

Incidente de Levantamiento de Medidas Cautelares en Materia de Familia (Arraigo)

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Pensiones Alimentarias.
Palabras clave: Pensión Alimentaria, Medidas Cautelares, Arraigo, Incidente	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 18/09/2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Normativa	1
Fijación de pensión alimentaria provisional.....	1
Aplicación supletoria de proceso.....	2
Medidas Cautelares.....	2
El Arraigo	2
3 Jurisprudencia	3
El Incidente de Levantamiento de Medidas Cautelares en Materia de Familia.....	3

1 Resumen

El presente informe de Investigación por medio de la normativa y jurisprudencia atinentes al tema aborda el tema del incidente de levantamiento de medidas cautelares en materia de familia, con especial atención al arraigo.

2 Normativa

[Ley de Pensiones Alimentarias]¹

Fijación de pensión alimentaria provisional

Artículo 21: En la misma resolución que otorga el traslado de la demanda, el juez fijará una pensión alimentaria provisional y prevendrá al obligado el depósito del monto correspondiente, dentro del tercer día, bajo apercibimiento de ordenar apremio corporal en su contra, si así lo pidiere la parte actora, en caso de incumplimiento. La pensión alimentaria provisional será ejecutable aun cuando no se encontrare firme el auto que la fije.

En caso de que existiere apelación sobre el monto provisional, la alcaldía dejará un desglose del expediente, con la información suficiente para continuar el trámite del proceso; incluirá, además, las medidas coactivas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de la obligación alimentaria.



Aplicación supletoria de proceso

Artículo 68: Para lo no regulado por esta ley, se aplicará supletoriamente el proceso sumario establecido en el Código Procesal Civil.

[Código Procesal Civil]²

Medidas Cautelares

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.

El Arraigo

ARTÍCULO 267. Motivos y garantías. Cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien haya de entablarse, o se entablare, o se hubiere entablado una demanda, podrá solicitarse su arraigo. Si el arraigo se pidiera antes de entablarse la demanda, el actor deberá dar garantía, a satisfacción del juez, de responder por los daños y perjuicios que se le irroguen al demandado, si no se entablara la demanda anunciada dentro de los ocho días contados desde que se haya hecho saber al arraigado la prevención. La garantía deberá ser a satisfacción del juez y por el monto que éste prudencialmente señale, monto que en ningún caso será inferior al veinte por ciento del valor de la demanda, o del que anuncie el actor como valor de la demanda que establecerá. No se exigirá garantía si el arraigo se pidiera con fundamento en un título ejecutivo que vaya a servir de base a la ejecución. No se decretará arraigo cuando la persona contra quien se pide tuviere suficientes bienes inmuebles inscritos, o bienes muebles conocidos, si al mismo tiempo consta que tiene un apoderado generalísimo.

ARTÍCULO 268. Contenido y finalidad del arraigo El arraigo consiste en la prevención que el juez le hace al demandado, de que debe estar a derecho con el nombramiento de un representante legítimo suficientemente instruido para sostener el proceso, con el apercibimiento de que puede incurrir en las sanciones que en este capítulo se determinan. Quien solicite el arraigo también podrá pedir que se usen los medios de comunicación previstos en la ley, para trabar el embargo preventivo en bienes del arraigado. El embargo no se decretará si no se hubiere hecho el depósito exigido por el artículo 273, salvo que se haya presentado un título ejecutivo. (Así reformado por el

artículo 19, inciso c), de la Ley de Notificaciones No.7637 de 21 de octubre de 1996)

ARTÍCULO 269. Aceptación del mandatario y obligatoriedad. Para tener como constituido un apoderado, es preciso que éste se presente a aceptar el poder. Aceptado el mandato, el mandatario quedará obligado a continuar en su ejercicio mientras dure el litigio, o mientras el mandante no constituya un nuevo apoderado que se apersona, o mientras el mandatario no sustituya el poder en otra persona que lo acepte.

ARTÍCULO 270. Consecuencias de no nombrar apoderado. El arraigado a quien se hubiere notificado personalmente la prevención del artículo 268, que se ausente sin dejar el representante de que habla el artículo anterior, será condenado, sin más trámite, según el tenor de la demanda, si fuere procedente en derecho, al pago de las costas personales y procesales. Para los efectos de este artículo, se tendrá a la persona como ausente y, por lo mismo, como improcedente el arraigo, si solicitado por el notificador en su casa de habitación o residencia, se le informare que está ausente del país, o si se ignorare su paradero, o constare por algún otro medio que está fuera de la República, según el informe de las autoridades de policía.

ARTÍCULO 271. Renuncia de notificaciones y recurso. Se entiende que el arraigado que no haya constituido apoderado renuncia a toda clase de notificaciones, pero si el demandado se pone a derecho, tomará el proceso en el estado en que se encuentre. El decreto de arraigo será apelable únicamente en el efecto devolutivo.

3 Jurisprudencia

El Incidente de Levantamiento de Medidas Cautelares en Materia de Familia

[Tribunal de Familia del Primer Circuito Judicial de San José]³

TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las quince horas y cuarenta y cuatro minutos del veintiuno de febrero de dos mil doce.-

Incidente de cancelación de medida cautelar establecido por **M.**, [...] contra **G.**, [...].-

Funge como Apoderado de la incidentista el Licenciado Ricardo Redondo Hernández. Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la incidentista contra la resolución dictada por el Juzgado Primero de **Familia** de San José, al ser las diez horas del diecisiete de noviembre del dos mil once.-

Redacta el juez Amoretti Orozco, y;

CONSIDERANDO

I. La señora M., por medio de su apoderado especial judicial, se muestra disconforme con el auto n.º 1531-10, emitido por el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, a las 10 horas del 17 de noviembre del año anterior, que rechazó su solicitud de levantamiento de la



anotación de la demanda sobre el vehículo placas [...], inscrito a su nombre y sobre la finca del partido de Guanacaste, matrícula de folio real [...]. Reprocha, en síntesis, la falta de abordaje del asunto principal, que se hayan soslayado las reglas de la carga de la prueba y que no se haya verificado el fundamento de la pretensión para determinar su seriedad. Considera que, como la señora G. lo confesó en forma expresa, el despacho a *quo* debió percatarse que su separación de hecho del señor R. ocurrió, cuando menos, 17 años antes, razón por la cual no pueden estimarse gananciales sobre los que pueda tener algún derecho bienes de reciente adquisición. En su criterio, *“Pedir la anotación de bienes de una sociedad que no existió antes de que se diera la separación, es querer hacerse de bienes ajenos de manera legal (sic), pues la finca misma que le pertenece a esa sociedad nació en el año 2010 y no 17 años antes.”* (Folios 71-79).-

II. Como lo ha indicado la jurisprudencia, tanto en esta como en las otras materias, la impugnación es un derecho a favor de la persona que se considera agraviada con lo dispuesto en un proveído jurisdiccional, a quien le incumbe, además, la carga de fundamentarla o razonarla; es decir, de indicar los cargos o censuras concretas contra la resolución impugnada, ya sea al momento de interponerla (si se trata de un auto, como sucede en este caso) o en la etapa de expresión de agravios (cuando se está en presencia de una sentencia). Así lo reconoce, respecto de la apelación, el primer párrafo del numeral 561 del Código Procesal Civil, a cuyo tenor *“Podrá apelar la parte a la que le haya sido desfavorable la resolución, y también podrán hacerlo los terceros cuando ésta (sic) les cause perjuicio y no esté firme.”* En otras palabras, para poder plantear válidamente un recurso de esa naturaleza no basta el simple propósito de modificar algún término o consideración del fallo; es necesario un interés concreto que surge del vencimiento o perjuicio que le causa a quien lo hace. Su admisibilidad está supeditada a que medie, entonces, alguna lesión, menoscabo, daño o detrimento en su situación jurídica previa al proceso o procedimiento, derivado de lo resuelto (ver, entre otros, los votos de la Sala Primera n.^{os} 248-F-03, de las 11:40 horas del 7 de mayo de 2003 y 269-A-2007, de las 8:35 horas del 26 de abril de 2007; así como los de este Tribunal n.^{os} 87-10, de las 8:30 horas del 19 de enero; 229-10, de las 7:30 horas del 12 de febrero; 1459-10, de las 8:50 horas del 21; 1492-10, de las 8:30 horas del 28, ambos de octubre y todos de 2010 y 1041-2011, de las 14:37 horas del 12 de setiembre de 2011). Y como el gravamen es siempre la medida del recurso, resulta determinante para poder conocerla y pronunciarse sobre el fondo. Conforme lo resolvió la Sala Primera en el voto n.^o 790-F-2007, de las 17:05 horas del 31 de octubre de 2007, *“(...) la impugnación es un derecho a favor de la parte que se considera agraviada con lo dispuesto en una resolución judicial. Es requisito, entonces, la existencia de un perjuicio en su contra, de donde resulta la legitimación e interés para recurrir, al abrigo de lo estipulado en el artículo 561 del Código Procesal Civil. El derecho a impugnar se manifiesta en una pretensión dirigida al juez [o a la jueza], enterándolo del deseo de combatir lo resuelto. Como pretensión que es, requiere, también, de una declaración de voluntad expresa, tendiente a poner de manifiesto los aspectos que considera adversos a sus intereses, contrarios a derecho o al mérito de los autos. De esta manera, al estimarse afectada debe tomar la iniciativa de dirigirse al Tribunal, instándolo al conocimiento del recurso, como manifestación del principio dispositivo, inspiración ideológica del Código Procesal Civil, que recoge, entre otros, su artículo 1. Obviamente, está en la ineludible obligación de exteriorizar esos reproches, los cuales servirán, en el caso del recurso vertical, para que el órgano de alzada pueda resolver con plena competencia. Las censuras delimitarán la actuación del juzgador de segunda instancia, tal y como lo regula el artículo 565, “El superior no podrá, por lo tanto, enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso, salvo que la variación, en la parte que comprenda el recurso, requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada”. (El subrayado no es del original). Es claro, así, que su competencia la ejerce en función del ruego específico del [o de la] recurrente, quien al expresar los motivos de inconformidad, fundamenta con ello su interés en apelar, delimita el control que debe llevarse a cabo sobre lo decidido por el juez [o la jueza] de*



primera instancia, lo cual corresponde con la tesis moderna orientada, recogida en la legislación procesal civil, hacia una apelación limitada, en donde la revisión del primer proceso se realiza bajo estrictos límites. En esta tesitura, aunque el [o la] recurrente no tome la iniciativa de exponer los motivos por los cuales, a su juicio, le desfavorece lo resuelto, podría modificarse a capricho del superior, quien se sentiría con absoluta libertad de explorar cada detalle del asunto, limitándose tan solo con la prohibición de reformar en perjuicio. Pero esta prohibición, en su correcto sentido, debe entenderse íntimamente relacionada con la imposibilidad de “enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso”, lo que presupone que el [o la] apelante debe ser claro [a] en indicar cuáles son esos aspectos que le resultan desfavorables. Sería, entonces, paradójico, que se examine en forma absoluta la resolución impugnada y se pueda proceder con un margen mucho más amplio cuando el [o la] recurrente, en forma negligente, apela sin expresar agravios, frente a otros que, observando las normas mínimas de diligencia, exponen censuras concretas, pues en tales casos sólo (sic) se revisará en orden a lo rogado. También, como principio general de los recursos, está el deber del órgano de alzada de limitar su competencia a lo combatido de modo expreso, ya que ella deriva de la impugnación, por esa razón, se le señala como recurso en relación. La competencia precisa la otorgan los reproches; consecuentemente, el superior no puede entrar a conocer sobre ámbitos no rogados. Estos principios son aplicables tanto a la apelación cuanto a la casación, a la revisión e incluso a la nulidad.” En su memorial de interposición, doña M. no consignó protesta alguna contra la denegatoria de su solicitud de levantamiento de la anotación de la demanda sobre el vehículo placas [...], inscrito a su nombre; se concentró en la medida cautelar que afecta a la finca del partido de Guanacaste, [...]. Así las cosas y respecto del primer bien, lo propio es entender que se conformó con lo resuelto y, por lo tanto, esta Cámara carece de competencia funcional para revisar ahora lo actuado.-

III. Ahora bien, como acertadamente lo acotó la señora jueza de primera instancia, el objeto de esta incidencia no puede ser otro que la discusión sobre los presupuestos de la anotación decretada sobre la finca del partido de Guanacaste, matrícula de folio real [...]; o sea, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) - no su certeza - , el peligro en la demora (*periculum in mora*) y su instrumentalidad y correlatividad. Y conviene reiterar que, por su carácter cautelar, esa medida no prejuzga sobre la correspondencia del cuadro fáctico alegado para justificarla con la verdad histórica o sobre la procedencia o improcedencia de la demanda incoada y tampoco puede implicar una decisión final anticipada. Sobre el particular, en los votos n.^{os} 940-10, de las 9:50 horas del 8 de julio de 2010; 197-11, de las 8:50 horas del 16 de febrero; 558-11, de las 12 horas del 5 de mayo y 1043-2011, de las 14:40 horas del 12 de setiembre, los últimos de 2011, puntualizamos que “(...) lo que se procura es determinar si puede estimarse que los intereses o bienes jurídicos cuya tutela y protección se reclaman están en peligro o corren el riesgo de ser lesionados. Esa actividad, que tiene como marco los alegatos de quien las solicita, no ha de hacerse, entonces, con el rigor exigido cuando de emitir la resolución definitiva se trata. De ahí que, en el supuesto de que haya graves contradicciones en los elementos de juicio aportados, no pueda demandarse una definición de cuál presente el mayor grado de probabilidad de corresponder a lo sucedido, ni sea factible detenerse en cuestionamientos sobre la legitimidad de algunos de ellos o sobre aspectos técnicos relacionados con su contenido. Todo ello es propio del pronunciamiento de fondo y será en ese momento cuando se decidirá lo correspondiente, sin que, bajo ninguna circunstancia, la determinación del cuadro fáctico que en definitiva se haga pueda verse condicionada o limitada por lo resuelto en la etapa preliminar, toda vez que no es factible atribuirle a esto último carácter incuestionable. Por el contrario, está sujeto al escrutinio de las partes e, incluso, puede ser variado en cualquier momento ulterior si las circunstancias así lo aconsejan o si se verifica un cambio sustancial en ellas, conforme avance la instrucción del proceso. Así las cosas, será en el momento de emitir sentencia que podrá establecerse si las probanzas aportadas son o no admisibles para acreditar el cuadro fáctico invocado, así como el valor atribuible a cada una.” (Ver, además, los



votos n.ºs 596-10, de las 10 horas del 3 de mayo; 824-10, de las 12 horas del 22 de junio, ambos de 2010 y 338-11, de las 9:20 horas del 9 de marzo de 2011). De ahí que baste considerar, por un lado, la condición de parte procesal de la persona jurídica referida y, por el otro, la existencia de pretensiones concretas formuladas en su contra (ver demanda de folios 430-472, su ampliación de folios 535-557, auto de traslado de folios 628-630 y escrito de contestación de folios 872-921), para mantener incólume la decisión apelada. En tesis de principio, lo primero la obliga a soportar las medidas cautelares que se estimen necesarias. Sin embargo, lo segundo resulta ser lo determinante en este asunto, sobre todo si, como aquí sucede, media una petitoria expresa de nulidad del acto adquisitivo del inmueble de comentario, lo que debe ser objeto de pronunciamiento en la decisión final. En ese contexto, por más cierta que sea, la manifestación de la señora G. de que su separación de hecho del señor R. ocurrió hace 17 años es insuficiente para acceder al levantamiento solicitado. No es propio de esta etapa procesal definir, como lo pretende el recurrente, si ese bien ostenta o no la condición de ganancial, porque ello supondría un adelanto de criterio sobre un tema que habrá de ser abordado en la sentencia. Es ese el momento oportuno para valorar los alegatos de las partes, atribuirles el valor que corresponda en conjunto con las probanzas evacuadas y establecer lo pertinente (ver, en igual sentido, nuestro voto n.º 72-10, de las 13:40 horas del 12 de enero de 2010).-

IV. Como corolario de lo expuesto, actuó correctamente el Juzgado *a quo* al haber rechazado como lo hizo este incidente de cancelación de medida cautelar.-

POR TANTO

Se confirma el auto recurrido.-

Olga Muñoz González

Luis Héctor Amoretti

Orozco Rolando Soto Castro

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7654 del diecinueve de diciembre de 1996. Ley de Pensiones Alimentarias. Fecha de vigencia desde 23/01/1997. Versión del 12/11/2008. Datos de la Publicación Gaceta número 16 del 23/01/1997.
- 2 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7130 del dieciséis de agosto de 1989. Código Procesal Civil. Fecha de vigencia desde 03/11/1989. Versión de la norma 9 de 9 del 04/12/2008. Datos de la Publicación Gaceta número 208 del 03/11/1989. Alcance: 35.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 171 de las quince horas y cuarenta y cuatro minutos del veintiuno de febrero de dos mil doce. Expediente: 10-000193-0186-FA.