

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL.**

**RESUMEN:** El presente informe desarrolla desde el punto de vista doctrinario la definición, naturaleza, características, y generalidades de las medidas cautelares, por autores nacionales e internacionales, se incorpora la normativa que regula esta figura en el proceso civil y se adjunta jurisprudencia que analiza la figura desde casos concretos, definiendo sus presuestos y recursos.

## Índice de contenido

|   |    |
|---|----|
| 1DOCTRINA.....  | 1  |
| a)Definición de Medida Cautelar.....  | 2  |
| b)Carácter dispositivo de la medida cautelares.....   | 2  |
| c)Homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado.....    | 3  |
| d)Caráterísticas de las Medidas Cautelares.....   | 3  |
| Instrumentalidad.....   | 3  |
| Provisionalidad.....  | 4  |
| Urgencia.....   | 4  |
| Sumaria Cognitio.....   | 4  |
| e)Análisis de las disposiciones generales sobre medidas cautelares.....                         | 5  |
| 2NORMATIVA.....   | 7  |
| TITULO IV Medidas cautelares.....   | 7  |
| ARTÍCULO 241.....   | 7  |
| ARTÍCULO 242.....   | 7  |
| ARTÍCULO 243.....   | 7  |
| ARTÍCULO 244.....   | 8  |
| 3JURISPRUDENCIA.....  | 8  |
| a)Principio de Taxatividad Impugnaticia en el caso las Medidas Cautelares.....                  | 8  |
| b)Necesaria la existencia de un proceso instaurado.....   | 10 |
| c)Deber de decretar las medidas cautelares de acuerdo a criterios de prudencia y oportunidad .. | 12 |

### 1 DOCTRINA

**a) Definición de Medida Cautelar**

[BRENES ARIAS]<sup>1</sup>

“Desde un punto de vista amplio, una medida cautelar es una especie de tutela preventiva, la cual busca anticipar la actuación del derecho, o ciertos efectos de la sentencia definitiva de un ulterior proceso, con el fin de evitar los daños antes que resarcirlos. La función del Estado no puede ser únicamente represiva, y de ahí surge la tutela cautelar, como instrumento procesal al servicio de quienes administran justicia y de las partes, para garantizar la paz social.

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

**b) Carácter dispositivo de la medida cautelares**

[GUTIÉRREZ]<sup>2</sup>

“La medida cautelar se incardina en el proceso, entre las disposiciones que se adoptan a instancia de parte. Tienen, pues, siguiendo una terminología clásica el carácter de “rogadas”.

La medida cautelar sólo puede ordenarse, en principio, a instancia del demandante, lo cual tiene importancia desde el punto de vista de la responsabilidad de éste. Si el juez pudiese, en la generalidad de los casos, adoptar de oficio medidas cautelares, su acuerdo innecesario, equivocado o injusto, sería de muy difícil reparación. Tal dificultad se obvia proclamando con carácter general que para que se adopte una medida cautelar la ha de pedir el actor y bajo su responsabilidad.

**c) Homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado**

[GUTIERREZ]<sup>3</sup>

“Otro elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso.

Si no se diera esta homogeneidad, la medida cautelar sería ineficaz, pues no aseguraría la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella. Ahora bien, si esta homogeneidad fuera tan absoluta que la medida llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho.

En este caso, la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una auténtica medida ejecutiva, se obtendría un ejecución adelantada, o sin título suficiente para la misma. Las medidas cautelares, como tantas veces hemos dicho, tienden a hacer posible una ejecución, pero no a adelantar ésta o a confundirse con ella.”

**d) Características de las Medidas Cautelares**

**Instrumentalidad**

[BRENES ARIAS]<sup>4</sup>

“Las medidas cautelares, desde todo punto de vista, son un instrumento en favor de un proceso principal, y garantizan la efectividad y utilidad de una sentencia definitiva. El sentido de la tutela cautelar es mediato, consiste en servir al proceso, el cual a su vez procura servir a la justicia. Lo anterior nos lleva a analizarlas como situaciones no autónomas.

## **Provisionalidad**

[BRENES ARIAS]<sup>5</sup>

“La medida cautelar es provisional, en cuanto sus efectos están destinados a durar lo que tarde en producirse la sentencia definitiva. Su instrumentalidad determina esta provisionalidad, ya que la sentencia principal que eventualmente va a ser dictada, va a anular o modificar sus efectos. Mantenerlos más allá de la efectividad práctica de la sentencia que aseguraba, no tiene ningún sentido. No se sabe con exactitud cuándo va a desaparecer la tutela cautelar, pero se sabe que no puede ser indefinida en el tiempo”.

## **Urgencia.**

[BRENES ARIAS]<sup>6</sup>

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

## **Sumaria Cognitio**

[BRENES ARIAS]<sup>7</sup>

“Un elemento típico de las medidas cautelares es la instrucción sumaria, previa concesión de las mismas. Para otorgar una medida cautelar se analiza la solicitud a la luz del caso concreto y cualquier prueba aportada. Pero el juez no puede detenerse a recibir prueba que implique dilaciones indebidas, ni tiene por qué

escuchar (antes de la concesión) a la parte afectada con la medida. De modo que la sumariedad implica un procedimiento corto, pero también una disminución en el poder de conocimiento que normalmente posee el juez.

**e) Análisis de las disposiciones generales sobre medidas cautelares**

[YANARELLA MONTERIO]<sup>8</sup>

"Artículo 241. Oportunidad, El procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal, del que siempre formara parte".

Explicación:

Aún cuando en la práctica se observa lo dicho en esta norma, es lo cierto que es necesario que se diga expresamente, pues en la actualidad hay omisión en cuanto al punto. En efecto, en el arraigo se podría creer que solo funciona prejudicialmente, lo mismo que el nombramiento de representante legal. En el beneficio de pobreza sí se establecen las dos posibilidades en el artículo 157 del Código actual, lo que también ocurre en el 165 ibidem relativo a la información fuera de juicio. En cuanto a embargo preventivo, y exhibición, también -queda la impresión de que sólo funcionan prejudicialmente. Por eso es menester que exista una norma general que disponga las dos posibilidades.

Artículo 242 "Facultades del Juez. 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 sentencia, cause al derecho de la otra parte, lesión grave y de difícil reparación.

Para evitar el daño, podrá el Juez autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes, o imponer el otorgamiento de una caución".

Explicación;

"Es precisamente la solución inversa a lo dispuesto en el artículo 185 actual. Se trata del denominado poder cautelar general del Juez autorizando a éste a utilizar medidas cautelares no

especificadas o innominadas, no previstas expresamente. El presupuesto para ello es el fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave y de difícil reparación. Desde luego que ello debe ocurrir, para que se tome la medida cautelar, antes del dictado de la sentencia, porque si ocurre después, el procedimiento a observar será el de ejecución de sentencia. Obsérvese que tratándose de "determinados actos", sin especificación alguna, se usan las palabras autorizar o prohibir, en cambio para el depósito de bienes se usa el vocablo ordenar, y para las cauciones el vocablo imponer. El criterio de que la medida cautelar debe tomarse en el proceso de conocimiento, es discutido por algunos al afirmar que bien puede acordarse una medida cautelar durante la ejecución, tesis que no compartimos".

Artículo 243 "Deber de presentar la demanda. La parte debe presentar su demanda en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida cautelar, cuando ésta fue concedida en procedimiento preparatorio".

Explicación:

"El propósito de esta disposición es evitar que la medida cautelar pueda servir de instrumento de persecución o causa de daños para el sujeto pasivo. Este deber lo tenemos en la actualidad sólo en el arraigo, artículo 139 párrafo 2o. y embargo preventivo, artículo 176. Es necesario que se extienda a todos los procedimientos cautelares".

Artículo 244. "Cesación de los efectos. Cesa la eficacia de la medida cautelar:

1. Si la parte no establece la demanda en el plazo establecido en el artículo anterior;
2. Si injustificadamente no fuese ejecutada dentro de ese mismo plazo.

Habiendo cesado la eficacia de la medida es prohibido a la parte repetir la gestión, salvo por nuevo fundamento".

Explicación:

"Se pretende con esta medida, obligar al solicitante a establecer prontamente su demanda. Es decir, el espíritu es el mismo que tiene el artículo anterior, y entonces, el presente es la consecuencia del anterior."

## **2 NORMATIVA**

### **TITULO IV Medidas cautelares**

#### **CAPITULO I**

##### **Disposiciones generales**

###### **ARTÍCULO 241.**

Oportunidad.

El procedimiento cautelar podrá ser instaurado antes o en el curso del proceso principal, del que siempre formará parte.

###### **ARTÍCULO 242.**

Facultades del juez.

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.

###### **ARTÍCULO 243.**

Deber de presentar la demanda.

La parte deberá presentar su demanda en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida cautelar, cuando ésta hubiere sido concedida en procedimiento preparatorio.

**ARTÍCULO 244.**

Cesación de los efectos.

Cesará la eficacia de la medida cautelar:

1) Si la parte no estableciera la demanda en el plazo establecido en el artículo anterior.

2) Si injustificadamente no fuese ejecutada dentro de ese mismo plazo.

Habiendo cesado la eficacia de la medida, será prohibido a la parte repetir la gestión, salvo por nuevo fundamento.

**3 JURISPRUDENCIA**

***a) Principio de Taxatividad Impugnaticia en el caso las Medidas Cautelares***

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]<sup>9</sup>

N ° 250

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA .- San José, a las nueve horas diez minutos del siete de julio del dos mil.-

En el INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR dentro del proceso ORDINARIO establecido en el JUZGADO QUINTO CIVIL DE SAN JOSE , por IVAN CASTRO GRANADOS, YAZMIN PARAJELES RAMIREZ en su carácter personal y como padres en ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores: DAVID CASTRO PARAJELES y FABIOLA LUCIA CASTRO PARAJELES contra LA VIVIENDA MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO , en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de los actores, contra la resolución de las nueve horas cuarenta minutos del once de enero del año en curso, la cual resolvió: "... POR TANTO: Así las cosas, con base en los argumentos expuestos, artículos 97, 98 y 242 del Código Procesal Civil, se RECHAZA DE PLANO la presente demanda incidental de medida cautelar promovida por el apoderado de los actores.- Se resuelve sin especial condenatoria en costas.-"(Sic).-

REDACTA el Juez LEON DIAZ; Y,

CONSIDERANDO:

I.- La resolución apelada, dispuso rechazar de plano el "incidente de medida cautelar" establecido por la parte actora, al considerar improcedente e innecesario lo solicitado.

II.- Cabe indicar que la solicitud para establecer una medida cautelar no debe tramitarse por la vía incidental. Basta con formular la pretensión respectiva y el Juzgado, valorando los elementos propios para su procedente, debe determinar inmediatamente si la adopta o no, pues en ningún momento el legislador dispuso en los artículos 241 y siguientes el trámite incidental para su adopción o rechazo. Por ello, pese a la denominación de la gestión dada por la parte, el Juzgado debió resolver lo que correspondiera en el expediente principal, como una solicitud propia de éste, y no formar legajo aparte. Además, se observa que lo decretado fue el rechazo por el fondo de dicha gestión, al estimarse que era improcedente y que los derechos de la parte actora se encuentran suficientemente tutelados con la anotación de la demanda. Se trata, entonces, de un auto que deniega la solicitud de una medida cautelar atípica, el cual no se encuentra dentro de los supuestos previstos por el artículo 560 del Código Procesal Civil, los cuales contemplan los autos apelables en los procesos ordinarios. Pese a las dudas de constitucionalidad que tal restricción despertó a este Tribunal, la Sala Constitucional ha estimado que no es posible, por vía de consulta de constitucionalidad, cuestionar la omisión del legislador en cuanto a la posibilidad de apelar el rechazo de la medida cautelar o su otorgamiento, en varias consultas hechas al respecto. Por ende, existiendo tal restricción, no queda más alternativa que declarar mal admitida la apelación.

POR TANTO:

Se declara mal admitida la apelación.

**b) Necesaria la existencia de un proceso instaurado**

[TRIBUNAL PRIMERO CIVIL]<sup>10</sup>

-N ° 753-M-

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de junio del año dos mil uno.

MEDIDA CAUTELAR , establecida ante el Juzgado Cuarto Civil de Mayor Cuantía de San José, bajo el expediente número 00-001598-0183-CI. Incoado por HACIENDA NANA JOE S.A. , representada por su apoderada María José Medaglia Araya, contra EDWARD VILLEGAS ENDARA y RONALD VILLEGAS ENDARA , representados por su apoderada Ligia María Mora Esquivel.

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora, conoce este Tribunal del auto de las diez horas del siete de diciembre del año dos mil, que en lo apelado resolvió rechazar las presentes diligencias y anular la resolución de folio 6.

Redacta el Juez Rojas Schmit, y;

**CONSIDERANDO:**

La sociedad actora pretende se ordene una medida cautelar en virtud de que siendo ella dueña de un inmueble en Rohmoser debe reparar la pared del costado norte por donde son colindantes los demandados y la representante de esos dueños se niega a conceder el permiso para que se lleven a cabo esos trabajos que según su dicho sólo por medio de la propiedad de los demandados es posible llevar a cabo esos trabajos.- La autorización es para poder utilizar el espacio aéreo y el techo de la propiedad vecina.- La apoderada de los demandados indica y demuestra que la propiedad es de un hermano de los demandados y del cual no tiene ella poder alguno, así lo demuestra a folio once del expediente.- Si bien inicialmente el a-quo había ordenado la medida, luego en la resolución recurrida se indica que la autorización pedida no es para preparar algún proceso por lo que la medida no es de recibo y anuló la resolución inicial.- De eso recurre la actora indicando que ella había comprado a los demandados ese terreno que poseen por medio de su apoderada, y la medida procede para evitar, lo que es obligación del Juez en virtud de la Ley Alternativa de Conflictos, procesos mayores.- En primer lugar el Tribunal reitera, ahora por mayoría, la procedencia del recurso de

apelación con fundamento en el numeral 2 del Código Procesal Civil, en relación con el inciso 1º del artículo 560 ibídem porque se ha considerado que hay equivalencia al rechazo de una demanda, lo que sí es revisable por el Superior. Al efecto puede consultarse la resolución del Tribunal número 238 de 8:10 horas del 16 de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.- Considera la mayoría del Tribunal, que las razones dadas ahora por el A-quo para denegar la medida pedida son correctas y esa resolución debe confirmarse.- Es evidente que hay cargas vecinales que se deben soportar en algún momento para evitar daños mayores a la propiedad de un vecino, pero lo solicitado por medio de la medida cautelar demandada no es procedente.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 241 del Código Procesal Civil, las medidas cautelares si bien son procedentes antes o en el curso del proceso, es necesario que se refieran a un proceso principal instaurado o que se presentará y para lo cual se goza de un plazo fatal, artículo 243 ibídem.- Por lo manifestado por la actora no se vislumbra esa situación. Por otro lado, la medida se pide contra quienes no son los propietarios del fundo vecino, lo que tampoco hace procedente la medida.- En consecuencia, el rechazo de lo pedido debe confirmarse.-

POR TANTO:

Por mayoría el Tribunal confirma la resolución recurrida.-

Lic. Gerardo Rojas Schmit

Lic. Gerardo Parajeles Vindas

Lic. Celso Gamboa Asch

VOTO SALVADO POR EL JUEZ GAMBOA ASCH

Nos separamos, muy respetuosamente, del criterio que sustentan los compañeros Con-Jueces integrantes de la mayoría de la Cámara. Exponemos, de seguido, las razones estrictamente formales no de fondo que militan en pro de nuestra voz disidente.

I.- La señora María José Medaglia Araya, abogando por Hacienda Nana Joe Sociedad Anónima, reclama aplicación de medida cautelar atípica que puntualiza. Cfr memorial de folio 4 frente y vuelto. El señor Juez, según reflexiona en su protestado fallo, rechaza su concesión. En el sentir de la minoría el recurso de apelación ha

sido admitido erróneamente. Desde tal arista omitimos inquirir acerca del acierto o no del discernimiento sub examine.

II.- El auto impugnado no es revisable por un tribunal de segundo grado. Nuestro parecer se apoya en espíritu y letra de una conjunción de los artículos 429, inciso 5), y 560, inciso 10), de la ley de enjuiciamiento civil. Es evidente que no ha principiado, en este concreto, siquiera la medida cautelar. Simplemente luce propuesta por la recurrente. Nada, entonces, se está haciendo perecer. Es imposible conceptuar que ha muerto aquello que no ha adquirido vivencia jurídica. Tampoco se está decretando el final notable de algo que un juzgador dispuso con antelación a título de precaución. Hipótesis ambas cuya ausencia es francamente elocuente. Por lo demás, salvo que se asigne a la locución " demanda" alcances de que carece la pretensión desestimada no tiene ese carácter. Y que permita encasillar el diferendo en lo que estatuye el numeral 560 citado en su segmento 1). Parecer minoritario que no es hijo del antojo o ilegitimidad. Casualmente el artículo 243 ibidem conceptúa el procedimiento preparatorio, en donde se realiza la medida cautelar, como antesala de una demanda a presentarse dentro del término que señala. O sea, en buen romance, que el procedimiento cautelar no es una demanda sino un mero apéndice del proceso principal tal y como lo refleja el ordinal 241 del Código de repetida cita.

POR TANTO:

Se declara, por minoría, MAL ADMITIDO el recurso de apelación contra el auto de diez horas del siete de diciembre del dos mil.

***c) Deber de decretar las medidas cautelares de acuerdo a criterios de prudencia y oportunidad***

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]<sup>11</sup>

N ° 214

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA .- San José, a las diez horas cinco minutos del treinta de mayo del dos mil uno.-

En el proceso ORDINARIO establecido en el JUZGADO CIVIL DE AGUIRRE Y PARRITA , por FRANKLIN VINDAS MORA contra LUIS DIEGO SERRANO GOMEZ , en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la

parte demandada, conoce este Tribunal de la resolución de las nueve horas veinte minutos del nueve de marzo del dos mil uno, la cual rechaza la reconvenición o contrademanda planteada por el demandado en contra del actor por cuanto la misma esta presentada fuera del escrito de contestación. En cuanto a la solicitud de revocar la medida cautelar, la misma se rechaza por cuanto el fin de dicha medida es garantizar al actor su derecho sobre la finca.-

REDACTA el Juez JIMENEZ SEGURA, y;

CONSIDERANDO:

I . Conoce el Tribunal de la apelación formulada por el actor contra el auto dictado a las 9:20 horas del 9 de marzo último por el señor Juez Civil de Mayor Cuantía de Aguirre y Parrita, de folios 35 y 36, en cuanto rechazó en puertas la reconvenición por el hecho de no venir inserta dentro del libelo de contestación a la demanda, y denegó la cesación de la medida cautelar de impedimento al demandado de entrar en el fundo del actor al que se sujeta el proceso.-

II. ACERCA DEL RECHAZO DE LA RECONVENCIÓN. Ciertamente, el artículo 308 del Código Procesal Civil señala que " el demandado podrá reconvenir al actor, pero únicamente en el escrito en el que conteste la demanda, y podrá traer al proceso como reconvenido a quien no sea actor, en cuyo caso será aplicable lo dicho en el artículo 106. La demanda y la reconvenición deberán ser conexas en sus objetos, y el escrito de reconvenición deberá reunir los mismos requisitos que el de la demanda. Si fuera defectuoso, el juez prevendrá su corrección dentro de tercero día, con el apercibimiento de tener por no presentada la reconvenición si no lo hiciera" . Desde hace varios años, no obstante, ha sido constante la interpretación que los operadores del Derecho han dado a esa norma el señalar que su correcta lectura y entendimiento no se dirige a que necesariamente la contestación a la demanda y la reconvenición formen parte de un mismo escrito . Tan es de ese modo que en el propio párrafo segundo, pese a lo indicado en el primero, el legislador apuntó que " el escrito de reconvenición" contendrá las mismas exigencias formales propias de la demanda. Si se tratara de "un mismo escrito", la ley no trataría la cuestión refiriéndose al "escrito de reconvenición" como un escrito aparte, con individualidad propia y separada del de contestación, sino, sencillamente, a " la reconvenición" . Diversamente, cual lo indican los precedentes que trajo a cuenta el recurrente en su libelo de folio 44, 45 y 46, y muchos más, es necesario buscar cuál fue el fin perseguido por el legislador en

esa disposición, a saber: que en una misma actuación material de presentación de la contestación de la demanda , el contestante presente la reconvenición que tenga a bien, cumplimiento con las mismas exigencias de forma que la ley prevé para una demanda. Cada uno de los actos procesales implicados (el de contestar la demanda y el de reconvenir), podrán ser materializados mediante libelos independientes y separados, mas es menester que sean presentados ante el órgano jurisdiccional, o su equivalente (en los Circuitos Judiciales que cuentan con una oficina administrativa que recibe los escritos y demás documentos, para distribuirlos luego en los despachos jurisdiccionales) simultáneamente. Cumplido eso, se satisface el propósito del legislador en el citado artículo 308.-

III. Del sello de recibido aplicado a los libelos de contestación a la demanda y de reconvenición que presentó el señor Serrano Gómez, visibles a folios 14 y 18, queda claro que ambos ingresaron al juzgado a - quo a las 15:08 horas del 14 de febrero de este año. Se cumple, entonces, con lo señalado en el considerando II, supra. La reconvenición, en cuanto a su mera presentación , era admisible, sin perjuicio, desde luego, que el juzgado encontrara alguna razón adicional a la expresada en el auto objeto de apelación, que le de fundamento para su rechazo. Se impone, en consecuencia, revocar ese pronunciamiento en lo que al rechazo de la reconvenición incumbe, para que el a - quo entre a valorar las exigencias formales pertinentes y resuelva lo correspondiente.-

IV. ACERCA DE LA MEDIDA CAUTELAR . La demanda es para que, ante el alegado incumplimiento en el pago de los tractos, siquiera, mínimos, a que, se afirma, estaba obligado el señor Serrano Gómez en beneficio del señor Vindas Mora, dentro de la presunta contratación entre ambos, en sentencia se: " a) . . . resuelva el contrato . . . b) Se condene al pago de los daños y perjuicios ocasionados, en la siguiente forma: 1) La suma de sesenta y tres mil colones que es el equivalente a doscientos dólares moneda estadounidense correspondiente a los meses de octubre y noviembre del 2000, en concepto de daño, al tipo. 2) La suma de dos millones de colones por el perjuicio ocasionado al no percibir el dinero, sin poder disponer de mi propiedad. 3) Se condene al actor al pago de ambas costas del proceso . . ." (folios 6 y 7). El juzgado, en la resolución que dio curso a la demanda concedió la medida cautelar atípica solicitada en la demanda, para ordenar el " impedimento del demandado para ingresar dentro de [la] . . . propiedad . . ." (folio 7).-

V. La autoridad jurisdiccional está llamada a valorar con apego a Derecho, a la prudencia y la oportunidad, el pedido de medida cautelar, siempre en aras de evitarle un daño y / o perjuicio de difícil o imposible reparación a quien la solicita, de no perjudicar innecesariamente o más allá de lo razonable a la contraparte que se verá afectada por la medida cautelar, todo en estrecha relación con la pretensión procesal de la demanda. Es así pues, al fin y al cabo, deberá tener como fin correlativo permitir el aseguramiento de los resultados del proceso, para que, a su terminación, no devenga en inútil una eventual sentencia estimatoria, ante la ejecución de actuaciones contrapuestas a su contenido que la obstaculicen o tornen ineficaz. Lo normal es que la aplicación de una medida cautelar de esa naturaleza si bien implique efectos precautorios en provecho de quien se ordena, genere otros perjudiciales para la contraparte. De ahí que la autoridad jurisdiccional ha de emplear un sabio y justo juicio, respetando el principio de igualdad, dentro del marco de un proceso "debido". Trascendental es que, en todo caso, el órgano juzgador considere, incluso, medidas alternativas, antes de decidirse por una, en procura de no perjudicar a alguna de las partes, si no es estrictamente indispensable para salvaguardar un bien jurídico de mayor valor. Recuérdesse que, conforme con el ordinal 242 del Código Procesal Civil, la autoridad ostenta un amplio criterio, no sujeto a limitaciones rígidas.-

VI. La solicitud de medida cautelar del demandante se orientó al impedimento de entrada al demandado a su propiedad. Así fue decretado por el a quo. ¿Qué efectos implica ello para el señor Serrano? No estará en posibilidad de verse beneficiado con ninguno de los efectos del contrato sometido a valoración por el actor pues todos ellos dependen del efectivo ingreso que él pueda realizar a aquél fundo, para explotar el turismo. Son palmarias las consecuencias económicas que eso le ocasionaría; a saber: no podría explotar su actividad económica en el terreno del actor, quebrantándose a su respecto, en términos absolutos, la finalidad del contrato traído a cuenta. Mientras tanto; ¿qué efecto implicaría para el señor Vindas el levantamiento de la medida cautelar, o, lo que es equivalente, que se le permita al demandado el ingreso a su inmueble, a fin de continuar desplegando el contrato sus efectos, hasta que, en sentencia, se disponga lo pertinente acerca de lo que es objeto de debate y pronunciamiento? El Tribunal estima que esos efectos se limitarían a que el demandado podría continuar en su actividad dentro del fundo, con el consiguiente efectivo cumplimiento de las restantes obligaciones convenidas acerca de las cuales el accionante desde el momento del acuerdo se había manifestado conforme. En la

medida que el señor Vindas no solicitó en su oportunidad la desaplicación plena del contrato como medida cautelar, resulta patente, entonces, ante la medida ordenada, el resto de contenido obligacional a cargo suyo tendría que seguir surtiendo efectos hasta que el fallo ejecutorio no disponga cosa distinta, vista la pretensión de la demanda. Por ese motivo, la medida cautelar deviene en desproporcionada y ostentisiblemente gravosa para el demandado, en tanto que las consecuencias económicas de su levantamiento no perjudicarían mayormente al actor, pues no implicarían otra cosa que la prosecución de todos los efectos obligaciones del contrato, uno solo de los cuales es el afectado con esa cautelar. Como el actor, al permitirle al accionado el ingreso al fundo y el consecuente desarrollo de su actividad lucrativa, tendría el derecho de recibir los importes mensuales pactados por cada turista que ingrese, se verá beneficiado con aquél ingreso. Es por eso que el Tribunal es del criterio que lo más razonable y menos perjudicial para ambas partes es, dados los atestados del caso, levantar la medida aplicada.-

POR TANTO

En lo que fue objeto del recurso de apelación, se revoca la resolución de las 9:20 horas del 9 de marzo de este año, en cuanto rechazó la reconvención; ocúpese el juzgado de valorar sus exigencias formales a fin de determinar si cabe su admisión; y revoca la medida cautelar de impedimento al demandado del ingreso al terreno del actor, a fin de que prosiga la continuación plena de los efectos contractualmente fijados.

#### **FUENTES CITADAS**

- 1 BRENES ARIAS Tatiana. Las Medidas Cautelares innominadas en el proceso civil. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio. 1998 p 5.
- 2 GUTIERREZ de CABIEDES Eduardo. Elementos Esenciales para un sistema de medidas cautelares. Artículo parte del libro El sistema de Medidas cautelares. Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1974. p17.
- 3 GUTIERREZ de CABIEDES E. Ibid p 16.
- 4 BRENES ARIAS. Op cit p 37.
- 5 BRENES ARIAS. Ibidem pp 41-42.
- 6 BRENES ARIAS. Ibidem p 47.
- 7 BRENES ARIAS. Ibiem pp 48-49.
- 8 YANARELLA MONTERO, Alvaro. Las medidas cautelares en el procedimiento civil costarricense. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio 1986 pp 189 192
- 9TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA .Resolución N ° 250 las nueve horas diez minutos del siete de julio del dos mil.
- 10TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- Resolución N ° 753-M de las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de junio del año dos mil uno.
- 11TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA . Resolución N ° 214 las diez horas cinco minutos del treinta de mayo del dos mil uno.