



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: IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE ANOTACION DE LA DEMANDA
SOBRE BIENES DE UN TERCERO EN PROCESOS DE DIVORCIO**

SUMARIO:

1) JURISPRUDENCIA

- a) Sobre la naturaleza de la sentencia de divorcio, los bienes gananciales y el adulterio.
- b) Características de las medidas cautelares
- c) Sobre la nota de advertencia e inmovilización
- d) En Procesos de Familia: Sobre la cancelación de anotación de bienes de un tercero en procesos de conocimiento con sentencias declarativas de derechos

Resumen: En la investigación se menciona, todo lo referente al divorcio, con esto me refiero a las consecuencias tanto positivas o negativas sobre lo que acarrea este proceso, después se analiza lo



referente a las medidas cautelares.

DESARROLLO

1) JURISPRUDENCIA

- a) Sobre la naturaleza de la sentencia de divorcio, los bienes gananciales y el adulterio

"VI.- SOBRE LA SENTENCIA DE DIVORCIO:

Con respecto a la naturaleza de la sentencia, en un proceso de divorcio, y en relación con los bienes gananciales, esta Sala en su Voto N° 156 , a las 9:00 horas, del 15 de julio de 1992, estableció: **II.- El régimen patrimonial de la familia se basa en la regla de que, si no hubiere capitulaciones matrimoniales que establezcan lo contrario, cada cónyuge, es dueño y puede disponer libremente de los bienes que tenía antes de contraer las nupcias, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros (artículo 40 del Código de Familia). Y, de acuerdo con el citado artículo 41, en lo que interesa, "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constados en el patrimonio del otro". La sentencia de divorcio es constitutiva de un nuevo estado civil para las partes de la relación matrimonial y hace nacer el derecho de participación patrimonial en los mencionados términos. Se argumenta, en el recurso, que en este último aspecto el fallo tiene carácter declarativo y que, por lo consiguiente, la constatación de los bienes en el patrimonio debe retrotraerse a la fecha de la causal que dio motivo al divorcio. Tal tesis es inaceptable. Las sentencias declarativas no tienen carácter creativo del derecho, sino, como su mismo nombre lo indica, declarativo del mismo, y en ellas, el juez proclama algo ya querido de antemano por la ley desde el momento en que se verificó el hecho específico presupuesto en el ordenamiento y de ahí que en tal hipótesis, a ese momento del hecho deben remontarse los efectos jurídicos de la decisión. Sin necesidad de analizar la verdadera**



naturaleza del fallo de divorcio, en el aspecto patrimonial (declarativa o constitutiva), no es posible, sin violar el contenido de la ley, retrotraer los efectos de la sentencia a la fecha de la causal del divorcio, porque la misma norma se encarga de señalar un momento claramente distinto para el nacimiento, cual es el de la disolución, anulación, capitulaciones matrimoniales o separación. Por eso dice que "Al disolverse...cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constados en el patrimonio del otro...".; y de ahí que, cuando la norma señala que la participación lo es en la mitad del valor neto "de los bienes constatados en el patrimonio del otro", debe entenderse que para hacer la cuantificación es necesario que esa constatación se pueda hacer en el momento de la respectiva declaratoria y la misma debe resultar del examen global del patrimonio, según su contenido al nacer el derecho y no precisamente atendiendo a la existencia de otro hecho, que si bien fue causal del divorcio, no es el que funda el nacimiento del expresado derecho patrimonial, ya que éste de lo que depende, en el caso del divorcio, es de la disolución $\frac{1}{4}$ ² En dicho fallo - que, como se observa, fue dictado antes de la reforma introducida al numeral 41, por la Ley 7689 - , la Sala, claramente, estableció que la sentencia de divorcio tenía como efecto el producir, constituyéndolo, un nuevo estado civil para las partes. En este caso nos encontramos ante una situación esencialmente distinta, dado que, al momento en el cual la accionada interpuso su contrademanda, alegando el adulterio, en que había incurrido el actor, aún estaba vigente la norma que sancionaba esa conducta, entre otros, con la pérdida del derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales, constatados en el patrimonio de la demandada. Es cierto que el fallo en un proceso de divorcio crea un nuevo estado civil para las partes, no obstante, tal situación no significa que, para la liquidación de los bienes gananciales, pierdan eficacia las disposiciones que, una determinada norma jurídica de fondo, anterior, establecía respecto a su pérdida; más aun si se considera que, una de dichas circunstancias ² como lo es el adulterio del actor ² también se dio antes de la reforma normativa en cuestión; por lo que, en su oportunidad, se trató de una circunstancia alegada por la actora, desde que interpuso su reconvencción."¹

b) Características de las medidas cautelares

"Como bien apunta la Sala Constitucional, las medidas cautelares o aseguratorias presentan ciertos rasgos característicos, entre los



cuales destacan la instrumentalidad, la provisionalidad, la mutabilidad y la sumaria cognitio. La instrumentalidad significa que el proceso cautelar no es autónomo, por lo que siempre va vinculado a un proceso principal, al que sirve, garantizando la efectividad de su resultado.

La provisionalidad, por su parte, hace referencia a que los efectos de las medidas cautelares son temporales -nacen con una vida limitada-, se mantienen hasta que adquiera firmeza la sentencia dictada en el proceso principal, porque a partir de allí pierde vigencia la razón de ser que le dio origen. La provisionalidad consiste, entonces, en la duración temporalmente limitada de la eficacia de la medida cautelar al lapso que debe mediar entre su emanación y el dictado de la sentencia definitiva, en donde el inicio de los efectos de la segunda, implica la cesación de los de la primera.

Íntimamente relacionada con la anterior tenemos la característica de la mutabilidad de las medidas cautelares. El carácter temporal de la medida produce que ésta pueda ser aumentada, disminuida, sustituida o adaptada a nuevas necesidades cuando las condiciones objetivas que le dieron origen hayan cambiando, decaído o extinguido.

La sumaria cognitio, por su parte, hace referencia a que el trámite para solicitar y ordenar una medida cautelar debe de ser rápido y ágil, pues el factor tiempo es un elemento determinante para garantizar el adecuado acceso a la justicia. Así, basta la solicitud de la medida cautelar, si se comprueba el dicho del interesado, para que el Juez, en la misma resolución que le da curso, la ordene.

Cabría apuntar, finalmente, los presupuestos para la adopción de dichas medidas -desarrollados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia-, entre los cuales destacan la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*), la caución y la compatibilidad de la medida cautelar con el interés público.

Respecto al primer presupuesto, el *fumus boni iuris*, debemos indicar que, para decretar una medida cautelar, ésta debe de fundarse en cierto grado de probabilidad de que la pretensión de la demanda principal es fundada o seria, esto es, que aparentemente va a ser admitida en sentencia. En ese sentido, la indagación del *fumus boni iuris*, se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada; basta con que el juez compruebe y llegue al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante, probable o presumiblemente, será reconocido en la sentencia definitiva. Esto



es, la situación jurídica sustancial debe presentar "prima facie" una razonable apariencia de que puede ser acogida; o si se quiere, en un sentido negativo, que los motivos de la pretensión no sean manifiestamente infundados, por lo que el recurrente tiene probabilidad de salir vencedor en la contienda.

En relación con el peligro en la demora o periculum in mora, podemos indicar que, cuando se inicia un proceso y se prevé que el resultado de la sentencia firme va a tardar cierto tiempo, el cual puede poner en peligro el derecho reclamado o la efectividad de la sentencia, es mejor cautelar ese derecho, es decir asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a resultar inoperante e inútil. En ese sentido, el periculum in mora 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 dictarse la sentencia principal."²

c) Sobre la nota de advertencia e inmovilización

"**III.-** Tal y como lo ha referido nuestra jurisprudencia nacional en repetidas ocasiones, la nota de advertencia e inmovilización, es de carácter concreto y afecta a propietarios identificados en los asientos registrales cuestionados. La finalidad jurídica de este acto no es la de "limitar" sino "cautelar" y de duración temporal. Tal medida cautelar es una técnica para proteger la propiedad, evitando la "publicidad" Registral de un asiento que por sus antecedentes sería eventualmente declarado nulo en la jurisdicción respectiva. Por intermedio del acto de advertencia e inmovilización, el asiento registral se sustrae del tráfico comercial de forma temporal mientras no se cancele la nota de advertencia o se efectúe la rectificación pertinente. La Sala Constitucional mediante Voto N° 7190-94 estableció:

"...Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa - para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final."

En el mismo orden de ideas, mediante el Voto N° 6663-95, la misma Sala estableció: **"...La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto**



final; c) fundamentadas, es decir, tener sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconvenientes a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución." (la negrita y subrayado no son del texto original)."³

d) En Procesos de Familia: Sobre la cancelación de anotación de bienes de un tercero en procesos de conocimiento con sentencias declarativas de derechos

"Incidente de Cancelación de Medida Cautelar Inestimable de **WAYNE ENRIQUE WILE**, mayor, divorciado, ciudadano canadiense con pasaporte de su país número BC-cero seis seis tres nueve cinco y carne residente rentista número nueve mil dieciséis; contra **PATRICIA DEL SOLAR SALAS**, mayor, divorciada, empresaria, con cédula número ochocero cincuenta-cero cuarenta y nueve, vecina Escazú. Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Apoderado Judicial de la incidentada Licenciado Carlos Alberto Ramírez Aguilar.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La resolución venida en apelación declaró con lugar un incidente de cancelación de medida cautelar, y ordenó la cancelación de las anotaciones sobre los inmuebles en que habían recaído las mismas. El fundamento de la resolución es que los bienes afectados son propiedad de una persona jurídica que no es parte en el proceso principal. De esa resolución ha presentado apelación el apoderado especial judicial, argumentando que el inmueble anotado no obstante estar a nombre de la sociedad, es lo cierto que es el lugar donde se encuentra en domicilio conyugal que compartieron los convivientes: Si quienes administran justicia -alega- no consideran viable las medidas cautelares, como medios o instrumentos jurídicos necesarios para el aseguramiento de la eficacia de las sentencias estamos incurriendo en una clara



violación de protección de derecho verosímil, y solo con estas medidas se permite evitar la frustración de los derechos de su representada, y está demostrado documentalmente que esos bienes deben ser objeto del derecho de gananciales.

SEGUNDO: Este Tribunal estima que la resolución confirmada está dictada a derecho. Son ajustadas a ideales de justicia y por ello plausibles las afirmaciones del mandatario de doña Patricia en cuanto a que el legislador creó los mecanismos de aseguramiento del resultado de los juicios para evitar la frustración de los derechos de los ciudadanos, más el problema presentado en este caso particular, es que estamos frente a un proceso abreviado de reconocimiento de unión de hecho, con naturaleza de un proceso de conocimiento con sentencia declarativa, que involucra únicamente los intereses de las partes del juicio, presuntos exconvivientes, y no intereses de terceros, sean éstos personas físicas o jurídicas. Al demostrarse que los bienes anotados son propiedad de un tercero, la resolución del incidente de cancelación de las medidas cautelares ha sido prácticamente obligada, acogiendo la pretensión incidental. De ahí que, sin más abundar, esta Cámara confirma lo resuelto en primera instancia.

POR TANTO:

Se confirma la resolución recurrida.”⁴

FUENTES CITADAS

- ¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 389 de las catorce horas cincuenta minutos del veintisiete de abril del año dos mil.
- ² PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Consulta 123-2004 dirigida a la Ministra de Justicia, el día veintitrés de abril del dos mil cuatro.
- ³ SECCION TERCERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Resolución 982 de las doce horas quince minutos del veintitrés de noviembre del dos mil uno.
- ⁴ TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 1599 de las once horas cuarenta minutos del catorce de septiembre del dos mil cuatro.