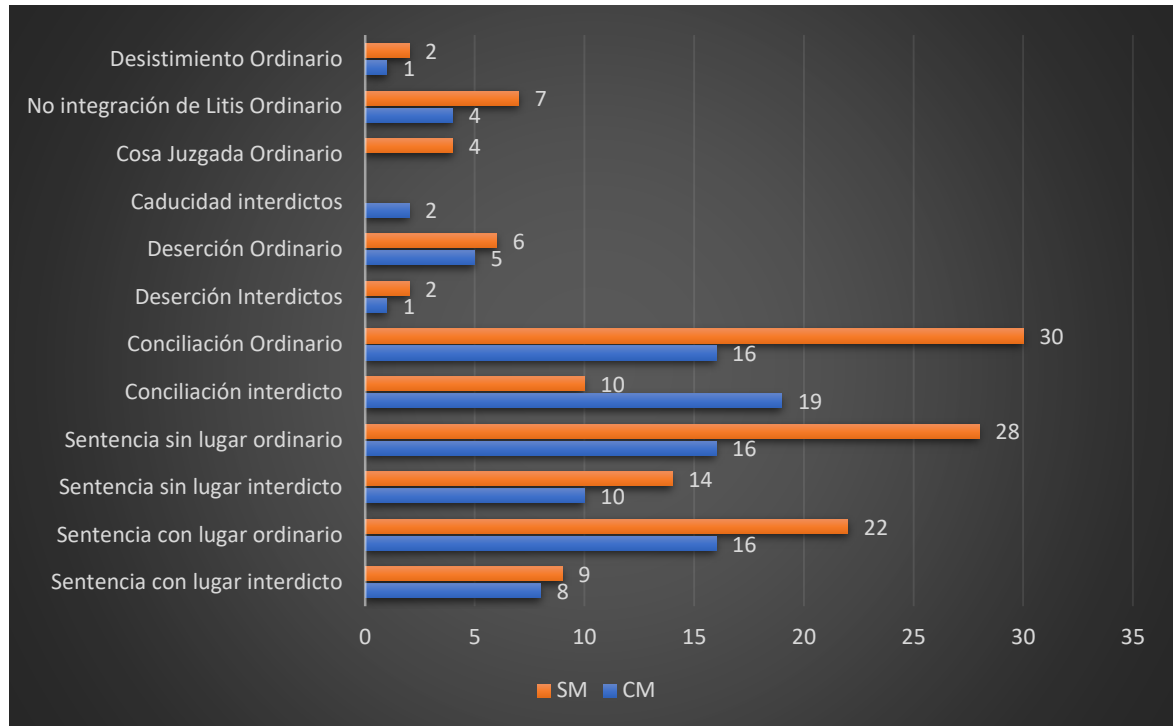


Ilustración 18⁷⁴

Fuente: elaboración propia

Un estudio más detallado de los motivos de término en ambos tipos de procesos nos revela lo siguiente:

a.- En cuanto a los 75 asuntos terminados por conciliación, 35 de ellos mantenían vigente una medida cautelar al momento de término.

b.- En cuanto a los 68 asuntos terminados por sentencia sin lugar, en 26 de ellos regía una medida cautelar al momento de la sentencia.

c.- En cuanto a los 55 asuntos terminados por sentencia con lugar, en 24 de ellos existía una medida cautelar al momento del fallo.

⁷⁴ **SM = Sin medidas cautelares decretadas. / CM = Con medidas cautelares decretadas.**

De lo expuesto, se concluye que, en los procesos donde se verifica la conciliación o bien, se acoge la demanda, existe un alto número de procesos (aproximadamente un 40%) donde las medidas cautelares habían sido otorgadas en garantía de la pretensión principal. Lo anterior permite concluir que en esos procesos la medida cautelar cumplió su fin, resultó efectiva de cara al derecho de fondo. Además, permite indicar que hubo una adecuada valoración del presupuesto de apariencia de buen derecho, en el tanto y en el cuanto en alguna medida la pretensión tuvo éxito al finalizar el proceso.

Por otra parte, en cuanto a los 68 procesos terminados por sentencia sin lugar, interesa destacar que en 42 de ellos se había denegado la tutela cautelar, lo cual conlleva a sostener que el órgano judicial realizó una acertada valoración de la improcedencia de la medida, evitando causarle un perjuicio a la parte demandada y se cometieran abusos en el empleo de la tutela cautelar.

En cuanto a las restantes causas de terminación de los procesos (desistimiento, deserción, integración de *litis* y caducidad), llama poderosamente la atención que en 13 de los 30 asuntos a los que se dio seguimiento, al momento de su finalización existía una medida cautelar vigente. Esto lleva a cuestionar que la parte con la medida y la cual finalmente no fue la responsable en la terminación del proceso, probablemente debió sufrir desde incomodidades hasta daños producto de la interposición de la cautela, sin que en su favor existiera una garantía para responder por los menoscabos causados. Situaciones como las evidenciadas llevan a plantear si la caución es un elemento que considerar en algunos casos para evitar desequilibrios como los apuntados.

3.3 Tiempos de respuesta de la Jurisdicción Agraria en los procesos donde se solicitan medidas cautelares

3.3.1 Situación de los procesos estudiados desde su presentación hasta la fecha de la investigación (julio de 2017).

En cuanto a los interdictos, de los 86 expedientes a los que se les pudo dar seguimiento, existen 11 que se reportaron en estado de “trámite”, de los cuales 7 tienen medida cautelar acogida. Se va a representar dicha información en el siguiente cuadro comparativo, con el fin de patentizar la duración de los procesos:

| Voto del TA | Resolución | Año de inicio del expediente |
|-------------|-----------------------------------------------|------------------------------|
| 371-13 | Confirma acoger- paso | 2012 |
| 972-13 | Confirma acoger- modificar | 2013 |
| 1139-14 | Confirma acoger- paso | 2013 |
| 984-15 | Confirma acoger- prohibición de innovar, paso | 2015 |
| 1080-15 | Confirma acoger- paso, contracautela | 2015 |
| 1257-15 | Confirma acoger- paso | 2015 |
| 411-16 | Confirma acoger- prohibición de innovar | 2015 |

Como se puede apreciar, a julio del año 2017, en que se solicita la información a cada Despacho, existen 4 expedientes interdictales que fueron presentados en el año 2015, tres en el 2013 y uno en el 2012. Estos datos ejemplifican que hay una tardanza en la resolución de los procesos, pues aún no alcanzan tener sentencia, y por tanto, se fortalece la idea de la efectividad de las medidas cautelares ante los prolongados tiempos de duración de los procesos judiciales. Ya se había advertido en el capítulo I que siempre habrá un intervalo largo de tiempo, entre la demanda y la sentencia, lo cual queda evidenciado que hasta en procesos de naturaleza sumaria es una realidad innegable.

En cuanto a los 608 procesos ordinarios a los cuales se les dio seguimiento, esta investigación revela que 109 de ellos aún se encuentran en trámite, es decir sin sentencia que brinde solución al conflicto. De esos 109

expedientes, en 72 de ellos fue rechazada la medida cautelar, pero en 37 se acogió brindar algún tipo de tutela a la parte solicitante. A continuación, se pasa a exponer gráficamente esa información utilizando como base el año de presentación del proceso.

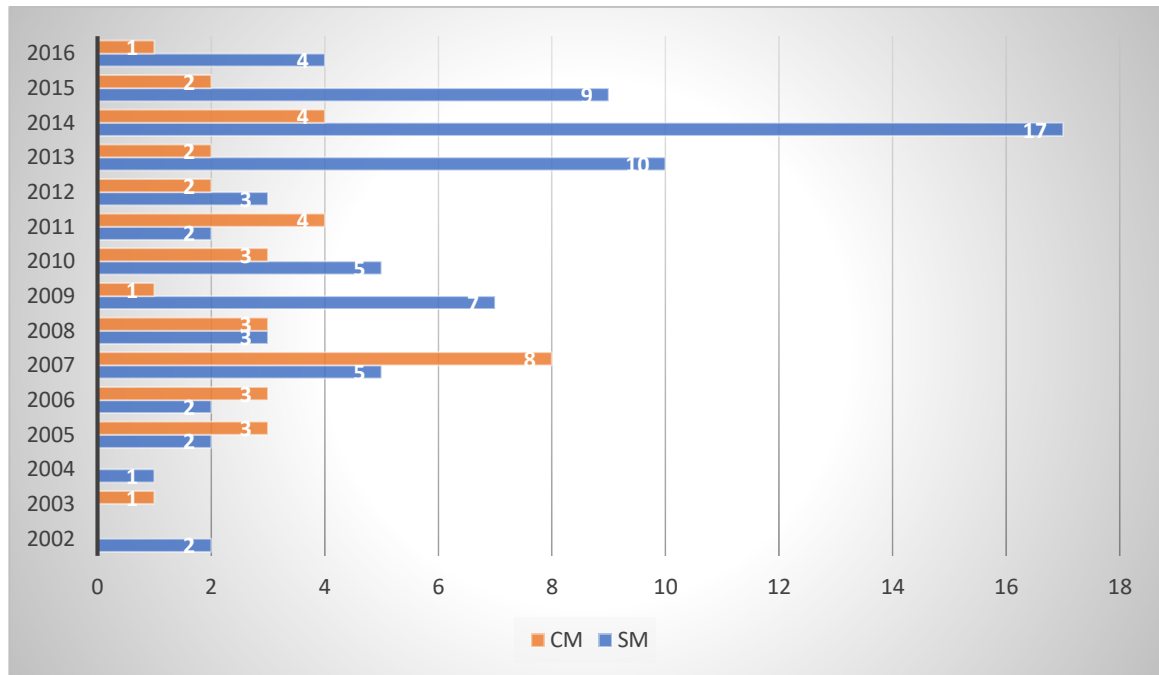


Ilustración 19

Fuente: elaboración propia

Del gráfico anterior se concluye que de los 109 asuntos que se encuentran en trámite, un alto porcentaje de ellos obedecen a procesos que superan 8 años desde su fecha de ingreso. Nótese que entre el 2002 y 2009 existen 19 asuntos aún en trámite en los que se acogió una medida cautelar, y entre el 2010 y 2016 existen 18 asuntos con medida cautelar que aún se encuentran en trámite. Esto revela que, en cuanto al primer grupo de asuntos (19), la medida cautelar realmente cobró un significativo sentido en el tanto está resguardando derechos que se encuentran a la espera de resolución desde hace más de ocho años. A manera de ilustración, se observa que la mayoría de esos asuntos que aún se encuentran en trámite presentan medidas cautelares de anotación de demanda, suspensión de desalojo administrativo, continuación de

la actividad empresarial, rendición de informes, prohibición de innovar, paso y aguas, entre otras.

3.3.2 Intervalos de duración entre la resolución de primera instancia y el voto del Tribunal Agrario que conoce en alzada dicha resolución.

En este acápite el objetivo es determinar cuánto tiempo transcurre desde el momento en que el *a-quo* dicta su resolución hasta su revisión a través del recurso de apelación por el TA, específicamente el interés será primero analizar los períodos promedio de duración entre la actuación de ambas instancias, tiempo en el cual la medida cautelar, en caso de haber sido acogida, estará surtiendo efectos. Esto es un aspecto de relevancia en la Jurisdicción Agraria dado que tradicionalmente se ha tratado de priorizar tanto en primera instancia como en segunda, la decisión sobre las medidas cautelares, dándole prelación sobre otros trámites que conocen los juzgados y el tribunal (resoluciones interlocutorias, incompetencias, deserciones, acumulaciones, procesos no contenciosos, sentencias de fondo).

Para ilustrar la rapidez con que se resuelve una medida en relación con los prolongados tiempos de espera para conocer la apelación de una sentencia de fondo, se presentarán ejemplos de resoluciones emitidas en estos últimos once años tanto en medidas cautelares como en apelación de sentencia de fondo.

Para ello se entresacó al azar entre el 2006 y 2016 un expediente por cada año, en procesos ordinarios e interdictales que tuvieran medidas cautelares y por otro lado se buscó dentro de la totalidad de resoluciones del TA algunos expedientes de esos años con el fin de cotejar los intervalos de duración en el conocimiento de un recurso de apelación de una sentencia de fondo.⁷⁵

Tiempo transcurrido en días, en cuanto a medidas cautelares de ordinarios:

⁷⁵ Es importante hacer notar que estos datos son de fecha a fecha, tomando en cuenta el calendario sin que se haya contado feriados, vacaciones. Además, tampoco se tiene la fecha de la resolución que admite la apelación a todas las partes ni el momento en que el Tribunal recibe el expediente, todo ello tenemos claro, influye en los tiempos de respuesta, no obstante, si debe quedar claro que en todos los casos la experiencia en la materia apunta que el mayor espacio de tiempo de espera se da estando el proceso en el Tribunal Agrario.

| Año de inicio del expediente y Juzgado de origen | Resolución del a-quo | Voto del tribunal | Días transcurridos |
|---------------------------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|---------------------------|
| 06- Guápiles | 25-01-2006 | 214-06, 08-03-2006 | 41 |
| 07- Liberia | 21-03-2007 | 390-07, 15-05-2007 | 54 |
| 08-San Carlos | 26-03-2008 | 444-08, 30-06-2008 | 95 |
| 09- Turrialba | 13-04-2009 | 394-09, 04-06-2009 | 51 |
| 10-Corredores | 23-02-2010 | 577-10, 22-06-2010 | 118 |
| 11- Santa Cruz | 02-05-2011 | 629-11, 24-06-2011 | 52 |
| 12- Guápiles | 27-06-2012 | 1067-12, 28-08-2012 | 61 |
| 13- Corredores | 04-03-2013 | 552-13, 12-06-2013 | 99 |
| 14- Cartago | 29-04-2014 | 535-14, 26-06-2014 | 57 |
| 15- Liberia | 17-03-2015 | 388-15, 27-04-2015 | 40 |
| 16- Limón | 29-04- 2016 | 696-16, 27-07-2016 | 88 |

Tiempo transcurrido, en días, en cuanto a medidas en interdictos:

| Año de inicio del expediente y Juzgado de origen | Resolución del a-quo | Voto del Tribunal | Días transcurridos |
|---------------------------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|---------------------------|
| 06- Limón | 24-02-2006 | 443-06, 11-05-2006 | 75 |
| 07- Liberia | 03-07-2007 | 851-07, 22-10-2007 | 110 |
| 08-Turrialba | 04-06-2008 | 494-08, 24-07-2008 | 49 |
| 09-Goicoechea | 30-04-2009 | 606-09, 31-08-2009 | 121 |
| 10-Limón | 26-05-2010 | 729-10, 29-07-2010 | 63 |
| 11-Liberia | 06-07-2011 | 1088-11, 04-10-2011 | 89 |
| 12- San Carlos | 01-03-2012 | 621-12, 23-05-2012 | 82 |
| 13- Liberia | 07-03-2013 | 345-13, 09-04-2013 | 32 |
| 14-Alajuela | 23-04-2014 | 613-14, 22-07-2014 | 88 |
| 15- Upala | 08-06-2015 | 773-15, 03-08-2015 | 56 |
| 16- Upala | 10-02-2016 | 404-16, 06-05-2016 | 75 |

Los datos expuestos llevan a concluir que, en general, en ordinarios se está tardando menos en conocer sobre las apelaciones sobre medidas cautelares que lo que se tarda en conocer la de los procesos interdictales. Nótese que si se suma el total de días transcurridos en el caso de procesos

ordinarios da un global de 756 días, mientras que, en el caso de los interdictos, el total asciende a 840 días. Otra posibilidad de establecer el comparativo de ambos tipos de procesos sería promediar en dónde hay mayor cantidad de asuntos que superen la media entre los tiempos de respuesta que se dan en uno y otro proceso. Bajo esta inteligencia, en el caso de los procesos ordinarios existen 6 con menos de dos meses de duración, 2 con un período de entre 2 y 3 meses de duración, 3 con más de tres meses de duración. Por su parte, en cuanto a los interdictos, existen 2 resoluciones que se emitieron sin que hubiese transcurrido 2 meses desde que se emitió la resolución de primera instancia, 5 procesos de más de 2 meses, pero menos de tres y finalmente, 2 de más de tres meses.

De este modo, comparando los datos (partiendo de un punto medio 2-3 meses), también se tiene que la cantidad de procesos ordinario es menor en ese rango.

De los cuadros anteriores existe otro dato de suma importancia que interesa rescatar, relativo a que el año de entrada del expediente en todos los casos sin excepción concuerda con el año en que se ha emitido la resolución de la medida cautelar del juez de instancia, lo que permite concluir que en materia agraria se ha venido dando una respuesta inmediata y prioritaria a las solicitudes de medida cautelares.

3.3.3 Comparación entre los tiempos de respuesta de un juzgado electrónico vrs. un juzgado no electrónico.

Dado que recientemente la Jurisdicción Agraria ha pasado a funcionar bajo un modelo electrónico en todo el país, ello bajo la premisa de que a partir de ese tipo de gestión judicial se mejoran los tiempos de respuesta al usuario, interés descubrir si la experiencia que ya se viene dando desde hace más de cinco años con algunos juzgados electrónicos, han sido efectivos, en cuanto a los tiempos de respuesta, si estos han resultado menores en medidas cautelares. Concretamente, a continuación, se pondrá en evidencia si en realidad existen mejores tiempos de respuesta. Se advierte que el parámetro de

medición fue tomado sólo de procesos ordinarios, pero eso sí, de la mayoría de despachos que ya eran electrónicos antes del 2016.

| Año de inicio del expediente y Juzgado de Origen | Resolución del A-quo | voto del Tribunal A | Días que transcurren |
|---------------------------------------------------------|-----------------------------|----------------------------|-----------------------------|
| 13- Goicoechea | 22-05-15 | 756-15, 30-07-2015 | 85 |
| 16- Cartago | 22-08-16 | 1068-16, 15-11-16 | 84 |
| 11- San Ramón | 19-07-16 | 1041-16, 10-11-16 | 113 |
| 14-Cartago | 28-07-15 | 391-16, 29-04-16 | 275 |
| 16- Goicoechea | 01-09-16 | 1074-16, 17-11-16 | 76 |
| 13- San Ramón | 11-07-13 | 264-14,27-03-2014 | 258 |

Obsérvese que en los datos compilados en el cuadro se consigna el tiempo de resolución que más bien va en aumento en relación con los tiempos de respuesta de los cuadros anteriores. Esto permite derivar que al menos en las medidas cautelares, pasar de un modelo físico a uno electrónico no ha traído variación alguna en cuanto a la respuesta del sistema judicial. De 3 de esos expedientes casi llegan a los 3 meses, uno casi a cuatro y dos sobrepasan los ocho meses.

3.3.4 Tiempo transcurrido entre la fecha de la sentencia de primera instancia y el voto que conoce del recurso de apelación.

Con el fin de determinar cuáles son los plazos aproximados de duración del Tribunal Agrario en el dictado de sentencias de fondo, se toman al azar tres procesos ordinarios y tres interdictales de diferentes años, en los cuales se procedió a identificar el año de entrada del expediente, la fecha de la sentencia de primera instancia, la fecha del voto del Tribunal Agraria, y la cantidad de días transcurridos entre el segundo y tercer evento.

| Año de inicio del expediente y tipo de proceso | Resolución del A-quo | Voto del Tribunal A | Días que transcurren |
|-------------------------------------------------------|-----------------------------|----------------------------|-----------------------------|
| 04- interdicto | 27-04-2005 | 04-06, 19-01-2006 | 356 |
| 07- interdicto | 25-09-2008 | 06-09, 15-01-2009 | 111 |
| 08- interdicto | 07-09-2009 | 14-10, 19-01-2010 | 133 |
| 03- ordinario | 27-11-2007 | 03-09, 14-01-2009 | 413 |
| 01- ordinario | 21-02-2007 | 14-09, 22-01-2009 | 700 |
| 99- ordinario | 09-01-2008 | 15-10, 19-01-2010 | 740 |

Del cuadro anterior se desprende que de los 6 procesos analizados (tomados al azar de diferentes años), claramente existe una constante en cuanto a que el plazo de resolución de un proceso interdictal es menor al de un proceso ordinario. A su vez, haciendo un análisis minucioso de los datos, se desprende que el promedio de duración de la resolución de segunda instancia, la cual conoce de la apelación de una sentencia de fondo, es exponencialmente más amplio que el intervalo de tiempo empleado para resolver la apelación de una medida cautelar. Esto da cuenta de que las medidas cautelares no solo ocupan un papel medular en el quehacer de la Jurisdicción Agraria, sino que además en la segunda instancia existe un trato diferenciado a la tutela cautelar en relación con la premura con la cual se conocen los recursos.

3.4 Conclusiones del capítulo.

Como se puede notar de lo expuesto, en muchos procesos ordinarios e interdictales se dictan medidas cautelares. Tanto los juzgadores de primera instancia como el Tribunal Agrario han realizado una correcta valoración de los presupuestos indispensables para acogerlas, respondiendo con dicho instituto a garantizar y resguardar el derecho de fondo, lo anterior se verifica en el tanto la mayoría de los procesos han terminado por conciliación o se acoge la pretensión principal.

Quedó evidenciado que efectivamente el derecho reclamado debe pasar un largo trayecto para ser reconocido, y las medidas cautelares pasan a ser ese instituto que resguarda durante ese lapso de tiempo el derecho reclamado, pero al mismo tiempo, es determinante darle prioridad a dicha solicitud de medida

cautelar, lo cual se cumpla a cabalidad en la materia agraria, pues en los casos analizados todos tenían resuelta la medida cautelar en el año de presentación del proceso y se evidencia que, en relación con la sentencia de fondo, la medida cautelar dura mucho menos tiempo en ser resuelta ante el Tribunal Agrario.

CONCLUSIONES

Aunque difícil resulta puntualizar conclusiones definitivas en una materia que tiene un trajín constante y presenta tantos ángulos de análisis como posturas doctrinarias, presentamos las más relevantes.

El Estado reconoce derechos y garantiza su efectividad. Esa situación le impone el poder-deber de otorgar a la persona justiciable tutela jurisdiccional efectiva a tales derechos por medio del proceso judicial útil, que resuelva realmente los conflictos. Si, por el contrario, tal proceso no logra resguardar que aquella tutela sea efectiva, el Estado fracasa, pues sin efectividad, no hay tutela y sin tutela no hay derecho. El papel de las medidas cautelares es precisamente asegurar que la tutela efectiva no naufrague.

Un derecho humano esencial, como lo señala Alexi (2007, pp. 2007)⁷⁶, no sólo consiste en acceder a la jurisdicción, sino en obtener de ésta los sistemas adecuados para la protección de los derechos en juego, lo que quiere decir que también los procedimientos deben propender a la protección de los derechos humanos, de manera que cualquier investigación de los aciertos o desaciertos de un nuevo esquema procesal, debe medirse en función de la mayor o menor protección o aseguramiento que haga de los derechos fundamentales.

En este caso, el examen minucioso de la reciente reforma en materia de medidas cautelares, frente al análisis retrospectivo del trabajo realizado en un prolongado espacio de tiempo por un importante Tribunal Superior del país, permite responder a la cuestión planteada al inicio de este trabajo: *¿Cuáles son las implicaciones del cambio de paradigma en cuanto a las medidas cautelares a luz de las recientes reformas procesales?* Se exhibe, desde una visión general y a grandes rasgos, las más significativas:

Aunque no siempre lo nuevo es superior a lo conocido, en el derecho procesal costarricense los tiempos están cambiando, y para mejorar. Se opina decididamente que, a partir de las novedosas reformas procesales, en especial con la introducción del Nuevo Código Procesal Civil, el cual parte de la

⁷⁶ Alexy, Robert (2007). **Teoría de los derechos fundamentales**, 2ª Ed. traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 398.

experiencia aquilatada luego de la reforma operada en sede contencioso-administrativa, se avista un cambio de paradigma y transformaciones trascendentales en el derecho de acceso, derecho de defensa, flexibilidad en la actuación de la persona juzgadora para adecuar la medida a las circunstancias sin temor a caer en incongruencias, recurribilidad, eficacia, ejecutoriedad inmediata y modificabilidad, de las medidas cautelares en materia civil y en las disciplinas que supletoriamente le siguen. Se pensó en el mecanismo ideado por el legislador para dar una respuesta inmediata, pronta e idónea a una situación de conflicto, aunque la demanda no se haya presentado.

En la reforma se crea un armónico y verdadero sistema de medidas cautelares, situado dentro de la parte general del código y, por ende, aplicable a todos los procesos. Su esquema obedece a una lógica procesal, con disposiciones generales y especiales, que responde a principios esenciales de celeridad, igualdad, debido proceso, proporcionalidad, razonabilidad, instrumentalidad, funcionalidad relativa y responsabilidad del peticionario. Sienta la necesidad de que el Juez, sin temores, emita un criterio para sustentar el requisito de apariencia de buen derecho. Como parte de los frenos y contrapresos en el uso de la cautela, contempla el requisito de la caución o garantía. Se permite que la medida cautelar sea levantada con una contragarantía o contracautela, siempre que se garantice que tutele el interés de la parte que mereció la medida cautelar.

La legislación de comentario amplía el abanico de posibilidades, en cuanto a las medidas cautelares típicas acogibles y, primordialmente, acepta se concedan medidas de tipo conservativo, innovativo o anticipatorio, lo cual suprime el mítico temor de la administración de justicia de no adelantar, por medio de una medida cautelar, los efectos de una sentencia estimatoria.

También instaura un procedimiento pronto, ágil, versátil y eficaz para la actuación de la justicia cautelar, por medio del cual el Juez decidirá si acoge la medida con o sin audiencia previa a la contraparte, teniendo presente que, si la audiencia hace nugatorios los efectos de la medida, debe realizarla hasta después de concedida la cautela. En materia de impugnación, se rediseña y

amplía el ámbito de resoluciones apelables para un instituto cuyos pronunciamientos pueden causar efectos jurídicos propios o de difícil o imposible reparación.

A la luz de novedades subrayadas, se concluye que es necesario modificar el exacerbado dogmatismo judicial -sin fundamento científico alguno- que pretende obsesivamente restringir la operatividad de las medidas cautelares a un aspecto puntual que consiste en garantizar el cumplimiento futuro de una sentencia, urgiendo agregarse a la tutela cautelar otros fines de igual linaje, como lo son disuadir el abuso del derecho de defensa que busque dilatar el proceso y evitar la infracción de derechos fundamentales de quienes participan en el proceso. Esto propenderá la expansión del instituto.

Es evidente la necesidad del cambio de mentalidad de los operadores jurídicos que, aferrados a un esquema clásico, solamente conciben la actuación cautelar restringiendo su mirada a las medidas tradicionales, sin advertir que constituyen tan sólo una especie dentro de un género mayor, el cual les permite adoptar la tutela cautelar prácticamente para cualquier situación que requiera intervención inmediata, sin estar atado a la conservadora e incómoda regla del dispositivo, menos a eventuales reproches por incongruencia.

Al respecto, cabe una censura abiertamente a los jueces de grado inferior que, para no incurrir en lo que consideran un “prejuzgamiento”, dejan sin resolver peticiones cautelares y sin brindar tutela efectiva e inmediata a la que están obligados. El juez que acoge una solicitud de medida cautelar no otorga el derecho de fondo, no adelanta criterio y no se está inclinando a favor ninguna de las partes, simplemente actúa preventivamente para tratar de evitar daños mayores dentro del largo proceso judicial y en definitiva, fecunda el terreno para una eventual ejecución de lo pretendido.

En comunión con la idea anterior, insístase, a la luz del NCPC la apariencia de buen derecho más bien exige que el juez haga una valoración del grado de probabilidad de la pretensión. En este sentido la “Apariencia” significará que aún no se tiene certeza del éxito de la pretensión, pero que al menos desde el punto de vista factico y normativo, se puede decir que lo pretendido tiene

posibilidades o probabilidades de ser concedido. Intrínsecamente implica que el juez valora preliminarmente parte de los presupuestos materiales de la demanda, y dice que aparentemente el actor tiene legitimación; el demandado es aparentemente a quien se le puede exigir y aparentemente la pretensión no es infundada, todo ello con sustento en la prueba existente, que al parecer da cuenta de la verosimilitud de la pretensión. En esa óptica, será prudente para la persona juzgadora evite frases como “no queda duda”, “evidentemente”, debiendo emplear fórmulas de análisis como, por ejemplo: “(...) de acuerdo con la situación preliminar en que nos encontramos, a los datos y pruebas que constan, hay una apariencia que el derecho o bien reclamado puede ser acogido, apariencia que puede cambiar en el curso del proceso.”

Se comparte con Proto Pisani (2014, pp. 399-403) que la tutela cautelar, puede evitar que la duración del proceso se torne en un daño para el actor que tiene (o parece tener) la razón, pero a la vez, tal tutela corre el riesgo de convertirse en un daño para la parte demandada cuando resulte victoriosa. Para evitar que esto último suceda, la solución para el Juez no está en interpretar restrictamente la aplicación del instituto ni subordinar la medida cautelar a la prestación de una caución altísima, que podría constituir una denegación inadmisibles a la tutela, sino que una propuesta adecuada es, con extrema delicadeza, evaluar de forma comparada el daño que acarrearía la falta de concesión de la resolución cautelar y el daño que sufriría la contraparte por su concesión (equilibrio entre el derecho de acción y el derecho de defensa). En consecuencia, sólo se deberá conceder la resolución cuando el peligro que acarrea la falta de concesión sea cualitativamente mayor al daño que sufriría la contraparte.

El recorrido por la plural jurisprudencia del Tribunal Agrario permite concluir que existe una casuística vasta y permeable que ha impactado la renovación, remozamiento y apertura que se experimenta en materia agraria para el instituto de las medidas cautelares. Las soluciones impuestas no son matemáticas, puras, ni únicas, sino que dependen de la situación concreta y del derecho que se busque tutelar.

Según los pronunciamientos del Tribunal Agrario analizados, se podría concluir que en la Jurisdicción Agraria los jueces tanto de primera instancia como el Tribunal Agrario, han realizado una encomiable labor en la aplicación del artículo 242 del CPC. Según se ve de la ilustración 5 de este Capítulo, son más las medidas atípicas que se han adoptado en estos once años de estudio, que las típicas. La persona juzgadora agraria ha tenido claro que la competencia material va dirigida hacia la actividad agraria y su estrecha relación con los recursos naturales, y eso se refleja en el tipo de medida adoptado en procura de evitar una lesión irreparable antes de la sentencia de fondo; por ejemplo, las 77 medidas cautelares dirigidas a dar continuidad a la actividad empresarial, 90 corresponden a la prohibición de innovar, contratar, modificar o cesar la actividad, 135 el permitir o no el paso a un inmueble y 175 relacionadas a suspender o no desalojos administrativos, etc.; son estadísticas que ponen en evidencia el gran desarrollo del instituto en esta disciplina.

Se estima que la evolutiva experiencia adquirida en materia agraria finalmente ha encontrado eco en la reforma procesal civil recién aprobada (NCPC). En efecto, las necesidades sociales y económicas que han venido sustentando la adopción de medidas cautelares atípicas en materia agraria, hoy se recoge en mucho en el NCPC, lo cual a su vez aparece concluir que con la entrada en vigor del NCPC, el cual aplicará de forma supletoria en materia agraria, no se producirá un agudo cambio de paradigma en los operadores jurídicos vinculados a lo agrario, ni para la parte que ya venía acudiendo a este tipo de medidas ni para la persona juzgadora que desde antes venía empleando muchas de esas medidas en su labor de reconocer la tutela cautelar.

El objeto de la materia agraria es bastante dinámico, abarca actividades productivas de diverso índole, lo cual responde a un ciclo biológico animal o vegetal y eventualmente a su industrialización y comercialización, que requieren protección para su encadenamiento, y esto en definitiva se visualizó considerablemente en los resultados concernientes a la medida cautelar de prohibición de innovar, donde las personas juzgadoras han tenido que desarrollar una agudeza técnica importante para determinar cuál es el planteamiento de

fondo y acoger, denegar o modificar una medida de esta naturaleza. Y es que conductas como: no cambiar candados, no hacer cercas, no vender, no quemar, no causar daño al cultivo, no hacer movimiento de tierra, no hacer drenajes, no cortar árboles, no podar, no extraer la producción, no hacer pozos, no hacer tapias, etc.; dan la sensación de que el análisis casuístico de este tipo de medida es muy cuidadoso y, en todos los casos, la inmediatez derivada del reconocimiento judicial, determina la imposición de la conducta de no hacer lo que mejor se adapte a las circunstancias y a la vez, propenda a la continuidad de la productividad de los bienes en litigio.

Se patentizó, en este estudio, que la suspensión de desalojos administrativos es común en materia agraria, pues quien ejerce una determinada actividad debe ser protegido ante un acto administrativo que amenace una cosecha, una producción en curso o una actividad económicamente viable. De otra cara, el derecho procesal debe estar al servicio de la realización del derecho de fondo, y en ese sentido, el solicitar a través de una medida cautelar la suspensión de un proceso judicial, autónomo e independiente no ha tenido una buena acogida dentro de la jurisprudencia agraria.

Al respecto, para ejercer una actividad agrícola o agroambiental los fundos deben tener como mínimo un acceso, entendiéndose por tal aquella área de terreno que da salida suficiente a vía pública al inmueble, la jurisdicción agraria ha analizado en muchísimos casos el otorgar o denegar cautelas donde se discute el bloqueo, obstrucción, apertura a la fuerza, etc. de un acceso; en su seno se propende a que el fundo continúe con la actividad a la que está sometido, sin permitir abusos en el tanto se abran pasos entre fincas que no deben soportarlo.

La producción en general tiene relación con los recursos naturales y además que la competencia material de la jurisdicción agraria incluye la biodiversidad, las actividades agroambientales, etc.; por lo tanto, no en pocas ocasiones se han acogido medidas en relación con el respeto de las áreas de protección de nacientes y ríos, el agua, plantaciones forestales y en general el ambiente.

Finalmente, de aquel arduo recorrido por la jurisprudencia del Tribunal, se extrae que, en el manejo de las medidas cautelares, se ha propendido al respeto del debido proceso y a evitar la nulidad de las decisiones. El TA ha incursionado dando pautas muy claras en cuanto a que efectivamente la medida cautelar debe ser tomada con urgencia pero no, ello no puede contravenir el derecho de defensa del cautelado, además a la hora de señalar si se acoge o deniega debe fundamentarse la resolución explicando cuáles son los presupuestos de las mismas, explicando qué hace inclinar la balanza en un sentido u otro; también se busca que las partes en general tengan conocimiento de la prueba ofrecida y evacuada, así como en caso de no estar conforme con lo resuelto, manifiesten su disconformidad ante un órgano superior.

Mezquino sería olvidar que las actuales reformas procesales, las ya aprobadas y las que aún están en discusión: Reforma Procesal Laboral, Código Procesal Contencioso Administrativo, el Proyecto del Código Procesal Agrario, entre otras, también enriquecen la cultura jurídica en materia de medidas cautelares y plasman aquella inagotable lucha por pulir un instituto que cada vez más acopla la realidad con la normatividad.

Con estas breves conclusiones se da respuesta a las interrogantes e hipótesis planteadas.

RECOMENDACIONES

Parte de los objetivos propuestos, al inicio de esta investigación fue cómo gestionar y afrontar los cambios de paradigma que imprime la reforma procesal civil en la temática de las medidas cautelares. Lo importante no sólo está en la letra de una ley, sino fundamentalmente en el manejo que de ella pueda hacer el operador jurídico. Partiendo de esa realidad, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. La única alternativa para lograr que la reforma procesal civil se traduzca en un avance significativo en lo que a la tutela cautelar se refiere, es que las personas juzgadoras civiles, y de demás disciplinas que supletoriamente apliquen esa codificación (agrario, laboral, familia, contencioso-administrativo) ajusten sus decisiones a los principios de igualdad, debido proceso, proporcionalidad y razonabilidad, funcionalidad relativa y responsabilidad que rigen la normativa cautelar. El buen o mal manejo de tutela cautelar va a depender del adecuado empleo de estas cinco reglas.
2. Las medidas cautelares se asientan en el principio cardinal del debido proceso y en una de sus múltiples dimensiones como lo es el derecho de defensa en juicio. Mal se hace si se sabotea y altera indiscriminadamente el esquema: acusación-defensa-decisión (o lo que es lo mismo: pretensión-oposición-sentencia), o bien si todas las pretensiones cautelares se sustancian bajo una partitura distinta. Al respecto, se considera que en materia de medidas cautelares agrarias innominadas, es necesario un replanteo del tema y admitir que la difundida e intrusiva regla de la inaudita parte -o de *bilateralidad diferida o postergada*- que dicta un esquema de tramitación: pretensión cautelar-sentencia-oposición, consigue traer perjuicios graves, que pueden evitarse con una audiencia en la que se escuche al demandado. En muchos casos, sin fundamentarse la urgencia ni sustentarse la supresión de la intervención de la parte contraria, se toman órdenes de hacer, no hacer o dar que devienen en sumamente gravosas para el cautelado y que sólo puede atacar vía recurso de apelación, con bastantes limitaciones probatorias.

3. Sustentar el acogimiento de una medida cautelar en causales genéricas como “proteger y mantener la productividad”, “garantizar el paso”, “mantener el *statu quo*”, “en pro del equilibrio procesal de las partes”, sin realizar un análisis puntual de si se cumple o no el presupuesto esencial de la apariencia de buen derecho, implica no una indebida fundamentación, sino una verdadera ausencia de motivación, que a su vez comporta un desconocimiento de los fines de la tutela cautelar. Sobre el particular, se sugiere que en las resoluciones de las personas juzgadoras agrarias se conjuguen esas causales con una justificación clara de si el cautelante reúne o no “probabilidad” de que lo pretendido pueda ser concedido en sentencia.
4. Es evidente que se pueden superponer conceptos, o generar algunas confusiones cuando se analizan las situaciones que se plantean en el ámbito de los sistemas cautelares, pero lo cierto es que aspectos como la caución y la contracautela son netamente diferenciables en sus fines u objetivos y, por ende, se recomienda que en adelante se haga un correcto empleo de ellos en las resoluciones de los Juzgados Agrarios y del Tribunal Agrario, por cuanto se les tiene y entiende como si se trataran de la misma situación.
5. A la residualidad no se le considera un presupuesto de las medidas cautelares, sino una característica propia, por lo cual se estima que en las resoluciones judiciales que resuelvan sobre el acogimiento o rechazo de una medida cautelar, debe suprimirse su análisis como requisito de procedibilidad y tenersele tan solo como un carácter analizable junto a la instrumentalidad, proporcionalidad y razonabilidad.
6. En la constante práctica de imponer rendir informes de administración, se cree que el TA debe dimensionar el objetivo y utilidad de tal obligación.
7. La suspensión de procesos judiciales violenta el principio de autonomía e independencia de los procesos. Un juez no está obligado a suspender un proceso que pende ante otro Juez de igual categoría.
8. Las decisiones de los órganos judiciales deben analizarse en su contexto e implicaciones. Con el fin de solventar criterios uniformes y sopesar la utilidad de las medidas cautelares que se acogen día a día en materia agraria, es

urgente que se generen estudios de la efectividad de la tutela cautelar y seguimientos de su ejecutabilidad, en procura de la eficacia del instituto para la tutela judicial efectiva.

9. Salvo casos muy excepcionales, no se puede a través de este tipo de instrumentos legales, pretender adelantar o anticipar los efectos de una sentencia estimatoria, así como tampoco, lograr beneficios procesales sin que garantice el debido proceso. En este sentido, se insta a que se revisen algunos criterios judiciales los cuales han impuesto cautela.
10. Resulta apremiante una adecuada preparación de los operadores jurídicos en la teoría general y casuística de las medidas cautelares, así como realizar estudios constantes a través del tiempo para evitar interpretaciones encontradas y confusiones.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Alexy, R. (2007). **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª Ed. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. y Picado Vargas, C. (2010). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Artavia Barrantes, S. y Picado Vargas, C. (2016). **Curso de Procesal Civil. Tomo II**. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Antillón, W. (2001). **Teoría del Proceso Jurisdiccional**. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Barberio, S.J.; Carbone, C.A.; Cecchini, F.C.; De los Santos, M.; García Solá, M. y Peyrano, J.W., director (2010). **Medidas Cautelares**. Tomo I. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Calamandrei, P. (1945). **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Argentina. EJEA.
- Couture, E. (1993). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ra. Ed. Argentina: Depalma.
- Couture, Eduardo (1999). **Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano**. Argentina: Depalma.
- Daniele, G.; Pérez Carballada, A.; Arazi, R. (director) 2007. **Medidas Cautelares**. Argentina: Astrea.
- De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vega Torres, J. (2012). **Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General**. España: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Escaler Bascompte, R. (2013). **Medidas Cautelares y Ejecución**. España: Atelier.

- Falcón, Enrique M. (2006). **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV: Sistemas Cautelares. Tutela Anticipada.** Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Graziabile, D.J. (2013) **Derecho Procesal Comercial.** Argentina: La Ley.
- Kielmanovich, J.L. (2000). **Medidas Cautelares.** Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ledesma Narváez, M. (2013). **La tutela cautelar en el proceso civil.** Perú: Gaceta Jurídica.
- López González, J.A. (2017). **Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I, Según el Nuevo Código, Parte General.** Costa Rica: EDiNexo.
- Nissen, R.A. (2010). **Ley de sociedades comerciales.** 3ªEd. Argentina: Astrea.
- Ortells Ramos, M. (2000). **Las Medidas Cautelares.** España: La Ley.
- Ortiz Ortiz, R. (2002). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas.** Venezuela: Frónesis.
- Osorio Acosta, E. (2013). **Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Español.** España: Juruá.
- Peyrano, J.W. (2003). **Medida Innovativa.** Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J.W. (2007). **Medidas Autosatisfactivas.** Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Picado Vargas, C.A. (2015). **Manual de Medidas Cautelares.** Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Proto Pisani, A. (2014). **La tutela jurisdiccional.** Perú: Palestra Editores S.A.C
- Valcarce, A.; Rojas, J. y Morello, A.M. (director). 2006. **Medidas cautelares.** Argentina: La Ley.

Documento Inédito:

León Díaz, J.R. (2007). **“Generalidades sobre Medidas Provisionales en Casos de Propiedad Intelectual”**. Costa Rica: Ponencia para el seminario sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales, celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, del 11 al 13 de abril de 2007, y en la Ciudad de Guatemala, del 16 al 18 de abril de 2007, dentro del programa de cooperación entre SIECA y la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO). Trabajo inédito facilitado en la Maestría en Administración de Justicia Civil, Universidad Nacional.

Fuentes de internet:

León Díaz, J.R. (2016). **Videoconferencia: “Particularidades del nuevo recurso de casación, audiencias orales y la tutela cautelar”**. Costa Rica: Escuela Judicial Poder Judicial. Disponible en: <http://videoteca.escuelajudicial.ac.cr/>, 2016, Videoconferencias, Derecho Procesal Civil, minuto 41:00 en adelante. Recuperado el 1/07/2017.

León Díaz, J.R. (2016). **Videoconferencias del Simposio Internacional Nuevo Código Procesal Civil. Mesa sobre Medidas Cautelares**. Costa Rica: Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=rxPHV09Woil&list=PLxGx6q3akm8V0mlCwmMiTgAseJ8SGAPFE>. Recuperado el 1/07/2017.

Ley de Enjuiciamiento Civil, España: Disponible en el sitio oficial: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>. Recuperado el 12/08/2017.

Parra Quijano, J. (2012). **Medidas Cautelares Innominadas**. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Disponible en el sitio web: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>. Recuperado el 12/08/2017.

Fuentes Normativas:

Constitución Política, Código Procesal Civil, Nuevo Código Procesal Civil, Ley de la Jurisdicción Agraria, Proyecto de Ley del Código Procesal Agrario, Código Civil, Código de Comercio, Ley de Procedimientos de Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual.

ANEXOS

Dado que el segundo y tercer capítulo de esta investigación se basó en análisis de datos tomados de 1081 sentencias judiciales, se anexará en forma física los listados de Excel donde se tabuló y procesó toda la información.