

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA LITIS
EN VENEZUELA

Trabajo Especial de Grado, para optar
al Grado de Especialista, en Derecho
Procesal.

Autor: Jassir Yamilett Heredia Blanco
Asesor: Paolo Longo F.

Caracas, Julio de 2007

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana: Abogada Jassir Yamilett Heredia Blanco, para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es La Anotación Preventiva de la Litis en Venezuela; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 27 días del mes de Julio de 2007.

Dr. Paolo Longo

RECONOCIMIENTOS

A Mi tutor, por guiarme.
A Mi buen amigo Emilio, por su valiosa colaboración y apoyo.

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ANOTACION PREVENTIVA DE LA LITIS EN VENEZUELA

Autor: Jassir Y. Heredia B.
Asesor: Paolo Longo F.
Julio, 2007.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, de tipo documental, corte monográfico y enfoque descriptivo; tiene como objeto, el análisis de la introducción al Derecho venezolano de la anotación preventiva de la litis como medida cautelar nominada. Innovación que se inserta con la promulgación del Decreto con rango y fuerza de Ley de Registro Público y Notariado de fecha 27 de noviembre de 2001. En este sentido, siguiendo el esquema descriptivo asumido como metodología en la investigación, se aborda en un primer término la génesis histórica de la anotación preventiva, desde las raíces romanas hasta su perfilación clara en la moderna legislación española, la cual, ha influido como inspiradora del dispositivo normativo patrio citado. En un segundo plano, se analiza la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la litis en Venezuela, pues, a diferencia de lo que prescribe el ordenamiento procesal español donde el legislador ha calificado como medida cautelar a la anotación; en nuestro Derecho, no ocurre tal advertencia obligándonos a plantearnos a nivel doctrinal y jurisprudencial que también la anotación preventiva de la litis venezolana es una medida cautelar. Y en tercer nivel, dilucidada la controversia sobre la naturaleza jurídica, se analiza ya en términos operativos el alcance y efectos de la anotación preventiva, en sus aspectos procedimentales como son los requisitos de admisibilidad y procedencia así como el objeto, lapsos y demás trámites del procedimiento cautelar aplicable.

Descriptores: Utilidad, finalidad, alcance, contenido y aplicación de la anotación preventiva de la litis en el ordenamiento jurídico venezolano.

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana: Abogada Jassir Yamilett Heredia Blanco, para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es La Anotación Preventiva de la Litis en Venezuela; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 27 días del mes de Julio de 2007.

Dr. Paolo Longo

INTRODUCCIÓN

El 27 de noviembre de 2001 aparece publicada en Gaceta Oficial número 37.333, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley nº 1.554, en el cual, se inserta la Ley de Registro Público y del Notariado. Amén de las controversias que pudo suscitar el referido instrumento normativo, motivada a la polémica forma de su promulgación y aparición en la vida jurídica, así como las posibles innovaciones en las instituciones y procedimientos vinculados al Registro Público; trajo consigo una institución novedosa para el ordenamiento procesal venezolano: *la anotación preventiva de la demanda*.

La aparición del instituto procesal señalado, en su artículo 42 para ser específicos, no sólo implicaría las consabidas incomprensiones o desconocimientos del foro local, sea por su compleja aplicación o mal presumida inutilidad. También, era posible de esperarse que se tratara como uno de los tantos capítulos “fríos” del derecho procesal patrio, dado que a simple vista ¿cómo podía un mero asiento registral constituirse en cautela solícita y expedita, ante un país que observa las inclemencias y calvarios del proceso judicial? En fin, la simplicidad de la redacción del artículo 42 del Decreto-Ley, podía atentar contra el siempre obligatorio análisis de la novedad, pues, como expresara el desaparecido Luis Loreto (1987, 401) “Todas las manifestaciones culturales de un pueblo deben estar abiertas a

las posibilidades de un examen desde las más variadas posiciones del espíritu”

A mediados de 2006, en medio de una de las tantas consultas profesionales, nos sorprendió haber topado con la posibilidad de echarle mano a la anotación preventiva de la demanda para asegurar las resultas de un procedimiento que todavía, para la fecha de la redacción del presente trabajo, no ha concluido. En este momento, la escolaridad del programa de especialización en derecho procesal estaba en su punto casi culminante. La inquietud por el estudio de la anotación preventiva fue creciendo al mismo ritmo que el postgrado comenzaba a exigirnos los rudimentos para el futuro trabajo especial de grado.

Decidido el tema del trabajo, la primera actitud que nos asaltó como investigador fue el simplismo. Pensamos -ab initio- que no era una temática digna por las dificultades al precisar la bibliografía así como la poca importancia que parece revestir para el ejercicio de la abogacía. Debemos confesar que fue un primer paso bastante desalentador. Aunado a esto, cometimos un error garrafal que rápidamente fue sofocado por la experta mano del tutor. Asumimos, al principio y con dogmatismo, un concepto preconcebido de la anotación preventiva de la litis, al encauzarle como una

“medida cautelar”. Este adelanto aparece perfectamente en los primeros borradores del Proyecto de Trabajo Especial.

Las búsquedas en las diferentes bibliotecas jurídicas dieron cuenta que nos encontrábamos en un error. Ciertamente, no existía una prolífica bibliografía venezolana del tema, pero, al contrario, la experiencia del Derecho comparado dieron cuenta que la anotación preventiva de la demanda ha dado más de un dolor de cabeza en países como España cuya vigencia ha sido de larga data. Además, quizá como consuelo, nos sorprendió que un procesalista de fuste, como el caso del profesor Francisco Ramos Méndez (1980, 9), confesaran haber pasado por la misma experiencia nuestra, al expresar: “nunca hubiera podido imaginar la riqueza de contenido que encierra la anotación preventiva de la demanda. Al hilo de las abundantes resoluciones jurisprudenciales van aflorando los problemas reales de la institución que superan cualquier previsión apriorística”.

Este sensacional hallazgo no sólo permitió proseguir con la investigación que hoy se materializa en este trabajo especial de grado, sino, que marcaría las referencias para sentar las analogías necesarias para aplicarlas al caso venezolano. Por otra parte, sufrimos con este arqueo de fuentes lo que el desaparecido Julián Marías (1998) denomina la “fragilidad de la evidencia” por la inclinación inicial de concebir a la anotación preventiva

como una de las más luminarias innovaciones para el derecho procesal venezolano. Pero ante el asalto, nuevamente, el propio Ramos Méndez (1980, 10) nos realineará en el buen camino al decir sobre este sentimiento de complacencia:

“(…) Aunque inicialmente se pudiera pensar que la anotación preventiva es la solución ideal como medida cautelar para cualquier litigio que afecte a los libros fundiarios, un estudio más detenido de la misma revela sus notables limitaciones. No en vano la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en acertada imagen, se preocupó de señalar que las anotaciones preventivas no son el premio a una carrera de caballos (…)” (subrayado nuestro)

La precaución fue suficiente para ser cuidadosos con el análisis documental al evitar el encumbramiento de la anotación preventiva de la demanda a la categoría de solución “mágica” como de suyo ocurre frecuentemente en el Derecho, y más recientemente en el Derecho procesal como ha ocurrido con el derecho-acción de tutela judicial efectiva (ROZO, 2006, 335)

Hecha la advertencia y tomando las precauciones, la literatura jurídica comparada nos abonó en la profundización de la hipótesis que nos habíamos propuesto al principio. La misma se resumía en comprobar que la anotación preventiva de la demanda formaba parte del sistema de justicia cautelar o

también denominado “justicia material preventiva”, y no una simple formalidad de registro perteneciente al ámbito del derecho registral.

La distinción, si bien a simple vista pudiera ser baladí, para las consecuencias jurídicas que conlleva se torna más bien en una disyunción capital. La calificación de la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar o bien como una “simple anotación de registro”, le concederán la fuerza o debilidad como institución dentro del discurso jurídico. Es por eso que nos hemos propuesto en este trabajo abordar la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la demanda, no sólo en las connotaciones que el Derecho comparado le atribuye, sino, en su recepción por el Derecho venezolano.

La hipótesis de la naturaleza cautelar, estructuró la investigación en tres capítulos donde se abordan las instituciones y áreas científicas del Derecho que interseccionan en la anotación preventiva de la demanda. Como bien se ha dicho, en la anotación preventiva de la demanda es una encrucijada donde se encuentran el registro público y el proceso (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 13). Este encuentro merece especial atención, por cuanto no somos partícipes de ubicarnos en los llamados “eclecticismos” que para la teoría del Derecho no son más que explicaciones acomodaticias cuando una realidad jurídica no es ampliamente debatida.

El capítulo primero remonta los orígenes de la anotación preventiva de la demanda en el derecho comparado, iniciando su curso en las posibles raíces que la legislación romana y más tardíamente el derecho germánico pudiera haber dispuesto sobre este peculiar instrumento de la justicia cautelar. En el mismo acápite, se revisarán las principales manifestaciones de la anotación preventiva en los sistemas jurídicos europeos y en algunos países de Iberoamérica, que como ratifica Ramos Méndez (1980, 10) tiene “suma vitalidad”. Aunque no pretendemos trasponer la realidad de los otros ordenamientos jurídicos, las pesquisas en ellos nos ofrecerán piezas y metodologías para reordenar el rompecabezas de la llamada anotación preventiva de la litis.

El capítulo segundo, abordará las principales características del sistema preventivo y cautelar en Venezuela, pues, como ya lo expresamos, partimos de la hipótesis fundamental que la anotación preventiva es una institución de derecho procesal, más específicamente, de justicia cautelar. Pero, para lograr identificar la naturaleza jurídica, es necesario adentrarnos en las dimensiones más resaltantes de las medidas cautelares en la legislación y jurisprudencia venezolana. Sólo así obtendremos una visión lo suficientemente amplia para encuadrar aquello que caracteriza a una institución de derecho procesal como “cautelar”, pues, científicamente no sólo se analizan las naturalezas jurídicas por las características o

identidades, sino por los efectos o las consecuencias que desatan sobre el sistema jurídico. Como bien lo explica Montero Aroca (2000, 45) es de suma importancia entender la naturaleza jurídica en los componentes del derecho procesal, porque el mismo se ha transformado de un mero “ritualismo” en la expresión más acabada de la libertad. Sumado a ello, el fenómeno de “constitucionalización de las garantías procesales” (PICÓ I JUNOY, 1997, 40) el ideal del equilibrio entre las partes se impone, y con más razón, en la difícil y siempre escurridiza parcela de las medidas cautelares.

Finalmente, el tercer capítulo, una vez comprobada la identidad entre la anotación preventiva de la demanda y la teoría de las medidas cautelares, explicará los pormenores de la anotación preventiva en su plano práctico, es decir, en su procedencia y demás incidencias procedimentales. La principal peculiaridad de la anotación preventiva de la litis radica en su equilibrada practicidad tanto para las partes procesales como para los terceros que puedan adquirir derechos sobre los bienes litigiosos. En pocas palabras, advierte a un eventual tercero adquirente de un bien, del estado jurídico litigioso en que se encuentra el mismo, eliminando los obstáculos que pueda suscitar el principio de la buena fe pública registral a la ejecución de la sentencia que declare con lugar la demanda.

A pesar de la novedad de esta medida en nuestro derecho, así como adelantamos la falta de una regulación expedita en la legislación formal, ya que hasta la fecha no ha sido promulgado el reglamento del supra citado Decreto-Ley, es posible ir trabajando de manera pretoriana un posible camino procesal en los casos donde sea solicitada la medida. Para ello analizamos dentro del esquema que el derecho procesal nos otorga, las posibles fases procesales que pudiera resolver un juez con respecto a la anotación preventiva de la demanda, pues, a pesar del evidente equilibrio y hasta pacificidad de la medida, sus consecuencias se dejan sentir si es el órgano jurisdiccional otorga con lugar a la demanda.

El tema que hoy dilucidamos en este trabajo especial de grado no busca agotar la materia que nos reúne en esta oportunidad. Simple y lisamente queremos sistematizar los posibles efectos del artículo 42 del Decreto-Ley sobre registros, en el sentido de armonizarlos con nuestro derecho procesal que al fin y al cabo, como dice Jaime Guasp, “persigue una paz social superior basada en la justicia” (1997, 43). Queda abierta la discusión sobre la anotación preventiva de la litis.

CAPÍTULO I

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA ¿MEDIDA CAUTELAR O ASIENTO REGISTRAL? ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Aproximaciones conceptuales a la anotación preventiva de la demanda en la Teoría del Derecho.

La anotación preventiva de la demanda o también de la litis como se le conoce en el derecho comparado (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 14) (URDANETA FONTIVEROS, 2004, 362), se introduce en Venezuela casi por contrabando. El artículo 42 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado del año 2001 consagra la institución procesal en los siguientes términos:

“Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de derechos reales, o en la que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles”

A pesar de la posible frialdad o inocuidad del texto legal, la anotación preventiva de la demanda ha traído un sinnúmero de problemas y complejidades en aquellas legislaciones donde ha sido acogida. Esta diversidad ha conllevado también a dividir a la doctrina sobre su naturaleza jurídica dada la efectiva consecuencia que ella trae, la enervación de la fe

pública registral de terceras personas para que no se produzcan actos dispositivos por el demandando con cualquier carácter irreversible (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 41).

Es por ello que nos obliga en este primer capítulo, a título aproximativo, asomar una definición previa (que más adelante ahondaremos) para así adentrarnos en la polémica naturaleza de esta institución de indudable sabor procesal pues sin demanda, como acto procesal incuestionable (RENGEL-ROMBERG, 1995, 24), no cabe hablar de anotación.

Preliminarmente, por anotación preventiva de la demanda se entiende, como apunta el profesor Urdaneta Fontiveros (2004, 368) como un “asiento provisional que se practica en el libro de inscripciones en el sistema automatizado del Registro para dejar constancia de la existencia de una demanda relativa a la propiedad o a un derecho real inmobiliario o de una medida cautelar o ejecutiva sobre un determinado bien inmueble” . En este orden de ideas, Urdaneta Fontiveros trae a colación la definición que el clásico tratadista Ramón Roca Sastre sostiene. Para éste último, la anotación preventiva es “un asiento principal provisional y en general positivo, que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto

asegurar las resultas de un juicio, garantizar un derecho perfecto, pero no consumado, o preparar un asiento definitivo”.

En forma coetánea a las definiciones anteriores, el profesor Ramos Méndez (1980, 43) la define como “un asiento registral de vigencia limitada temporalmente que publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable”.

De las tres definiciones que se colocan sobre el tapete, resaltan las primeras notas características que si bien parecen ser contestes en la doctrina, a simple vista, nos introducen en categorías polémicas de campos temáticos tan disímiles que parten desde el Derecho Registral (CRISTÓBAL MONTES, 1965, 15) hasta la dinámica disciplina del Derecho Procesal o también Derecho jurisdiccional (MONTERO AROCA, 2000, 41). Lo que si podemos preliminarmente dar por sentado sobre la anotación preventiva de la litis son los siguientes puntos característicos:

- A. Es un asiento registral,

- B. Califica a los bienes que son objeto de ese asiento como “bienes litigiosos”,

- C. Es de carácter temporal o provisional, y;
- D. Constituye en una cautela que escapa a los efectos inmediatos de las medidas cautelares clásicas inmobiliarias en el derecho venezolano (Prohibición de enajenar y gravar y secuestro).

Las cuatro notas antes expuestas parecen inofensivas en un primer vistazo, pero, al profundizar se descubre las áreas grises o zonas de convergencia entre diferentes disciplinas jurídicas donde no es casual encontrar conflictos. Por ello, la razón de analizar preliminarmente, a la luz de la teoría del derecho, esta encrucijada que representa la anotación preventiva de la demanda (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 13).

La revisión de pasada sobre dichas notas características nos otorga el primer punto referencial para rearmar el rompecabezas que implica el estudio detallado de la anotación preventiva de la demanda. La importancia de ir desgranando cada uno de los elementos que conforman las definiciones anteriores, radica en su categorización dentro de instituciones o conceptos incontrovertibles para la doctrina. Esta labor de silogización (JÁÑEZ, 1998, 149) entre las premisas fácticas de la anotación preventiva de la demanda, con las categorías ideales, identificarán la verdadera naturaleza jurídica de este asiento registral que no es del todo inofensivo para el Derecho, como

tampoco es tan novedoso para el discurso jurídico europeo, por lo menos, desde su consagración formal en la Ley Hipotecaria Española de 1861. No en vano Urdaneta Fontiveros (2004, 367), nos advierte de la dificultad para llegar a un concepto unívoco de la anotación preventiva.

2. Rasgos característicos.

2.1. Anotación registral como acto de registro público.

La primera característica conteste señalada por las definiciones anteriores, nos indica que el objeto de estudio de este trabajo, es una “anotación”. Para el Derecho Registral, la anotación involucra un acto de registro diferenciado de otros como la “inscripción”. Para la doctrina, anotación implica un asiento de *carácter temporal que determina efectos más reducidos y menos vigorosos* que la inscripción (URDANETA FONTIVEROS, 2004, 369), ya que ésta última otorga una protección registral temporalmente “ilimitada” y atribuye todos los efectos propios de sistema registral inmobiliario con sus consabidos principios de *especialidad* y *publicidad* (CRISTÓBAL MONTES, 1965, 207).

Para el Derecho Registral, y más específicamente para el Derecho Registral Inmobiliario, los actos que se efectúan en los registros determinan

profundas consecuencias en el tráfico de bienes así como el estatus de los mismos. Dada la diversidad de conflictos que pudiera suscitarse entre los sujetos de derecho sea por el incumplimiento de obligaciones pactadas o por cualquier otra causa más allá del mundo comercial, la publicidad registral inmobiliaria introduce un elemento de tranquilidad -aparente- sobre los actores procesales. La publicidad, apunta Garrido Cordobera (1986, 46), por medio de la anotación atañe a la eficacia, con el fin de establecer una clara defensa de los acreedores.

A su vez, la anotación, otorga legitimación sobre las diversas situaciones jurídicas que trae consigo las titularidades reales al ser una fuente probatoria indiscutible. Ambas funciones registrales son las que han consolidado el seguro y sólido tráfico jurídico inmobiliario de nuestros días.

2.2. Calificación de los bienes inmuebles objeto de la anotación como “bienes litigiosos”.

Al calificar la anotación preventiva de la demanda como un acto registral de menor alcance que la inscripción, tal y como explicamos, sus efectos sobre los inmuebles se hacen valer de manera inmediata. Al realizarse el asiento de la demanda los bienes quedan en una especie de

“estado de interinidad” (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 15) mientras el proceso se resuelve sea con una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión procesal.

Ahora bien, a diferencia de otras medidas o gravámenes clásicos inmobiliarios, donde el tráfico de los mismos queda suspendido casi de forma absoluta, en la anotación preventiva no resalta ninguna prohibición ni limitación al propietario del inmueble en lo que respecta su potestad de disposición de los mismos. Sólo en la hipótesis de que la demanda sea estimada por la sentencia, la cautela preventiva actuará retroactivamente hasta el momento donde se hizo la inscripción.

La calificación de aquellos bienes que son objeto de esta inscripción como “litigiosos”, resuelve:

“(…) adecuadamente el conflicto de intereses que se plantea entre los diversos implicados en el mismo: Otorga adecuada protección a los intereses del demandado, en cuanto que no impide el tráfico jurídico de los bienes anotados; tutela al demandante frente a transmisiones irreversibles de los bienes inscritos y, en fin, permite a los terceros informarse a través de los libros del Registro de la existencia de la carga, advirtiéndoles por lo tanto las posibles consecuencias del resultado del proceso pendiente anotado (…)” (RAMOS MÉNDEZ, 1980, 50).

Las hipótesis que pudiera plantearse al transformar la anotación preventiva un bien inmueble libre en un “bien litigioso”, las revisaremos en el capítulo III del presente trabajo de grado, por cuanto, en Venezuela, las consecuencias son disímiles a lo operado en la legislación y jurisprudencia del Derecho comparado, a pesar de que lo común sea su subordinación a la dependencia del proceso.

2.3. Temporalidad.

Como característica propia de todo asiento registral, sobresale el carácter temporal de la anotación preventiva de la demanda. Su duración y efectos suspendidos están condicionados a la suerte del proceso originado con la demanda. Como bien se dijo, la anotación surtirá efectos cuando una sentencia estimatoria de la demanda sea ejecutada, al retrotraerse los efectos hasta el momento en que fue anotada la demanda.

En otros casos de decaimiento de la anotación, sea porque el procedimiento fue resuelto a través de la autocomposición procesal, o bien, porque el juez desestime la demanda, así como también la posibilidad de que se transforme la anotación en inscripción registral sea por cualquier transacción permitida; la anotación mantiene sus rasgos de temporalidad.

2.4. Cautela no tradicional pero tampoco innominada.

Una de las características resaltantes de la anotación preventiva de la demanda, que si bien pudiera no encuadrar con las típicas medidas cautelares inmobiliarias de nuestro ordenamiento jurídico como el *Secuestro* (artículo 599 del Código de Procedimiento Civil) y la *Prohibición de enajenar y gravas* (artículo 600 del Código de Procedimiento Civil); tampoco ella forma parte de ese heurístico mundo de las medidas cautelares innominadas.

Sin querer adentrarnos, por ahora, en la naturaleza propia de la anotación preventiva de la demanda, es importante resaltar su cualidad como “cautela” al resaltar la provisoriedad, judicialidad, variabilidad y urgencia de la misma (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 1999, 29-33). Al ordenarse al Registrador de la Propiedad el asiento de una demanda, se deja constancia de la existencia de un juicio cuyo objeto pudiera incidir directamente sobre la propiedad o posesión del bien inmueble objeto de registro (ORTÍZ-ORTÍZ, 2002).

Por otra parte, de forma provisional, sostenemos que la anotación preventiva de la demanda no se comporta como una medida cautelar innominada, las mismas que le facultan al juez para otorgarlas en el

parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. La anotación preventiva es una medida nominada consagrada expresamente por la legislación registral, que si bien, en su redacción el legislador no emplea terminología que la asocie a las típicas medidas cautelares del Código de Procedimiento Civil, sus efectos son más que suficiente en la garantía y función de la eficacia del proceso, sin traspasar nunca lo que explica Rafael Ortiz-Ortiz (2002), los límites de la justicia y la equidad.

3. Antecedentes históricos de la anotación preventiva de la demanda en el Derecho Comparado.

Tal como se ha expuesto hasta el momento, la anotación preventiva de la demanda se nos presenta como una novedad y riqueza que quiebra las tradiciones procesales. Las notas características analizadas dan cuenta suficiente de su profundidad, lo cual, sólo es posible si detrás de dicha institución la sustenta una larga y prolífica efeméride capaz de sedimentar la experiencia jurídica en torno a su puesta en práctica. Los datos revelados de la historia, remota y reciente, de la anotación preventiva de la demanda, son de suma importancia por cuanto nos aclara el panorama al momento de bautizarle bajo una determinada naturaleza jurídica.

Como tributarios del sistema de derecho continental o también llamado Civil law, es necesario remontarnos a los antecedentes y raíces de dicho sistema, que no son más que el siempre efectivo Derecho Romano, el original Derecho Germánico, y por nuestra historia peculiar así como geografía y estirpe jurídica, las regulaciones que el antiguo Derecho Castellano (Partidas o Fuero Juzgo) haya podido transpolar en la legislación de indias.

3.1. Antecedentes en el Derecho Romano.

Una de las advertencias metodológicas que formula la doctrina romanista más autorizada (ARANGIO-RUZ, 1945) (D'ORS, 1986) (IGLESIAS, 1987) al momento de adentrarse el investigador moderno en sus predios, está relacionada a la imposibilidad de yuxtaponer la institución jurídica de nuestros días objeto de la investigación, con alguna figura o institución presente en Roma. Como bien lo destaca Ricardo Orestano (1998), el Derecho Romano que hoy estudiamos, con sus clasificaciones, sus conceptos y sus mecánicas, es reconstrucción contemporánea de un fenómeno jurídico que en su realidad no funcionó así.

Basta recordar que fue la polémica disputa entre Bernard Windscheid y Theodor Muther, acerca de si fue conocido por los Romanos el concepto “actio” la que originó nuestra ciencia procesal (RENGEL-ROMBERG, 1995, 50). El llamado Derecho Romano de los Romanos, que es la expresión viva de lo que en sí fue la experiencia jurídica romana, desconocía de los conceptos abstractos o formulaciones de teorías acabadas con pretensión de explicar globalmente una institución (MERELLO ARECCO, 1991, 27).

Ante esta realidad, el investigador moderno debe recomponer las manifestaciones casuísticas del Derecho original de los romanos para así formular o sustentar sus proyecciones históricas sobre las instituciones jurídicas modernas. Salvo los casos de claras e incontestables categorías institucionales que han quedado inalteradas desde el Derecho Romano hasta nuestros días, en los otros casos donde la oscuridad es la regla, la prudencia aconseja revisar los ámbitos donde se desenvuelve dicho concepto que quiere sustentarse en el Derecho Romano.

En nuestro caso particular, es decir, la anotación preventiva de la demanda, confluyen en un primer término dos áreas bien delimitadas como son el registro inmobiliario y la justicia cautelar. Ambos renglones poseen raíces profundas en el Derecho Romano, pero, dispersas y por sobretodo, se remota a etapas más antiguas que la época de la compilación justineana,

razón por la cual, en el Corpus Iuris Civilis, la referencia a un antecedente directo de que las demandas hayan sido registradas con el fin de transformar un bien en bien litigioso, es todavía más oscuro. Además, en su afán por hacer reinar una justicia equitativa y por sobretodo “útil”, los pretores romanos recurrieron a muchas innovaciones que harán más compleja todavía la búsqueda (VILLEY, 1960, 19).

Al revisar la literatura romanista, no encontramos una referencia directa en el Derecho Romano sobre la anotación preventiva de la demanda. En sus antecedentes indirectos, léase Registro Inmobiliario, Medidas Cautelares y sistema de registros, tampoco hay uniformidad que nos conceda pistas para localizar nuestra investigación.

En cuanto al primer antecedente remoto, el Registro Inmobiliario, la doctrina romanista se divide entre quienes atribuyen la existencia de un sólido registro de inmuebles a lo largo de los territorios gobernados por Roma (VEGAS, 1984), y entre aquellos que niegan, siquiera, algunos rudimentos sobre la existencia de registros inmobiliarios (CRISTÓBAL MONTES, 1966, 33-53).

De ambas posturas, toma mayor asidero la que disiente sobre la realidad registral romana, por lo menos, en lo que respecta a la publicidad

inmobiliaria. En Roma, a medida que fue avanzado el Derecho Romano en sus diferentes etapas, fue dejando el rígido formalismo característico del *ius civilis*. Como bien lo explica el profesor Cristóbal Montes (1966, 33) en la medida que el Derecho romano evolucionaba, las rígidas formalidades de transmisión inmobiliaria, y con ella sus registros, declinaba para una progresiva espiritualización de los negocios jurídicos con la pérdida de las rigideces formales.

La publicidad -apunta Cristóbal Montes (1966, 39)- aparece históricamente como solución a necesidades fiscales o a necesidades de aseguramiento del crédito y del tráfico jurídico. En Roma, muy a pesar de la existencia de la hipoteca y la prenda, era mucho más estimado el crédito personal que el real. Las dificultades para la interposición de las acciones reales quasi serviana (ejecución hipotecaria) y reivindicatoria, inclinaron la balanza hacia medidas personales que a toda luces hacía nugatoria o innecesaria la presencia de un registro inmobiliario.

Sin embargo, muy a pesar de esta realidad comprobada, encontramos tres instituciones romanas que en cierta medida se corresponden con una fase muy rudimentaria acerca de la posibilidad de la inscripción de las demandas. Dichas instituciones son el “*tabularium*”, la “*in iure cessio*” y la “*insinuatio donacional*”, ésta última, aparecida en la época justineana.

Analizaremos cada una de ellas en sus aportes a la moderna anotación preventiva de las demandas que acaece en los registros inmobiliarios de nuestro tiempo.

3.1.1. El “Tabularium”.

Era un archivo de escribanía donde se guardaban los principales documentos relacionados con los inmuebles (GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, 1982, 660). En las fases más arcaicas, el Tabularium consistía a la suerte de archivo de tablillas de bronce, construido según las fuentes (Códex, 8, 53.1) y (Digesto, L, XIII. 1, & 6), hacia el año 68 a.c., en él se archivaban una copia del documento sobre transacciones inmobiliarias en laminillas de bronce (VEGAS, 1984, 11).

Por otra parte, así como se guardaban en el Tabularium de Estado las laminillas, en cada uno de los predios rústicos y edificios urbanos, por lo menos en la fase arcaica, fue costumbre colocar inscripciones lapidarias (Tabulae), columnas o postes en los que se indicaba el nombre del propietario y se hacía referencia a la libertad o gravamen de la finca o edificación. Sin embargo, “no es menos cierto, aparte que tal costumbre desapareció pronto por su inutilidad y por considerarse lesiva de los intereses

del propietario, que las referidas Tabulae y columnas no pasaron de un mero anuncio o noticia sin eficacia jurídica alguna” (CRISTÓBAL MONTES, 1966, 53).

A pesar de jugar contra nosotros las pruebas documentales irrefutables sobre la impertinencia de colocar al Tabularium como antecedente directo de los registros inmobiliarios, nos llama la atención la prolífica referencia notarial que hace el Corpus Iuris Civilis en sus diferentes libros sobre la necesidad de inscripción inmobiliaria (Véase Códex, X, XXV. 1 y X, I, 1.2) (Digesto, 50, IV, 18, & 10).

3.1.2. La in iure cessio.

A diferencia del Tabularium, la in iure cessio, fue una forma solemne de transmisión de una propiedad quiritaria. La figura bajo comentario tenía por objeto fingir querer entablar un pleito sobre propiedad, de conformidad con una de las legis actio sacramento in rem (URÍA, 1992, 660). Tanto el vendedor como el comprador se presentaban ante el pretor con la res litigiosa, o bien, con algo que la representare.

De las formalidades, así como de esta forma solemne para transferir la propiedad, se comunica con nuestra moderna anotación preventiva de la demanda, por la calidad en que quedaban los llamados bienes litigiosos (res litigiosos). Durante el procedimiento, tan igual como ocurre con la anotación preventiva, los bienes objetos de la *in iure cessio* quedaban en ese estado de “litigiosidad” que si bien no impedían su tráfico jurídico, por lo menos el tercer adquirente o quien intentare precisar algún derecho real sobre el bien, quedaba advertido sobre el gravamen que pesaba al mismo. Y en el caso de éxito litigioso, el inmueble pasaba en plena propiedad al comprador.

3.1.3. La *insinuatio* donacional.

La tercera de los posibles antecesores de la anotación preventiva de la demanda, la encontramos en la llamada insinuación de donaciones (*insinuatio*), prevista en la fase clásica.

La *insinuatio*, cuando era hecha pública y dentro de la futura donación se hallaban bienes inmuebles, debía ser inscrita en los registros públicos para que surtiera validez. El Códex, en específico, Libro 4, Título 3, párrafos 1 y 2 nos refieren lo siguiente:

“(...) Si no obstante el pacto contuviese predios rústicos o urbanos, extiéndase escritura que los transfiera a otro, sígase la entrega material (traditio corporales), y den actas testimonio (gesta testentur) de que el asunto quedó terminado, pues, de otro modo no pueden pasar al nuevo dueño ni separarse del antiguo (...)”

Una vez inscrita la insinuatio, el bien asumía el carácter parecido al de res litigiosa, advirtiéndose a los posibles futuros compradores de la existencia de esa situación que si bien no era un gravamen como tal, por lo menos, colocaba en alerta a los compradores.

Como se ha podido analizar, los tres antecedentes no aportan directamente un claro referencial sobre la anotación preventiva de la demanda y su posibilidad de existencia en el Derecho Romano. Pero, si nos contribuyen en la concreción de una de las características señaladas en las páginas precedentes sobre el estado de litigiosidad en que se encuentran los inmuebles. Si bien es cierto, que la fundamentación en el Tabularium es endeble, por lo menos es una muestra de la publicidad registral necesaria para conocer el estatus de un inmueble.

En materia procesal romana, a diferencia de lo expuesto sobre los registros y destino de los inmuebles sometidos a instituciones someramente parecidas a la anotación preventiva de la litis, no hallamos ninguna referencia

ni siquiera indirecta en el rudimentario derecho procesal romano, que como lo dijimos al principio, no era caracterizado por las teorizaciones y demás sistematizaciones que nuestra ciencia jurídica moderna ha formulado en su reconstrucción histórica.

Recapitulando este primer estadio histórico, Roma no ofrece una clara evidencia sobre si era conocida o practicada la anotación preventiva de la demanda, pero, si estamos seguros es que buena parte de los efectos de ésta última, tienen íntima relación con el proceder romano relacionado en el Tabularium, la In lure Cessio y la Insinuatio donacional.

3.2. Antecedentes en el Derecho Germánico.

El segundo de los llamados “Derechos históricos” que en buena medida han moldeado el discurso jurídico de nuestros días, fundamentando las instituciones, tiene que ver con el desarrollo del Derecho Germánico. Pieza importante de una cultura que se fusionó con el Derecho Romano, aquél primitivo discurso jurídico reconoció la existencia de registros inmobiliarios donde se incluían en las anotaciones marginales, la presencia de una litis.

Propiamente esta modalidad registral, tal y como lo sustenta Planitz (1957, 161), se concretará en las primeras fases de la llamada edad media germánica, donde las ciudades, elaboraban reglas de Derecho que se separaban de las tradiciones del Derecho Común Romano. Específicamente, estos registros de anotaciones, incluyendo los pleitos sobre los inmuebles, se hacían en una hojas archivadoras (Schreinkarten) y posteriormente, para conservarlos mejor, en libros archivadores (Schreibbücher).

Con el éxito de este sistema registral aparecido en Colonia y luego extendido en toda la nación germánica, el registro fue diversificándose hasta el punto de ir especializando los Schreibbücher en unos especializados para negocios prendarios y para los negocios de renta (PLANITZ, 1957, 162).

Muy a pesar de la tratar de encontrar en este peculiar sistema de derechos históricos, y de hallar un concepto de registro inmobiliario más acabado que el Derecho Romano, tampoco es posible asirnos de estas explicaciones para proyectar históricamente la anotación preventiva de la demanda con alguna formalidad procedimental germánica.

3.3. Antecedentes en el Derecho Hispánico Medieval.

El tercero de los “Derechos históricos”, donde nos es lícito ubicar antecedentes por ser la base de nuestro sistema del civil law Iberoamericano de manera directa, es el Derecho Hispánico o también denominado “Derecho Castellano”. Concebido entre las costumbres forales de los reinos que conformaron la nación ibérica y las reglas unificadoras del Derecho Romano, en el Derecho Hispánico Medieval es posible precisar antecedentes más directos sobre la anotación preventiva de la litis.

Explica Ramos Méndez (1980, 18), que es posible fijar un paralelo histórico entre la moderna noción de anotación preventiva con las penas accesorias que imponía el Código de las Siete Partidas. Establecía la Partida III, 7. 13, lo siguiente:

“Tomo ome después que fuese emplazado, si enagenase la cosa, sobre que fuese fecho el emplazamiento, quel quisieren demandar, diziendo, e razonando los demandadores, que no avía derecho en ella, e que era sulla dellos; que tal enagenamiento non vala, e que sea tornada aquella cosa, en poder de aquel que la enageno, e que sea el temido de fazer derecho sobre ella. E demás, que aquel que la compró, si fuese sabidor de aquel engaño, que pierda el precio que dio por ella. E otrosí el vendedor, que peche otrotanto de lo suyo, por el engaño que fizo, e sea todo de la Cámara del Rey”

Analicemos con detalle la partida. Primero, la partida imponía en un primer lugar, que, luego del emplazamiento, cualquiera que tuviera derechos sobre la cosa litigiosa y se razonara, podía perfectamente invalidar la venta. Segundo, resalta el papel de la buena fe que pudiera traer consigo el tercero comprador. Si el comprador conocía del ardid, se le castigaba con la pérdida del precio dado al vendedor, y finalmente, en el caso de que se complicara el negocio jurídico con un entramado de falsedades, el dinero y los proventos irían a parar a las arcas reales como castigo.

De de notar que por muy rudimentario que se torne el Derecho Castellano, entre sus arquitectos estaba prevista la idea del equilibrio y protección de todas las parte, sin que ello menoscabare los derechos que pudiesen obtener sobre la cosa en el caso de ganar la litis. En pocas palabras, es un antecedente más directo de la anotación preventiva contemporánea.

En los casos del Derecho Indiano, que no es más que el trasplante castizo y mestizo del Derecho Castellano, en materia registral inmobiliario no hayamos claras evidencias de algo parecido a lo dispuesto en la Partida III que hemos transcrito. La venta de tierras coloniales, con sus gravámenes inmobiliarios, no alcanzó a establecer un sistema registral lo suficientemente ágil significando una rémora para la colonización (URQUIJO, 1978, 58).

3.4. Antecedentes del Moderno Derecho Hispánico.

Ya entrado el siglo XIX, con el antecedente propio de las Partidas, España promulga una Ley Hipotecaria moderna, a mediados de 1861. Con ocasión al proceso de modernización sufrido por el sistema jurídico ibérico como consecuencia de la restauración, se consagró por primera vez la anotación preventiva de la demanda en el todavía vigente artículo 42 de la Ley Hipotecaria de 1861, reformada por Real Decreto el 8 de febrero de 1946 (Boletín Oficial de Estado nº 58 del 27 de febrero de 1946). El texto está redactado en el siguiente tenor:

“(…) Artículo 42.

Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real (...)

Los artículos subsiguientes al 42 de la Ley Hipotecaria obligan que para la anotación prevista en el numeral primero del mismo, deba proveerse por autoridad judicial.

Concatenado con las disposiciones del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con sus sucesivas

reformas, y más especialmente la reforma del año 2000 que simplificó el régimen procedimental para la adopción de medidas cautelares (MONTERO AROCA, 2000, 679); bautizó expresamente a la anotación preventiva de la demanda como *medida cautelar*. El artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, es diáfano, al rezar:

“(…) Artículo 727. *Medidas cautelares específicas*. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

(…)

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos

(…)”

En los antecedentes españoles es claro que la anotación preventiva asume la naturaleza de medida cautelar nominada. Situación que difiere en la legislación venezolana y que no por ello pueda plantearse la controversia en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, este tema será dilucidado en el capítulo II del presente trabajo, siendo lo más importante hasta el momento, la clara significación histórica que ha debido sufrir la anotación preventiva de la litis hasta las manifestaciones actuales.

4. Sistemas registrales de anotación preventiva de la demanda.

Los Derechos históricos aludidos en las páginas precedentes han logrado ir conformando claros espacios conceptuales o sistemas registrales referidos a la anotación preventiva de la demanda. La doctrina ubica cuatro grandes bloques sistematizados de esta cautela que merecen ser revisados someramente.

Los sistemas registrales resaltan por dos notas comunes. Primero, la postura de las legislaciones acerca de la obligatoriedad o no de la anotación en los registros. Segundo, sobre las consecuencias o efectos que pudiera suscitarse el simple hecho de anotar o no una demanda. En fin, es como explica el profesor Ramos Méndez (1980, 27) “de conectar el proceso a los diversos registros públicos para armonizar la litigiosidad con el tráfico jurídico de los bienes litigiosos”

4.1. Sistemas puramente registrales.

El primer sistema registral sólo consagran la posibilidad de registrar las demandas pero sin que ello represente algún efecto notorio en materia procesal. Dentro de este primer sistema sobresale Alemania. Los

parágrafos 883 y 899 del BGB alemán estatuyen la posibilidad de registrar la demanda en los casos de Vormerkung (prescripción) y la Widerspruch (asiento registral de contradicción). Pero, como su palabra lo dice, son puros sistemas registrales que no otorgan ninguna finalidad procesal a la demanda que ha sido anotada.

4.2. Sistemas de obligatoriedad selectiva como requisito de procedibilidad.

Este segundo sistema, presente en la codificación francesa, establece que determinadas demandas judiciales deben obligatoriamente ser inscritas en los registros inmobiliarios como requisito sine qua non de la procedibilidad de la acción. Es el sistema donde la anotación preventiva sufre una suerte de bipartición entre aquellas demandas que por voluntad expresa del legislador deban ser anotadas, so pena de improcedencia, y aquellas con otro valor distinto para el proceso.

En Venezuela está presente, desde 1862 hasta 2001, de este sistema cuando el Código Civil obliga al demandante inscribir el libelo en los registros inmobiliarios en los casos de intentarse acciones reivindicatorias, negatorias, confesoria, de deslinde, de declaración de certeza del derecho propiedad, etc. Pero, muy a pesar de participar incidentalmente de este sistema, no

puede ubicarse a Venezuela dentro del sistema francés puro, por lo menos, desde el año 2001 en adelante.

Sobre el punto de la anotación obligatoria o potestativa para el sistema francés, es necesario detenernos a explicar, que para un caso u otro, el hecho de que el legislador obligue a registrar la demanda, difiere de la tesis sobre el carácter cautelar de la anotación. En los casos que determina el Código Civil francés, la anotación ni siquiera puede tildarse como preventiva, sino más bien, como requisito in limine del ejercicio de acciones reales.

4.3. Sistemas de taxatividad de los efectos procesales de la anotación preventiva de la demanda.

El tercer sistema, propio de la legislación procesal civil italiana, conjuga tanto el sistema alemán de registro de demandas con el francés, salvo, que los efectos procesales en vez de ser genéricos, son sugeridos por el legislador para cada caso en especial (STOLFI, 1974).

Los artículos 2652 y 2653 del Código Civil Italiano son la muestra palpable del sistema de selectividad de efectos procesales de la anotación preventiva de la demanda. Es decir, el legislador atribuye una consecuencia

la anotación o no de la litis para el éxito en las resultados del proceso, claro está, cuando se dicta sentencia estimatoria de la demanda.

El problema de este sistema de registro de demandas, radica en el excesivo causalismo por el cual el legislador busca limitar los efectos de las anotaciones preventivas.

4.4. Sistemas de publicidad potestativa.

En este caso, la anotación preventiva de la demanda asume el carácter potestativo atribuido por el legislador. Queda en manos de cada actor anotarla preventivamente para que asuman ese carácter de medida cautelar y pueda enervar los efectos que la fe pública registral otorga a aquellos inmuebles registrados conforme a la ley, en el caso, que al final del proceso, el actor salga victorioso y su demanda sea estimada por el órgano jurisdiccional. Responde a este sistema toda la legislación española y la venezolana a partir del año 2001. Peculiaridades que hemos explicado en las páginas que preceden.

CAPÍTULO II

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS EN EL SISTEMA JURÍDICO VENEZOLANO

En el capítulo precedente, pudimos comprobar el argumento irrefutable de insertar a la anotación preventiva de la demanda como una medida cautelar nominada. Los elementos históricos que conforman la institución procesal analizada, así como su encuentro definitivo en el moderno derecho procesal español, nos arrojan con una claridad insoslayable la naturaleza jurídica para el derecho comparado.

La consagración expresa en el artículo 727.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española como medida cautelar específica, típica y nominada, resuelve el acertijo en un primer plano para el sistema jurídico procesal ibérico. Allí sólo debe el jurista centrarse en el desarrollo del precepto procesal, integrándolo, interpretándolo y asimilándolo a la realidad del proceso y sus vicisitudes. Sin embargo, concretándonos en la legislación patria nos topamos con una dificultad a primera vista. Nuestra anotación preventiva se consagra en apenas un artículo de un Decreto con rango y fuerza de ley reguladora de la materia inmobiliaria y notarial. Es decir, asoma una dudosa naturaleza registral más allegada a los campos de estudio del Derecho Administrativo que de la justicia cautelar civil.

Resulta llamativo que una institución de tan profundas consecuencias en materia cautelar, con más de dos siglos de tradición en el Derecho español, apenas haya sido recepcionada por nuestra legislación -ni siquiera formal- en los inicios del siglo XXI. Pero, sin entrar todavía sobre los detalles de las razones que motivaron su consagración, la inclusión dentro de un corpus normativo registral una regla de sustancia procesal, trae a más de un sector de la doctrina y jurisprudencia nacional diferentes posturas, que por el momento, no ha traspasado hacia la dimensión de la disputa pública como otros polémico temas del Derecho Procesal como la Casación en la Justicia Contractual o la intervención de terceros.

Ante la dificultad encontrada, valga decir, sobre la imposibilidad de nombrar a nuestra anotación preventiva de la litis como una “medida cautelar” a secas, el investigador debe necesariamente adentrarse en los ámbitos de la llamada naturaleza jurídica, es decir, le impera una búsqueda que logre dar con la calificación exacta sobre lo que es la institución o concepto jurídico investigado.

En la filosofía de las ciencias, y más específicamente para las ciencias sociales, el hallazgo de la perfecta naturaleza de una categoría, concepto, institución o proceso, deviene de una serie de pasos que van desde la

elaboración de un silogismo donde se contrasta la realidad, cualidad y desempeño del concepto con los llamados “géneros” o “categorías generales” (BUNGE, 1969, 41).

El procedimiento anotado puede sufrir modificaciones en la medida que es aplicado para cada una de las ciencias que conforman la clasificación general de “ciencia social”. El Derecho, como ciencia que no sólo prescribe en el plano del deber ser, sino que orienta la realidad, también dedica su tiempo a la calificación de las instituciones que lo conforman, pues, a diferencia de otras ciencias, las consecuencias obligan a todos, incluso, contra la misma voluntad (OLASSO, 2004, 136).

En pocas palabras, nos corresponde en este momento saber cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la litis en Venezuela, no porque nos invada una curiosidad teórica que, como decía Chiovenda, “es algo que carece de sentido” (1949, 376), sino que dependiendo del resultado en su calificación, las consecuencias para la vida jurídica real marcarán el compás de conductas o incluso, la eficacia de la institución procesal objeto de este trabajo de grado.

1. Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la demanda. Un ensayo desde la filosofía del Derecho en Venezuela.

Para la filosofía del Derecho, como disciplina encargada de pastorear a todas las ramas pedagógicas del Derecho desde un plano universal (DEL VECCHIO, 1964, 276), el estudio de la naturaleza jurídica ha copado un espacio de suma importancia al momento de existir dudas en las instituciones fundamentales de la teoría jurídica. Este cometido es bien conocido por el Derecho Procesal desde sus orígenes, pues, de manera recurrente se revisan naturalezas jurídicas, algunas creadoras de singulares controversias, otras, más discretas; pero al fin y al cabo es una actividad constante entre los procesalistas

A diferencia de lo que pueda ocurrir en otros campos del saber, la naturaleza dentro del discurso jurídico asume unos efectos que inmediatamente se proyectan en la vida real. Si a una institución o concepto se le atribuye una naturaleza jurídica que no responda a lo que realmente es, entonces, los daños que pudiera ocasionar dentro del sistema jurídico, amén de los perjuicios que pueda causar a la realidad, podrían alterar los principios y demás mecánicas de funcionamiento del Derecho.

Es por eso que cada vez que nosotros hacemos alusión a la naturaleza jurídica, respondemos la clásica pregunta ¿qué es?, que para los juristas romanos y su sistema casuístico de justicia, resultaba capital porque dependiendo de la respuesta, procedían a la calificación de los efectos (ARANGIO RUIZ, 1945, 25)¹. En pocas palabras, desde Roma hasta nuestros días, la naturaleza jurídica es la respuesta a la pregunta ¿qué es? formulada por el Derecho para posteriormente atribuirle las consecuencias jurídicas que las normas le atribuyen.

La respuesta al “qué es” dentro de la historia jurídica ha representando en la mayoría de los casos una cierta y menuda facilidad, sobretodo, cuando estamos en presencia de un concepto bien elaborado y consolidado por el tiempo y uso cotidiano, tales como emplea el Derecho privado con las categorías de “obligación”, “contrato”, “familia”, “testamento”, “colaciones”, “tutela”; o bien, el Derecho Público con el “servicio público”, “acto administrativo”, “policía administrativa”, “orden público” y otros tantos formulados por la Teoría del Derecho.

¹ Especial atención merece las llamadas “legis acciones”, como primera etapa del rudimentario derecho procesal romano. En las acciones de ley, previamente el magistrado procedía a calificar cuál de las acciones era la permisible para resolver el conflicto (acciones reales) entre las *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, las *legis actio per conductionem*, las *legis actio per manus ineiectionem* y las *legis actio per pignoris capionem*. En el procedimiento formulario, menos rigorista que el anterior de las legis acciones, existía una fase (*intentio*) en la cual los magistrados analizaban la petición del actor, sea por éste último planteada en forma cierta o incerta. Una vez oída la pretensión, los jueces debían apreciarla y fijarla en términos concretos que no dejaran lugar a duda.

Si por ejemplo estamos ventilando un proceso donde la controversia se origine por el no cumplimiento de una obligación pactada en un arrendamiento, lo que a su vez, causa daños y perjuicios sobre los bienes muebles de un tercero por la anuencia de una de las partes; resulta imprescindible saber cuál es la naturaleza jurídica del “arrendamiento”. Desde Roma se conoce al arrendamiento con el familiar concepto de la “locatio-conductio”, es decir, es un *Contrato*. Al afirmarse la naturaleza contractual, entonces, le impone al intérprete que resuelva la litis consultar primeramente todas las fuentes normativas reguladoras de los contratos antes que aplicar otros preceptos normativos.

El caso anterior nos resulta elemental porque dos milenios de historia jurídica facilitan el proceso. La cuestión calificadora de la naturaleza jurídica se nos complica cuando las instituciones son de reciente data, participan de una fusión entre conceptos clásicos y a su vez, poseen la capacidad para modificarse a través del tiempo. En nuestro caso, la anotación preventiva de la litis es una fusión que se realiza en la legislación española del siglo XIX, de elementos que fueron construyéndose en los derechos históricos (registros inmobiliarios, litigiosidad de los bienes, efectos procesales), tal y como explicamos en el capítulo primero de este trabajo.

En países como España o Italia, el legislador ha resuelto los acertijos, pero, en Venezuela la ley quedó a medias, ratificando ese aprecio que se tiene en nuestro Derecho por el hibrismo, complicando las operaciones mentales que para la lógica serían simples razonamientos. Ese hibrismo, que como señala la profesora María Luisa Tosta:

“(...) en cambio encontramos que cuando se va más allá del estudio concreto de las diferentes ramas jurídicas, para hacer Teoría General del Derecho, la inclinación de la doctrina es diferente. De este modo, la formación que han recibido nuestros juristas padece de un hibrismo que va a reflejarse luego en esa mezcla de tendencias inarmónicas que podemos observar en muchas de las obras comentadas, de uno u otro período (...)” (2005, 55)

El hibrismo se nota a primera vista en los pocos trabajos que sobre la anotación preventiva de la litis se han escrito en Venezuela. Mayoritariamente, se le encasilla como una institución registral pero con efectos procesales (URDANETA FONTIVEROS, 2004). La jurisprudencia, las arrincona hacia el espectro de las medidas cautelares innominadas²,

² Véase las sentencias de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia: 28 de septiembre de 2006 (Caso: *Rodolfo Rodríguez Lau y otros*) con ponencia de la Magistrado Isbelia Pérez Velásquez. También, ha sido criterio de los Tribunales Superiores Civiles en casi todas las circunscripciones judiciales venezolanas, considerar a la anotación preventiva de la litis como una “medida cautelar innominada” sin juzgar las razones por las cuales es innominada. Véase sentencias del: 06 de julio de 2006 del Juzgado Superior Contencioso-Administrativo de la Región Centro-Occidental (Barquisimeto) (Caso: *Milagro Valera de Vassilakov*) y 08 de septiembre de 2004 del Juzgado Superior Primero en lo Civil del Estado

como en su momento analizaremos cada uno de estos fallos. En fin, el panorama que nos ofrece lo que se ha escrito de la anotación preventiva de la litis en Venezuela no es nada alentador al momento de calificar una real y homogénea naturaleza jurídica, que como dijimos, no es un ejercicio teórico para matar el tedio o la curiosidad académica. Su precisión es de suma importancia porque dependerá el régimen procesal aplicable para que sea decretada o no esta medida cautelar.

1.1. ¿Qué implica calificar una naturaleza jurídica?

La calificación de la naturaleza jurídica de las instituciones del Derecho, no ha sido del todo unánime. Como este procedimiento proviene de la lógica, cada escuela del pensamiento ha interpuesto sus criterios definitorios para proceder a la identificación de una naturaleza cuestionada.

Los criterios para definirlo parten desde el minucioso comportamiento de las características que conforman a la institución, comparándola con su

Carabobo (Caso: *Isabel Bigott Rubio*). En los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil también existe esa parcialidad hacia la calificación como medida cautelar innominada. Véase sentencias: 20 de septiembre de 2006 del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Aragua (Caso: *Iraima Beatriz León Nieto*); 21 de agosto de 2003 del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Miranda (Caso: *Miguel Ángel Lois Loira*) y 10 de marzo de 2006 del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, con sede en Cabimas (Caso: *Carlos Eduardo Salas Santeliz*).

antagónico (tesis de la identidad), hasta aquellos que van más allá de los nominalismos y se adentran en la revisión de las consecuencias o finalidades para la cual ha nacido la institución o concepto jurídico.

Al terminar la calificación, la esencia que haya resultado nos indica cuál será el régimen jurídico completo que deba aplicarse al caso. Si logramos, por ejemplo, calificar a la anotación preventiva de la litis como una medida cautelar típica, entonces, el juez deberá tomar en cuenta todos los dispositivos de la legislación vigente, e incluso, principios generales del Derecho particulares a las medidas cautelares al momento de resolver una controversia planteada por vía analógica. Si por el contrario, se le califica como una especie de acto registral puro, entonces, el régimen aplicable será el dispuesto en los preceptos registrales venezolanos.

1.2. Criterios para la precisar la naturaleza jurídica

Como podrá notarse, la calificación de la naturaleza jurídica en el Derecho resulta telúrica y no cerrada de controversias porque inmediatamente sus efectos se dejan sentir en los planos del ser y del deber ser normativo.

Siguiendo este razonamiento, intentaremos calificar nuestra anotación preventiva de la litis, revisando cada uno de los métodos previstos por la lógica del Derecho, sea a través de la tesis de la identidad o la tesis de la viabilidad.

1.2.1. Revisión de las características (Tesis de la identidad).

La primera de las tesis diseñadas por la lógica, específicamente desde el método aristotélico, es la llamada tesis de la identidad. Plantea esta teoría que las naturalezas de las cosas se debe encontrar observando las semejanzas y diferencias de aquello que se analiza para luego contrastarlo con las categorías generales que identifican que una cosa sea lo que es y no sea otra cosa. Es decir, tomamos a la anotación preventiva de la litis, revisamos sus principales características y las comparamos con las categorías a las cuales se le quiere encuadrar.

Hasta el momento resaltan dos categorías sobre la anotación preventiva de la litis: *anotación registral* y *medida cautelar*. Cada una de ellas posee características que la definen. Para poner en práctica la tesis planteada repasaremos el siguiente cuadro sinóptico.

LA ANOTACIÓN REGISTRAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES
Notas características

Anotación Registral	Medidas Cautelares
<p><i>Temporalidad</i> (Su duración está sometida a plazo de caducidad)</p> <p><i>Instrumentalidad</i> (Está subordinada a otro fin, que la hace accesoria)</p> <p><i>Califican a los bienes como litigiosos</i> (Si bien no impiden el tráfico jurídico, grava al bien)</p> <p><i>Judicialidad</i> (Están sometidas a lo que disponga un órgano judicial)</p>	<p><i>Temporalidad</i> (Su duración está sometida temporalmente al proceso)</p> <p><i>Instrumentalidad</i> (Están sometidas al proceso principal)</p> <p><i>Califican a los bienes como litigiosos</i> (Gravan los bienes, limitando su libertad comercial)</p> <p><i>Judicialidad</i> (Sólo las pueden otorgar los jueces en su potestad jurisdiccional)</p>

El cuadro anterior no nos diferencia para nada a ambas categorías con el objeto de inclinar hacia una de ellas a la anotación preventiva de la litis. Al contrario, por aplicación de los principios de *identidad y contradicción*, propios de la deducción (JÁÑEZ, 1998, 131) la anotación preventiva de la litis podría ubicarse indistintamente tanto como anotación registral como de medida cautelar. Una ambivalencia que para el Derecho no está autorizada, pues, dejaría al arbitrio de los jueces escoger la categoría según la conveniencia. Operación vedada para el Derecho Procesal en virtud del principio de la legalidad que estatuye el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

De esta forma, la tesis de la identidad no nos aporta mucho para dilucidar la pregunta central de nuestra investigación, sobre qué es en sí la anotación preventiva de la litis. Esto se nos complica dualidad termina siendo complicada porque el dispositivo que regula la anotación en Venezuela se encuentra en un Decreto con Rango y Fuerza de Ley que es la principal fuente del Derecho Registral venezolano, como es la Ley de Registro Público y del Notariado.

1.2.2. Efectos o consecuencias fácticas y sobre el sistema normativo (Tesis de la viabilidad)

Ante las limitaciones vislumbradas en el punto anterior, la lógica ha ideado otro método que si bien no compite con el anterior, lo complementa para solventar los casos como el de la anotación preventiva de la litis. Tomado del método inductivo, la naturaleza jurídica de una institución se precisa, como apunta Del Vecchio, a través de la investigación fenomenológica (1964, 122).

En dicho proceso mental, si bien se toman en cuenta las características de aquello que es identificado, no debe agotarse en éstas el esfuerzo. Le impone al investigador el deber de revisar el principio de la

uniformidad de la naturaleza aislando en cada caso tanto la finalidad para la cual fue diseñada así como los efectos de dicha institución o concepto tanto para el sistema jurídico en general como para el plano fáctico que aspira resolver.

De esta forma, revisemos el cuadro sinóptico para comprobar dónde se puede encuadrar la anotación preventiva de la litis en el Derecho venezolano:

LA ANOTACIÓN REGISTRAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES
Finalidades y efectos

Anotación Registral	Medidas Cautelares
<i>Finalidad principal</i> Se impide que un tercero, al inscribir su título, quede protegido por la fe pública registral	<i>Finalidad principal</i> Se impide que quede ilusoria la ejecución de un fallo (artículo 585 C.P.C.)
<i>Principales efectos</i> - Somete a la fe pública registral sobre las medidas advirtiendo erga omnes sobre la situación del bien objeto de la anotación (publicidad registral)	<i>Principales efectos</i> - Mantiene el "status quo" existente al día de demanda, garantizando patrimonialmente una eventual ejecución (Exposición de motivos CPC)

Si revisamos con cuidado qué perseguimos y por qué fue consagrada la anotación preventiva de la demanda en Venezuela, es obvio que no fue diseñado para que solamente ejerciera efectos registrales, es decir, que advierta a los terceros como una forma de publicidad inmobiliaria. De ser

así, el legislador se hubiera limitado a conservar exclusivamente los dispositivos que según el Código Civil se prescriben como requisito procesal para ventilar los procedimientos de acción pauliana, simulación, rescisión por causa de lesión, acción de revocación de las donaciones por ingratitud del donatario y la demanda de resolución de la permuta en caso de evicción (artículos 1280, 1281, 1350, 1466, 1562 y 1921). También, exige el Código Civil registrar las demandas de separación de bienes entre cónyuges (art. 176), la demanda de nulidad de los actos de disposición de los bienes de la comunidad conyugal realizados por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro cónyuge (art. 170); así también como el decreto de embargo ejecutivo de bienes inmuebles (art. 1921, numeral 1).

En pocas palabras, si nosotros encuadramos la anotación preventiva de la litis prevista en el artículo 42 de la Ley de Registro público y notariado, como una mera prenotación registral, como afirma Urdaneta Fontiveros (2004, 398) entonces, podríamos sostener que el dispositivo estaría de sobra, es decir, redundaría frente a las tradicionales obligaciones procesales para el actor que interponga las demandas en los procedimientos inmobiliarios antes señalados. Esto nos ubicaría dentro de los sistemas de anotación de litis de obligatoriedad selectiva como ocurre en Francia.

En segundo lugar, si bien uno de los efectos de la anotación preventiva de la litis es alertar sobre la existencia de un juicio, es decir la publicidad; el mismo queda subordinado al efecto mediato que no es más que la retroacción en el caso de una sentencia estimativa de la demanda, de la misma situación patrimonial al momento de la interposición, conjurando así el periculum in mora derivado de la necesaria duración temporal del proceso. Como bien lo resume el profesor Ramos Méndez:

“La anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, conjura ese peligro asegurando la efectividad de la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia correspondiente, esto es, determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial” (1980, 50)

Es claro que el comportamiento de la anotación preventiva de la litis responde más a las finalidades propias de una medida cautelar, por más que la doctrina venezolana tímidamente se incline a calificarlo bajo una naturaleza netamente registral con algunos efectos procesales. Si revisamos con detenimiento el cuadro número dos, podemos encontrar una similitud entre lo que persigue la anotación preventiva de la litis y las medidas cautelares, tal y como el legislador lo estatuye en las oraciones presentes en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil venezolano. La única diferencia, que no

incide sustancialmente sobre la finalidad, está relacionada con la efectividad en el tiempo, pues, si bien una medida de prohibición de enajenar y gravar actúa inmediatamente de su decreto, así como el secuestro de inmuebles; la anotación preventiva no impide de manera inmediata el tráfico jurídico del bien sobre el cual recae la medida, sino, que sólo surtirá efectos retroactivamente en los casos donde se estime la demanda en una sentencia formal. Los efectos, diferidos, de la anotación preventiva de la litis tendrán la misma efectividad que de otras medidas cautelares.

En tercer lugar, para la doctrina, y por sobretodo, para la teoría de la ley; es sostenible la tesis por la cual un artículo de determinado texto legal puede perfectamente participar de una naturaleza disímil al conjunto de normas donde se compilan (OLASO, 2004, 69-82). Por ejemplo, existen dentro del Código Civil reglas procesales que para nada se asocian a la finalidad o materia propia de este código. Así, queda descartada la idea de asociar a la anotación preventiva de la litis dentro del ámbito meramente registral porque su fuente de conocimiento sea el artículo 42 de la Ley de Registro Público y Notariado.

Los efectos desvirtúan todo razonamiento que analógicamente impidan catalogar a la anotación preventiva de la litis como una clara y contundente medida cautelar, por el simple hecho de no estar consagrada en

la compilación que tradicionalmente el Código de Procedimiento Civil ha reconocido en materia cautelar, por lo menos, desde 1904 (RENGEL-ROMBERG, 1995, 164-167).

2. El sistema cautelar previsto en la legislación procesal venezolana.

En las líneas que preceden, quedó demostrado la plena naturaleza jurídica de medida cautelar que gravita sobre la anotación preventiva de la litis. Esta calificación no sólo trae consecuencias sobre el plano de los diferentes procesos donde el actor acuda a esta medida para garantizar las resultas de sus pretensiones. También se produce una serie de consecuencias sobre dicha calificación, puesto que, en el mundo de la tutela cautelar existen diferentes medidas las cuales poseen un tratamiento procesal disímil.

Las diferencias y mecánicas procesales han logrado ir construyendo un sistema de justicia cautelar que como ha señalado Ortiz-Ortiz (2002), “está en función de la eficacia del ordenamiento jurídico pero no podrá traspasar nunca los límites de la justicia y la equidad”. Ese sistema posee una serie de principios lógicos de funcionamiento, unos rasgos

característicos que los difieren de otras instituciones y subsistemas procesales presentes en el ordenamiento jurídico venezolano.

Además de lo anotado, la doctrina y jurisprudencia han elaborado un catálogo consolidado de clasificaciones sobre las medidas cautelares. Unos, basados en criterios históricos del derecho procesal (nominadas, innominadas). Otros, dependiendo de la fase procedimental donde sean dictadas (preventivas o de ejecución). En fin, es una abanico al cual no escapa la anotación preventiva de la litis, que, como señalamos, el hecho de considerarla una medida cautelar la obliga a catalogarla para conocer cómo deberá tramitarse, pues, el artículo 42 no dice nada acerca del procedimiento o los posibles efectos que traiga consigo la anotación de la litis. Sólo se limita a establecer:

“Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de derechos reales, o en la que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles”

Es precisamente esta laguna la que obliga al intérprete a integrar las normas procesales del sistema cautelar a los fines de darle salida, pues, en Venezuela no les dado al sentenciador dictar fallos de non liquet, so pretexto de sanciones penales (Artículo 19 del C.P.C. y artículo 207 del Código

Penal). Como lo establece Henríquez La Roche (2002, 109) al hacer una exégesis progresiva del artículo 19 del Código de Procedimiento Civil:

“(...) El juez debe juzgar conforme al principio de legalidad, conforme al ordenamiento jurídico, de carácter objetivo y preestablecido, salvo que las partes soliciten una sentencia según equidad, de acuerdo a la permisión contenida en el artículo 13. La regla general es, pues, que, la ley constituye la premisa mayor del silogismo jurídico, y a su contenido debe atenerse el juez, tanto a los fines de establecer la subsunción del hecho específico real a ese hecho específico legal hipotético (...)”

La advertencia la formulamos porque un sector autorizado de la doctrina estima que de conformidad con la norma del artículo 42 que consagra la anotación preventiva de la litis, “no debe exigirse el cumplimiento de requisito alguno, pues no tiene sentido recargar una cosa que no es pedida por la ley” (ORTIZ, 2002).

Si analizamos la afirmación de la naturaleza cautelar hecha en las páginas que preceden, contrastada con la tesis del profesor Ortiz que se inclina por no aplicar mayores requisitos o adicionarle incidencias procesales que la ley no contempla, es necesario advertir que por más silencio que haya establecido el legislador, la anotación preventiva de la litis no queda exenta de ser interpretada según lo exige el mismísimo sistema cautelar venezolano,

que como dijimos, posee unos principios supletorios, reglas características generales y unas clasificaciones que otorgan al juez mayor o menor discrecionalidad para otorgarlas.

Es esta omisión legislativa sobre los efectos procesales, aunada a la disparidad de criterios presentes en la doctrina, lo que nos obliga hacer un somero repaso del sistema cautelar venezolano a los fines de conocer esos principios y características que por vía analógica deberán ser aplicados a la anotación preventiva de la litis.

En rasgos generales, un sistema cautelar equilibrado o también denominado “poder cautelar general” como el existente actualmente en Venezuela, parte como atinadamente lo señala el profesor Ortiz-Ortiz (1999, 6) con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1987. Ese sistema o poder general no es como tal por:

“la discrecionalidad y la amplitud de facultades del juez. Por el contrario, es general por los diferentes tipos de medidas cautelares que su ejercicio puede comportar; en otras palabras, lo que es general no es el poder sino las cautelas, luego entonces no es válido plantear un poder general cautelar sino un poder cautelar general” (ORTIZ-ORTIZ, 1999, 7)

Antes del Código de 1987, sólo existían medidas precautelativas (RENGEL-ROMBERG, 1995, 164) que eran estudiadas exegéticamente al momento de ser solicitadas por los jueces, sin que ello implicase un estudio sistemático de las mismas o la posibilidad de acariciar la idea de una teoría general sobre las medidas cautelares con sus principios rectores.

Este problema de sistematicidad o no de la justicia cautelar en Venezuela, trajo aparejada en la doctrina general, sobretudo en los estudios de Piero Calamandrei (1945, 32) unas sutiles distinciones que merecen diferenciarse con el objeto de evitar cualquier error metodológico al momento de tratar la anotación preventiva de la litis dentro del espectro cautelar. Distinción que sostenemos para nuestros días, ya que ahora, a diferencia del grado evolutivo del Derecho Procesal en los tiempos de Calamandrei, sí encuentran asidero contemporáneamente.

Estas distinciones categoriales son:

- Poder Cautelar General o Sistema Cautelar: Hace referencia a las potestades generales y a la sistematicidad de la justicia cautelar.

- Proceso Cautelar: que a pesar de discrepar de Calamandrei, quien no concebía un procedimiento por la carencia de características y estructura exterior (1945, 32), podemos entenderlo como aquél método o estilo para solicitar, oponerse, decretar o revocar medidas cautelares. No en vano el Libro Tercero del C.P.C. Venezolano haya sido titulado “Del Procedimiento Cautelar y otras incidencias”.
- Medida cautelar: la cual viene a ser en sí la resolución o forma idónea para asegurar las resultas del juicio en el plano fáctico. Pueden ser nominadas o innominadas, típicas o atípicas, dependiendo de la necesidad, mérito u oportunidad de las mismas.
- Providencia cautelar: Entendida como el Decreto formal mediante el cual se materializa tanto el objeto como las incidencias de la medida cautelar otorgada para el demandante o el que ejerciere la contravención.

Estas distinciones, a primera vista, podrían ser inocuas y hasta pecar de artificiales más cuando el sistema general de justicia en Venezuela, desde 1999, busca suprimir cualquier formalidad no esencial al proceso. Sin

embargo, ante la falta de unos dispositivos claros en la tramitación de la anotación preventiva de la litis como medida cautelar, es imprescindible también estudiar las peculiaridades que pueden presentarse en un *procedimiento cautelar* de anotación preventiva de demanda, así como las *potestades generales del juez* para dictarlas, así como la *providencia cautelar* que la otorga o revoca.

2.1. Principios generales rectores del sistema cautelar general o potestad cautelar.

Hechas las advertencias sobre la complejidad en la lingüística terminológica de las medidas cautelares, presentes en Venezuela, nos impone hacer un somero análisis de los principios rectores del sistema cautelar general, es decir, de los principios procesales que se derivan del proceso cautelar y de la aplicación de las medidas preventivas.

Buena parte de los principios que rigen al sistema cautelar surgen del denominado Derecho Constitucional Procesal, que no es más que “el fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales en los recientes textos fundamentales” (PICO I JUNOY, 1997, 33).

2.1.1. El principio de la Tutela Judicial Efectiva.

Dentro de este nuevo compendio principístico, resalta la llamada “Tutela Judicial Efectiva” cuyo contenido complejo la ha transformado no sólo en un derecho fundamental, sino, en un principio lógico del Derecho Procesal en nuestros días. Formalmente está consagrado en el artículo 26 de la Constitución vigente en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”

La doctrina y la jurisprudencia al respecto, han concentrado a la Tutela Judicial Efectiva en cuatro grandes bloques:

- * El derecho de acceso a los tribunales.

- * El derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho congruente.

- * El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y

- * El derecho al recurso legalmente previsto.

De los bloques concretos, nos interesa el tercero, es decir, la llamada efectividad de las resoluciones judiciales. Dicha efectividad, que no es más que la posibilidad lógica y real a la ejecución de los fallos en el plano patrimonial para el actor victorioso, sólo puede materializarse bajo un sistema cautelar moderno, que enmarcado dentro de los principios del estado social democrático de Derecho y Justicia; garantiza todos los derechos de las partes, incluso, de aquel que ha perdido un proceso pues no es concebible bajo este principio que una medida cautelar desvirtúe tanto el derecho de propiedad como asuma características de confiscatorias.

2.1.2. El principio de Justicia.

Junto al principio de la Tutela Judicial Efectiva, el principio de Justicia también opera dentro del sistema cautelar otorgando la necesaria racionalidad al proceso preventivo. La Constitución de 1999 consagra a la Justicia como valor supremo y fin del Estado tal como queda recogido en sus

artículos 2³ y 3⁴, primando que toda actuación de sus órganos jurisdiccionales estén sometidas a aquélla más allá de la mera legalidad formal (RONDÓN DE SANSÓ, 2001, 61) .

Este corolario de Justicia, le imprime a la Tutela Judicial Efectiva la plena efectividad de este principio-derecho otorgándole una teleología que como lo revisado con detenimiento en un polémico fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia nº 85 del 24/01/2002: Caso Asodiviprilara Vs. SUDEBAN):

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud,

³ “Artículo 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, de la ética y el pluralismo político”.

⁴ “Artículo 3: El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, “...*el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente*”, pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social.

Ahora bien, este concepto de Estado Social de Derecho, no está limitado a los derechos sociales que la Constitución menciona expresamente como tales, ya que de ser así dicho Estado Social fracasaría, de allí que necesariamente se haya vinculado con los derechos económicos, culturales y ambientales. Estos últimos grupos de derechos buscan reducir las diferencias entre las diversas clases sociales, lo que se logra mediante una mejor distribución de lo producido,

un mayor acceso a la cultura, un manejo lógico de los recursos naturales, y por ello el sector público puede intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de esa actividad, permitiendo a los particulares actuar en ellas mediante concesiones, autorizaciones o permisos, manteniendo el Estado una amplia facultad de vigilancia, inspección y fiscalización de la actividad particular y sus actos, por lo que la propia Constitución restringe la libertad de empresa consagrada en el artículo 112.

También es necesario apuntar que derechos como el de propiedad o el de la libre empresa no quedan abolidos en un Estado Social, sino que quedan condicionados en muchas áreas, al interés social, y en ese sentido deben interpretarse las leyes, toda vez que *“...el fortalecimiento de la sociedad requiere del fortalecimiento del propio Estado. Pero no ciertamente de ‘cualquier Estado’, sino de uno que realice los valores democráticos y que reconociendo sus responsabilidades públicas, sea capaz también de aceptar sus límites”* (Repensando lo Público a través de la Sociedad. Nuevas Formas de Gestión Pública y Representación Social. Nuria Cunill Grau. Nueva Sociedad, pág. 17).

Ese estado social democrático de Derecho y de Justicia, no sólo influirá en el sistema cautelar humanizando la función jurisdiccional al reconocer las desigualdades reales que impiden cristalizar el principio liberal de la igualdad de las partes en el proceso donde éstas pueden razonablemente ejercer las acciones y defensas que estimen necesarias (COUTURE, 1981, 185); sino, que modificará otro de los principios claves de la justicia preventiva como es el principio de la legalidad (BREWER-CARÍAS, 2004, 271).

2.1.3. El principio de la legalidad.

El principio de la legalidad actúa sobre el sistema cautelar general limitando desde un plano formal hasta dónde pueden los jueces otorgar protección preventiva y la manera para que dicha protección no altere el equilibrio procesal entre las partes, ya que, el proceso contemporáneo no es un pleito privado donde el actor puede solicitar cualquier medida en desmedro del patrimonio del demandado. El principio de la legalidad evita que el sistema cautelar se transforme en un predio del casuismo, el capricho y la arbitrariedad.

Los tres principios anteriormente descritos moldearán al sistema cautelar general en Venezuela, así como otros principios procesales que por pertinencia, no es el momento de abordar. Limitarán y canalizarán las medidas cautelares, razón por la cual el juez deberá siempre tenerlos presentes cuando emita providencias cautelares.

Todos estos principios trabajarán sobre la anotación preventiva de la litis de una forma más minuciosa por la especial coyuntura legislativa sobre esta medida cautelar. Recordemos que en Venezuela, el legislador ha omitido fijar tanto los efectos de la anotación como el procedimiento por el cual deba ventilarse. Esta carencia le impone al sentenciador la elaboración

de una razonada jurisprudencia, que equilibre a las partes sin el menoscabo del proceso mismo.

2.2. Características del sistema cautelar venezolano.

Los principios anteriormente descritos, o mejor dicho, la concreción de los mismos en las actuaciones procesales de naturaleza cautelar, deductivamente tejerá una serie de características que calificarán estas actividades procesales diferenciándolas de otras.

Entre las más resaltantes, tres de ellas marcarán un norte para el juzgador al momento de otorgar las medidas cautelares. Las mismas provienen de la hermenéutica sistemática de las reglas venezolanas relativas a la justicia preventiva. Estas características son:

- * La interdicción de la discrecionalidad judicial,
- * La descodificación de las fuentes legales que consagran cautelas y,
- * El carácter exclusivo de la jurisdicción para otorgarlas.

2.2.1. Es reglada con espacios delimitados para la discrecionalidad.

Una de las características polémicas dentro del universo cautelar, está dada en la llamada “discrecionalidad” judicial para otorgar cada una de las medidas. La noción de discrecionalidad en esta materia se introduce cuando el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil contempla las llamadas medidas cautelares innominadas. En éstas, el juez podrá, previo análisis de los requisitos clásicos para otorgar una medida (fomus boni iuris y periculum in mora) “acordar las providencias cautelares que considere adecuadas”. Si embargo, sostenemos, que en el sistema cautelar venezolano la discrecionalidad está vedada al juez salvo para momentos precisos que van aparejados a las situaciones fácticas no del derecho aplicable.

Esta frase “considere adecuadas”, según lo explica Ortiz-Ortiz (1999, 15) no es una “discrecionalidad absolutamente libre sino que el propio legislador establece unos criterios o moldes dentro de los cuales le está permitido al juez actuar o dejar de actuar”. Así, la primera característica que distingue al sistema cautelar patrio es su carácter eminentemente reglado, donde la discrecionalidad asume las mismas características que la doctrina italiana iusadministrativa bautiza como “discrecionalidad técnica” (SAINZ MORENO, 1976, 224).

Dentro del discurso del Derecho Administrativo, la discrecionalidad técnica no es más que la apreciación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados aplicados al sistema cautelar. En estos conceptos jurídicos indeterminados, el juzgador califica una circunstancia concreta (periculum in mora) fáctica decidiendo la solución más justa dentro del abanico de posibilidades que le otorga la misma legislación. En pocas palabras, el juez debe apreciar si se da ese peligro de insolvencia o no se da. No hay una tercera posibilidad.

Esta nota característica será capital para el caso de la anotación preventiva de la demanda, pues si bien el artículo 42 no contempla el análisis previo que debe hacer el sentenciador para otorgarla, por vía de derivación de los principios cautelares así como el efecto de haber calificado a la anotación bajo la naturaleza de medida cautelar; se impone el principio de legalidad que obliga al juez sopesar los extremos legales que sobre las cautelas exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

Así, es más que claro que la potestad cautelar general en Venezuela, por más que contemple medidas innominadas o le faculten al órgano jurisdiccional una originalidad en la concreción de providencias cautelares efectivas no diseñadas por el legislador; es una actividad reglada donde la discrecionalidad en su sentido amplio y estricto está prohibida.

2.2.2. Es descodificado.

La segunda de las características que interesa capitalmente para fundamentar el objeto de este trabajo, que no es más que reconocer la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la litis como medida cautelar; viene dada por la descodificación del sistema cautelar general en Venezuela.

A pesar de la consagración formal de todo el libro tercero del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987 como la fuente principal y por excelencia del sistema cautelar; es posible afirmar que no está totalmente codificado por más que la exposición de motivos del C.P.C. tienda a ser interpretada como una especie de voluntad legislativa el que todo lo referente a las medidas cautelares sean reguladas por este Título III del C.P.C.

Luego de la promulgación del C.P.C. en 1987, los jueces de la República pusieron práctica novedosas medidas cautelares que luego serían recogidas por el legislador en leyes especiales. De allí las razones por las cuales ratifique que el artículo 42 de la Ley de Registro Público y Notariado sea de naturaleza cautelar, así como otros tantos dispersos en diferentes instrumentos normativos, e incluso, reglamentarios a pesar de las posibles

polémicas que esta afirmación podría traer. Indudablemente un tema para otra investigación.

2.2.3. Es exclusivamente jurisdiccional.

Siguiendo a Calamandrei (1945, 33) “la tutela cautelar está asignada a los órganos judiciales a los que se demanda la tutela ordinaria o declarativa”. En virtud de los principios constitucionales que rigen al proceso, explicados en las páginas precedentes, sólo es dable a los jueces la facultad para limitar o anular -por justa causa- patrimonialmente los derechos reales derivados de la propiedad o posesión.

Esta afirmación del carácter jurisdiccionalista exclusiva del sistema cautelar proviene por la confusión que existe en la doctrina sobre las llamadas medidas cautelares administrativas, que en nuestro medio, han sido fuentes de discusión interminable en aquellos procedimientos administrativos bautizados como “cuasijurisdiccionales” (ARAUJO JUÁREZ, 1998, 31).

A nuestro juicio, tales medidas administrativas no son propiamente medidas cautelares, sino actividades preventivas limitadas que la Administración Pública aplica a los fines de proteger intereses colectivos. Pero, de allí extenderlos hasta la categoría de medidas cautelares sería

quebrar los principios constitucionales de equilibrio patrimonial entre las relaciones del Estado y los particulares.

Esta característica la resaltamos porque en la doctrina venezolana sobre la anotación preventiva de la litis se ha tratado de entender que la misma la dicta el Registrador y no el juez. Si bien es cierto que el acto lo materializa el Registrador, quien otorga la medida es una providencia judicial expresa. En ningún caso el Registrador podrá anotar una litis porque la parte actora lleve la demanda sin el correspondiente decreto de anotación. Esto se deriva de la naturaleza cautelar de la anotación preventiva, la misma que obliga a la realización de un contradictorio entre las partes a los fines de que el demandando pueda oponerse a la medida.

Si el Registrador procede a anotar la litis es porque media una orden judicial que le obliga a realizar ese acto registral, sin que puede discrecionalmente anotar o no la demanda. Si el juez decreta la providencia cautelar en cuestión, el demandante tendrá que anexar junto a la demanda dicho auto en el momento de consignarlo ante el Registro Inmobiliario. Esta patología deviene por el carácter exclusivo que tienen los órganos jurisdiccionales en el sistema cautelar venezolano para decretar las medidas preventivas así sean ejecutadas por otros órganos del Estado, o incluso, por

particulares habilitados como ocurre con las depositarias judiciales que materializan los embargos preventivos de bienes muebles.

2.3. Clasificación de las medidas cautelares según su concreción en las fuentes positivas del sistema cautelar.

Los principios y rasgos característicos del sistema estarían incompletos como elementos para el análisis de la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la demanda; si no nos adentramos también al otro soporte del trípode de nuestro peculiar sistema cautelar patrio.

Ese otro punto de soporte es el relativo a la clasificación que doctrinalmente se ha realizado sobre la diversidad de medidas cautelares. A simple vista podría ser baladí un repaso sobre la clasificación de las medidas cautelares en los sistemas procesales como el nuestro. Pero, en la medida que se adentra el estudio, encontramos que no son artificiales dichas categorías, sino, que han sido elaboradas para ordenar la cada vez más creciente y enriquecedora actividad cautelar.

Las clasificaciones varían según los puntos de vista procesales. Por ejemplo, Calamandrei (1945, 53) las clasifica según la relación de

instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal, en providencias instructorias anticipadas, providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada, la anticipación de providencias decisorias y las cauciones procesales.

Esta clasificación del maestro procesal italiano resulta importante en aquellos casos donde es menester analizar los pormenores de las cautelas según los efectos y su relación con el proceso principal. En nuestro caso, valga repetir, para la anotación preventiva de la litis en el Derecho venezolano, la clasificación aludida no resuelve ningún problema, al contrario, podría traer mayor confusión puesto que en la misma obra de Calamandrei aborda a la anotación preventiva de la litis (transcripciones de las demandas) como una “medida con fines indirectamente cautelares” (1945: 127), “sin necesidad de providencia alguna del juez”. Tratamiento que en buena parte se deriva del sistema de anotación de litis existente en Italia, ya suficientemente desarrollado en el capítulo primero de este trabajo.

Pero, sin discriminar la importancia de las clasificaciones sobre medidas, para nuestro caso, interesa de sobremanera la clasificación según la concreción expresa o tácita del legislador, es decir, sobre su calificación expresa en las potestades cautelares del juez, puesto que, la jurisprudencia venezolana es conteste en calificar a la anotación preventiva de la litis como

una medida cautelar innominada. Postura de la que discrepamos por las razones que a continuación explicaremos al abordar las diferencias entre medidas nominadas y medidas innominadas.

2.3.1. Medidas nominadas.

Se entiende por medidas cautelares nominadas, aquellas “medidas preventivas que están detalladas por la ley de manera expresa tanto por el objeto que persiguen, sus requisitos, los efectos y los procedimientos para ventilarlas”. Estas medidas se encuentran tipificadas en la legislación y su fundamento deriva no del poder cautelar general sino de la propia norma que sirve de fuente (RENGEL-ROMBERG, 1995, 154).

En Venezuela, la doctrina y la jurisprudencia arrinconan a las medidas nominadas en las que el Código de Procedimiento Civil de 1987 concreta, a saber:

- * El embargo preventivo (artículos 591 al 598 C.P.C.).

- * El secuestro de inmuebles (artículo 599 C.P.C.).

* La prohibición de enajenar y gravar (artículo 600 C.P.C.).

En las tres medidas citadas, también denominadas típicas, por su amplio antecedente del Derecho Romano, el legislador ha prescrito pormenorizadamente los requisitos para su tramitación, los bienes patrimoniales sobre los cuales es susceptible afectar así como las incidencias en los casos donde el demandado o un tercero se opongan.

Pero, muy al contrario de la doctrina pacífica, y por sobretodo, la jurisprudencia, también es extensible la categoría de medida cautelar típica aquellas que son consagradas expresamente por el legislador fuera del Código de Procedimiento Civil. Buena parte de estas medidas son positivizadas de la experiencia cautelar innominada diseñada por la jurisprudencia. Vale destacar que la constante producción de medidas preventivas por los jueces venezolanos ha encontrado en ciertos casos el eco legislativo que termina por elevarlas a categoría legal.

Una vez que el legislador prescribe, fuera del corpus del C.P.C., una medida cautelar nacida de esa potestad cuasidiscrecional del juez, automáticamente pasa a transformarse en una medida cautelar nominada, y por ende, aplicable los dispositivos procedimentales presentes entre los artículos 601 al 606 del Código de Procedimiento Civil.

Para el caso de la anotación preventiva de la litis, a pesar de la infeliz redacción del texto consagradorio (el tantas veces aludido artículo 42 de la Ley de Registro Público y Notariado) la legislación la contempla dentro del catálogo “nominado” de medidas, claro está, fuera de la típica codificación del C.P.C. Su carácter de “nominada” obliga al juez a la consideración de todos los requisitos y extremos exigidos en el artículo 585 del C.P.C., tramitándose su otorgamiento en el procedimiento común para todas las medidas cautelares. En pocas palabras, el juez o decide la anotación de la litis o no la decide. En los casos donde sea acordada, no podrá establecer condiciones o demás medidas complementarias puesto que no tiene la potestad general para hacerlo dado el carácter nominal de la misma.

Si al contrario, tal y como lo hace la jurisprudencia venezolana, en calificar a la anotación preventiva de la litis como una medida innominada, le sería posible complementar la anotación con otras conductas que deberá expresar en la providencia cautelar. Sobre este punto ahondaremos pormenorizadamente en el capítulo III de este trabajo.

Lo que resalta de estas medidas típicas es la limitación clara de la posible discrecionalidad técnica que pudiese tener el juez como si ocurre en los casos de las medidas cautelares innominadas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

2.3.2. Medidas innominadas.

Por medidas innominadas, a diferencia de las anteriores, Ortiz-Ortiz las define como:

“Un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte, pueden decretar y ejecutar las medidas adecuadas y pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma” (1999, 11).

La definición transcrita ha tenido un eco conteste en la jurisprudencia, que en los mismos términos ha concebido a las medidas cautelares innominadas como una especie de protección en “abstracto” que otorga el juez según el fundamento constitucional del poder cautelar general.

Las medidas innominadas son infinitas en cuanto a la manera en que se materializan. Han sido recurrentemente usadas como cautelas en los procesos contencioso-administrativos donde la jurisprudencia prácticamente puede hacer catálogo entre medidas innominadas clásicas y medidas innominadas no clásicas (ORTIZ-ÁLVAREZ, 1999, 14).

Sólo encuentran límite en los principios que rigen al sistema cautelar ya enunciados. Su fundamento legal se ubica en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. Se caracterizan por ser (ORTIZ-ORTIZ, 1999, 12-20:

- * Preventivas y cautelares.
- * Impulsadas a instancia de parte.
- * Discrecionalmente limitadas (presencia de la discrecionalidad técnica).
- * Subvierten un daño temido o lesión temida no un daño ocasionado o verificado.
- * Son instrumentales a un proceso principal, mediata o inmediatamente.

Nuestra anotación preventiva de la litis, si bien participa de estas características, en algún momento pudo haber sido una medida cautelar innominada, vale destacar, antes del año 2001 cuando se consagra en la legislación positiva.

CAPÍTULO III

LA FUNCIONALIDAD PROCESAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS Y EL SISTEMA CAUTELAR VENEZOLANO

El capítulo precedente, abiertamente dispuesto hacia una fundamentación filosófico-procesal, procedimos a demostrar con argumentos la calificación de “medida cautelar” a la anotación preventiva de la demanda en el Derecho venezolano. Si bien es cierto, la legislación patria no contempla con claridad suficiente si la anotación preventiva es medida cautelar, tanto los efectos como los elementos que la constituyen la encuadran bajo esta categoría procesal.

También, logramos precisar que no sólo es una medida cautelar, sino, que dentro de la calificación que la doctrina ha realizado sobre éstas, la anotación preventiva de la litis es una medida cautelar “nominada” y no de carácter innominado como la jurisprudencia patria la ha entendido. La nominalidad o no de la anotación preventiva, resulta cardinal, sobretodo, para el sistema jurídico cautelar venezolano, por cuanto todavía no existe un procedimiento pautado. Apenas el artículo 42 de la Ley de Registro Público se limita a consagrar como “potestad” sin consecuencias previsibles o cauce procedimental al momento de ocurrir incidencias tanto para su tramitación como para su procedencia.

1. Efectos de la nominalidad e innominalidad en el sistema cautelar patrio.

La temprana calificación que hicimos en el capítulo II del presente trabajo, como “medida cautelar nominada”, implica abordar necesariamente las consecuencias que esta clasificación trae consigo. Sostenemos que la nominalidad e innominalidad de las medidas no estriba de su concreción explícita en el Código de Procedimiento Civil de una medida cautelar. Es decir, que no podemos limitarnos a sostener que una medida es “nominada” porque de manera lacónica haya sido reglada por el legislador en el C.P.C.; y una medida “innominada” porque se encuentre fuera del principal código adjetivo civil venezolano.

Ese tipo de medidas, que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil, son denominadas por doctrina como “medidas preventivas típicas” (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, 103) en contraposición a las medidas cautelares. Esta diferencia la introduce el profesor Henríquez La Roche, primero, para entender que dentro del amplio concepto de medida cautelar, las “medidas preventivas típicas” son la que alude el C.P.C., más por tradición heredada del Código de 1916 que por una efectiva jerga científico-procesal

De esta manera, la nominalidad en Venezuela se circunscribe a una regulación precisa del legislador sobre una cautela para asegurar las resultas de un proceso principal en el caso de ser estimada la demanda. Regulación que no se limita exclusivamente al Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil.

El hecho de ser codificada para calificar o no una medida nominada, que como sostenemos es un error, parece encontrar sus raíces en la constante elevación que la legislación venezolana ha efectuado sobre los procesos codificadores, donde, el legislador procesal no ha escapado a ello. Si bien la codificación como proceso se estrena a principios del siglo XIX, ésta buscó sistematizar y unificar el Derecho disperso (DE JESÚS, 2005, 22) y facilitar así un camino expedito para la seguridad jurídica, muy a pesar de las sospechas que la doctrina formulaba, pues estaba conciente del peligro constante de envejecimiento (PLANIOL, 1904, 38).

Ahora, más allá de las especulaciones doctrinales que sobre el respecto se hayan formulado, el carácter de nominalidad circunscrito a la tesis de la especificidad expresa del legislador, también nos parece restrictiva, valga decir, que no importa si la medida esté o no incluida en el C.P.C., ya que es nominada si la legislación la contempla.

Al respecto, el tratadista Rafael Ortiz-Ortiz (1999: 24-25), anota que:

“(…) Lo que cualifica a una medida cautelar como ‘innominada’ es concretamente su generalidad analizada desde una doble vertiente: aquella que tiene que ver con el ámbito de aplicación y que hemos denominado ‘generalidad formal’ en tanto que apunta a su esencial naturaleza procesal y que perfila su naturaleza de institución cautelar.

La segunda vertiente apunta a los aspectos materiales sobre los cuales puede recaer, es decir, según hemos afirmado se trata de medidas cautelares creadas ad hoc esto es, atendiendo al específico daño temido, denunciado y probado por la parte que pretenda beneficiarse de ella; no se trata de un catálogo de medidas, previamente establecidas por el legislador, y que el juez pueda dictar sino de verdadera creación del Derecho en la razón de que el juez mide cada situación in concreto y determina la orden jurisdiccional más adecuada para regular la conducta de las partes en el marco de un proceso (…)”.

Para nosotros, la nominalidad o innominalidad de una medida cautelar se pondera y caracteriza por tres factores que desarrollan la tesis de la “generalidad formal y material” de la que apunta Ortiz-Ortiz en la cita textual anterior. Primero, por la capacidad para extender el objeto de la misma. Segundo, por la elasticidad de la potestad cautelar del juez; y tercero, la tipicidad de los procedimientos para su tramitación.

1.1. La extensión de la medida cautelar

La primera de las notas que implican la nominalidad o no de una medida cautelar, estriba en su extensión sobre aquello por el cual puede recaer. La legislación fija claros parámetros sobre la procedencia de la medida sin que pueda el juez aplicarla a hipótesis diferentes, so pena de desnaturalizar la medida.

Para el caso de las medidas preventivas típicas que alude el profesor Henríquez La Roche, como son el embargo, la prohibición de enajenar y gravar y el secuestro, la extensión de las mismas está dada de antemano.

En el embargo preventivo, contemplado en el artículo 591 y siguientes del C.P.C, la extensión del mismo sólo opera sobre bienes muebles o derechos de créditos. En la prohibición de enajenar y gravar, la medida recae exclusivamente sobre inmuebles (artículo 600 C.P.C.). En el secuestro, la extensión termina siendo casuística, establecida en los 7 numerales del artículo 599 del C.P.C.

En los tres casos anteriores, cualquier aplicación indebida desnaturaliza la medida, y por ende, transformándola en ilegal. Si por ejemplo el juez, decreta un embargo preventivo sobre una hacienda, es

evidente que la providencia está viciada de ilegalidad, dándose la oportunidad a la otra parte de solicitar su revocación. El embargo preventivo tiene sus pautas y mecanismos perfectamente previstos en el C.P.C.

Ahora, para el caso que nos ha convocado este trabajo, como es la anotación preventiva de la litis, también el legislador ha encausado limitaciones a la medida. Razón de peso para encuadrar a esta medida como “nominada”. Estatuye el artículo 42 del tantas veces citado Decreto con rango y fuerza de ley:

“Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de derechos reales, o en la que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles” (negrillas nuestras)

Es claro que la ley fija de forma previa hasta dónde puede decretarse la medida, que en Venezuela, se circunscribe a la propiedad de derechos reales o cualquier otro referido a bienes inmuebles. Situación esta que en España no ocurre por cuanto la anotación preventiva de la litis en la nación ibérica es más genérica, vale destacar, más allá de los derechos reales que puedan constituirse, declararse, modificarse o extinguirse sobre inmuebles.

1.2. Las potestades cautelares del juez

La segunda nota característica, concurrentemente aplicable a la anterior, está identificada en la elasticidad de las potestades cautelares del juez al estar frente a una medida nominada o innominada. Para el caso de las nominadas, la potestad cautelar estará dada en la efectividad de la medida, es decir, en la mejor ponderación para que su providencia esté más ajustada a los parámetros de la legislación. Al contrario, en las innominadas, la potestad cautelar es el fundamento mismo de este tipo de medidas, cuyos límites están impuestos por la racionalidad de las mismas.

Esta diferencia citada, es ratificada por la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo de Justicia, que para destacar, un fallo que resolvió una acción amparo constitucional contra sentencia (Caso: Dominga Bracho y otros) definió la potestad cautelar como:

“la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, supone el ejercicio del poder cautelar general que asiste a todos los jueces de la República, y que se dirige al eficaz aseguramiento y prevención de los presuntos derechos deducidos en juicio por las partes, tanto si se solicitan en la fase de cognición como en la de ejecución. (Sala Constitucional, sentencia 83 del 9 de marzo de 2000: Ponente José Delgado Ocando)”

La potestad del juez no sólo permitirá una nítida distinción entre aquello que es nominado o innominado en materia cautelar, sino, que abordará la difícil tarea de la ponderación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, por vía de causalidad, como son el Fomus Boni Iuris y el Periculum in Mora (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, 188).

Sobre este último punto abordaremos con mayor profundidad más adelante, pues, así como constituyó en un primer momento la dificultad de asignarle a la anotación preventiva de la litis el carácter de medida cautelar, también, nos resulta el segundo escollo, el cual, lo introduce el discurso jurisprudencial venezolano, al atribuirle a la anotación preventiva de la litis el carácter de medida cautelar innominada sin mayores fundamentaciones para sostener dicha tesis.

Además, es importante agregar, que todo el discurso de la jurisprudencia venezolana que concibe a la anotación preventiva de la litis, acepta los planteamientos que la doctrina ha formulado, llegándose a los extremos de citar extensamente párrafos de reconocidos tratadistas sobre el tema, o bien, a tildar de medida cautelar innominada a secas sin un sólido fundamento (Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil

y Mercantil del Estado Zulia. Caso: Carlos Eduardo Salas Santeliz: 10/03/2006).

La anotación preventiva de la litis no es creación judicial pretoriana como intenta hacernos ver la jurisprudencia venezolana. Tal vez pudo haber sido, antes del año 2001, una medida proveniente de las amplias potestades del juez, más allá quizá de los casos donde el Código Civil obliga el registro del libelo de demanda como requisito procesal de admisibilidad de acciones reales inmobiliarias o la simulación ya explicadas en el capítulo segundo de este trabajo.

1.3. Procedimiento para su tramitación.

Esta tercera arista, más clara que las anteriores, también trabajará concurrentemente con la extensión de la medida y las potestades del juez al momento de perfilar la nominalidad o no de una medida cautelar.

Las medidas típicas en el sentido que alude Henríquez La Roche, así como se incardinan al procedimiento cautelar común (artículos 601 al 606 del C.P.C.) poseen particularidades procedimentales propias, inherentes a la naturaleza intrínseca de la medida. Por ejemplo, el embargo preventivo

posee un procedimiento propio para resolver las incidencias que pudieran ocurrir durante su práctica, sea que se ejecute la medida sobre un bien que pertenece a un tercero ajeno de la relación obligacional que ha dado pie al ejercicio de la acción ante los órganos jurisdiccionales para su cumplimiento forzoso.

En las medidas innominadas el juez no tiene de antemano normas específicas que le coadyuven en su función de tutelar cautelarmente. Debe emplear la analogía para aquellos casos donde sea permitible echarle mano a esta herramienta de interpretación. Dada la inmensa potestad general cautelar del juez, que como dijimos, es reglada pero con ciertos aspectos para la discrecionalidad en cuanto a la heurística en la creación de medidas, será aplicable como ese procedimiento común ya tratado.

En el caso de la anotación preventiva de la litis, nos encontramos con un vacío parcial sobre las peculiaridades procedimentales que deberá seguir tanto el juez como las partes para decretarla. El Decreto-ley de Registro Público y Notariado de 2001 no dio señas de procedimiento alguno.

Ante el silencio, el tratadista Urdaneta Fontiveros (2004, 417) se inclina a la tesis de la complementación procedimental, la cual, sucederá cuando se dicten los reglamentos previstos en la disposición transitoria

primera del referido Decreto con rango y fuerza de ley. Sin embargo, la propuesta fue realizada a mediados de 2004, es decir, hace más de dos años y todavía el Ejecutivo Nacional no ha tomado la iniciativa reglamentista que supla la laguna.

Vale de destacar que el mismo Decreto-ley no sometió a vacatio la norma que consagra la anotación preventiva de la demanda, por la cual, es una medida que puede ser solicitada. En los casos donde se pida, el juez no puede escudarse en la “falta reglamentaria” para otorgarla o negarla, so pena de ser denunciado por denegación de justicia.

Ante la posibilidad de solicitar la medida, es necesario emplear la iniciativa pretoriana sin que esto implique discrecionalidad absoluta o creación “in abstracto” de procedimientos especiales para la anotación preventiva de la demanda, hasta tanto el Reglamento del Decreto-ley no sea promulgado.

En una sentencia de 2003, del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Miranda, se determinó algunos aspectos procedimentales que ante el silencio del artículo 42, y en una labor de tino y respeto al principio de la legalidad procesal, se argumentó uno de los puntos

que más adelante explicaremos al abordar el procedimiento para otorgar la anotación preventiva de la litis. Veamos qué sostuvo el fallo en alusión:

“(…) Ahora bien, los jueces, como una rama del máximo poder social que es el Estado, tienen el deber constitucional de servir de garantes del interés público y de la seguridad jurídica para todos los ciudadanos, dentro de los límites de sus respectivas competencias, abandonando el papel de mercenarios a que lo reducía la anterior legislación procesal y previniendo conflictos que puedan suscitarse en una colectividad anarquizada, por la falta de un orden cierto y seguro, para que los interesados se atengan preventivamente a lo que pueden o deben hacer o no hacer, según su conveniencia, en vista de la circunstancia insinuada por el actor de que pueden crearse situaciones de doble titularidad sobre los bienes o derechos inscribibles en el registro inmobiliario. Dentro de esta finalidad preventiva se enmarca el artículo 42 del novedoso Decreto-Ley de Registro Público y del Notariado, el cual establece: “Se anotarán las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles”. **Conforme a esta directriz, el Tribunal deberá exigirle, de oficio, al Registro Subalterno correspondiente la anotación preventiva de la demanda** y así se declara finalmente (…).” (Caso: José de la Trinidad Carreño) (21/08/2003) (negrillas nuestras).

La sentencia, en clara analogía con el procedimiento cautelar general, fijó que la anotación preventiva deberá ser decretada *expresamente* por el Tribunal. Esto quiere decir que no puede un registrador inmobiliario realizar

la correspondiente anotación de la litis sin que medie la providencia judicial que otorgue la medida.

2. La anotación preventiva de la demanda como medida cautelar nominada en el sistema preventivo procesal venezolano.

Los capítulos que preceden procedimos a realizar un análisis exhaustivo sobre la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la litis, primero, a nivel del Derecho comparado con sus sistemas registrales y procesales. Posteriormente, pasamos al nivel epistemológico, es decir, el capítulo II examinó los sutiles detalles de cómo encontrar una naturaleza jurídica en instituciones o conceptos de difícil precisión, pues, la novedad, impiden cualquier encuadre lógico como en los casos de “típicas” instituciones como la hipoteca, la obligación o el clásico embargo preventivo.

En esta oportunidad, dilucidadas las dudas sobre la naturaleza jurídica, perfilaremos las principales características que rodean a la anotación preventiva de la litis, partiendo de la realidad del sistema cautelar venezolano, manejándonos de esta manera en el plano de operatividad procesal de los operadores jurídicos y sus intérpretes.

Dichos rasgos característicos nos introducirán al estudio del telúrico y espinoso campo de los extremos procesales o requisitos que exige la legislación venezolana para la procedencia de medidas cautelares. Un área del Derecho procesal que si bien ha sido perfilada por la jurisprudencia de Casación, en buena parte de los procedimientos se ha enturbiado hasta el extremo de encontrar discrepancias dentro del propio discurso jurisprudencial del hoy Tribunal Supremo de Justicia.

2.1. Rasgos característicos de la anotación preventiva de la demanda y su recepción en la naturaleza cautelar.

La anotación preventiva de la litis, como señala la doctrina (URDANETA FONTIVEROS, 2004, 374) se amolda a las características como medida cautelar que se solicita para aquellas demandas donde se ventilan pretensiones sobre derechos reales o inmobiliarios. Es el actor quien considera la posibilidad de solicitar esta peculiar forma de justicia cautelar.

Es importante recordar, tal y como lo hicimos en el capítulo I de este trabajo, que las medidas cautelares se encuentran dadas en el ordenamiento jurídico (nominadas) o en esa vasta potestad cautelar del juez (innominadas)

para adecuarse a la penosa posibilidad real que un fallo estimatorio no pueda ser ejecutado por no encontrar elementos patrimoniales en la esfera de dominio del deudor.

Esa posibilidad de quedar ilusoria una providencia condenatoria, asume en la dinámica del proceso múltiples manifestaciones, dependiendo, de quién es el demandado. Por ejemplo, existen casos donde el demandado es una persona natural o jurídica, que por su peculiar característica, es imposible que recurra a prácticas nada acordes con la lealtad y probidad quedándose en estado de “insolvencia manifiesta”. Sin embargo, por su enorme volumen de negocios patrimoniales, es muy probable que algunos inmuebles sometidos a litigio sean vendidos, cedidos o usufructuados por terceros.

El peligro de insolvencia en algunos casos no está presente porque de hacerlo, sería más que evidente este comportamiento, entrañando daños patrimoniales. Es el caso de las grandes firmas comerciales o industriales establecidas en el país, que, dudamos, acoja un mal consejo sobre quedarse sin bienes patrimoniales lo cual conllevaría la extinción misma de la empresa. Pero, es posible, que ante múltiples litigios sobre bienes inmuebles en particular, sea necesaria crear la advertencia de que los mismos están

afectados a un proceso principal, sea cual sea la causa o título que lo haya originado.

Para estos casos, es donde la anotación preventiva de la litis funge como medida cautelar más acorde al equilibrio procesal que debe imperar entre las partes, pues, la justicia cautelar, si bien persigue ese fin asegurativo para el actor, también cumple el rol de garantía en el moderno Estado de Derecho y de Justicia para el demandado, evitando la posible confiscatoriedad de la medida cautelar.

En este supuesto, una medida de prohibición de enajenar y gravar sería extrema, es decir, rompería con la teleología para la cual fue creada en aquellos casos de peligro inminente de insolvencia. Además, la prohibición de enajenar y gravar congelan al bien, que a pesar de no afectar la posesión y el derecho a percibir los frutos del inmueble, anulan al bien como parte del principio fundamental “patrimonio del deudor, prenda común de sus acreedores”, tan defendido durante la enseñanza de los derechos reales.

En pocas palabras, las características de las medidas cautelares en Venezuela están dadas proporcionalmente al peligro que desean hacer nugatorias, que sin estar en un catálogo cerrado, responde a lesiones ponderables. He allí la importancia que reviste para nuestro estudio, el

abordaje de las características de la anotación preventiva de la litis, y por sobretodo, el estudio de los requisitos de procedencia, éstos últimos, fuentes de divergencias entre los tratadistas, dada la dificultad de encuadrar a la anotación preventiva en las medidas cautelares nominadas venezolanas.

La anotación preventiva de la litis, al igual que en el Derecho español de donde toma como fuente de inspiración Venezuela, goza de los rasgos característicos explicados en el capítulo I, que merecen la pena repasara en este estadio de nuestra investigación. Dichas características son:

- * *Provisoriedad* (mientras se dicta sentencia en el proceso principal se sostiene la anotación en el registro).

- * *Instrumentalidad* (busca asegurar los resultados del proceso para la parte actora, en caso de que la sentencia sea con lugar a la pretensión)

- * *Carácter garantístico* (porque la medida no desnaturaliza los derechos reales de propiedad, posesión y otros de naturaleza real. El propietario puede gravar con otras garantías el bien inmueble al que está sujeto la anotación preventiva de la litis. La medida otorga garantías jurídicas efectivas para ambas partes procesales).

2.2. Extremos procesales para su admisibilidad.

Las medidas cautelares en Venezuela, cuando se dictan por vía de la causalidad y no por caucionamiento, necesariamente debe el juez revisar unos requisitos para su admisibilidad y procedencia (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, 187). Estos requisitos fundamentan la providencia cautelar y evitar así cualquier intromisión injusta dentro del patrimonio del demandado, “más allá de lo estrictamente necesario” (Artículo 586 del C.P.C.), ello en virtud de los precitados principios de legalidad, tutela judicial efectiva y justicia a los que abordamos en el capítulo II.

Dichos requisitos aparecen plasmados en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

“Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”

La doctrina y jurisprudencia sobre medidas cautelares han consolidado a través de la historia del derecho procesal, la concreción de dos requisitos más que clásicos para ser observados al momento de otorgar la medida, y

que son exigidos por el legislador en el citado artículo 585: el *fomus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Ambos requisitos como sostiene el profesor Henríquez La Roche exigen al:

“(...) petionario de una medida que lo haga por vía de causalidad, deberá probar respecto a dos materias distintas. Una prueba versará sobre la pretensión de su demanda, sobre las razones por las que intenta la acción, otra versará sobre las razones por las que embarga, valga decir, sobre el peligro de que por falta de una oportuna aprehensión de bienes no se pueda llevar a cabo la ejecución forzosa (...)” (2000, 187)

Tal y como se encuentra la legislación nacional y la posición unánime de la doctrina, toda medida cautelar por vía de caucionamiento debe agotar concurrentemente los elementos citados. Sin embargo, la jurisprudencia en ciertos casos ha morigerado la exigencia legal, atendiendo el objeto del proceso. Una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Caso: Corporación L’Hotels, C.A.), sostuvo esta tesis de la no exigibilidad de la presunción del buen derecho y el peligro de insolvencia:

“(...) el juez de amparo puede dictar medidas precautelativas. Pero para la provisión de dichas medidas, y al menos en los amparos contra sentencias, al contrario de lo que exige el Código de Procedimiento Civil, al petionario de la medida no se le pueden exigir

los requisitos clásicos de las medidas innominadas: fomis boni iuris, con medios de pruebas que lo verifiquen; ni la prueba de un periculum in mora (peligro de que queda ilusoria la ejecución del fallo), como sí se necesita cuando se solicita una medida en base al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, donde también han de cumplirse los extremos del artículo 588 eiusdem, si se pide una cautela innominada.

Dada la urgencia del amparo, y las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, **no puede exigírsele al accionante, que demuestre una presunción de buen derecho, bastando la ponderación por el juez del fallo impugnado; mientras que por otra parte, el periculum in mora, está consustanciado con la naturaleza de la petición de amparo, que en el fondo contiene la afirmación que una parte está lesionando a la otra, o que tiene el temor que lo haga y, que requiere que urgentemente se le restablezca o repare la situación (...)** (negrillas nuestras)

(...) El juez que admite un amparo, no lo hace con el mismo criterio que el juez civil que admite la demanda a ventilarse por el juicio ordinario, ya que lo que se pondera en este proceso es distinto. En el amparo lo que analiza el juez es la posibilidad de que se esté lesionando al accionante en un derecho constitucional, motivo por el cual la sentencia de amparo no es ni de condena, ni mero declarativa, ni constitutiva; y si por la verosímil lesión se da curso al amparo se está aceptando la posibilidad de un buen derecho por parte del accionante, que no necesita prueba específica, bastándose el fallo impugnado para crear la verosimilitud, lo que motiva la admisión de la acción y la apertura del juicio de amparo.

Quien intenta un juicio ordinario pide se le satisfaga una pretensión de naturaleza civil. Aspira **que se dicte una sentencia mero declarativa, constitutiva o de condena, y por ello las medidas preventivas nominadas o innominadas (excepto en la sentencia mero declarativa) que no quede ilusoria la ejecución del fallo, y se exige prueba de esa circunstancia; o las cautelas solicitadas persiguen**

que una parte no cause lesiones graves o de difícil reparación en el derecho de la otra. Pero quien intenta un amparo no pide una sentencia de condena, mero declarativa o constitutiva, sino que cese de inmediato una lesión, o una amenaza, a su situación jurídica (...) (Sala Constitucional, sentencia del 24 de marzo de 2000) (negrillas nuestras)

En la sentencia transcrita, el magistrado-ponente, Jesús Cabrera Romero, introduce en la ponderación de los elementos una nueva forma para interpretar el artículo 585 del C.P.C, dejando sentada la tesis del objeto del proceso y su relación con las medidas cautelares, si es necesario o no la exigencia del *fomus boni iuris* y el *periculum in mora*. En este caso, en materia de amparo no se exige que se demuestren ambos elementos.

Para el tema que nos atañe, la anotación preventiva de la litis, el hecho de haberla calificado como medida cautelar nominada, implica a primera vista la ponderación de los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil. En pocas palabras, si un accionante solicita la medida, según la norma deberá demostrar tanto la presunción de buen derecho como el peligro de insolvencia.

Este parecer lo ha asumido la jurisprudencia de instancia venezolana. En un fallo del 20 de septiembre de 2006, el Juzgado Primero de Primera

Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, resolviendo una acción de simulación, fueron solicitadas varias medidas preventivas, entre las que se distingue una anotación preventiva sobre bienes inmuebles que fue declarada improcedente. Veamos lo que determinó la sentencia:

“(…) Por lo cual se observa lo siguiente:

a.- Que el Artículo 42 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado, establece lo siguiente:

“...Se anotará las demandas y medidas cautelares sobre la propiedad de bienes y derechos determinados, y cualesquiera otras sobre la propiedad de derechos reales, o en las que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles.”

b.- Que la medida solicitada sobre todos y cada uno de los bienes mencionados, se refiere a una Anotación Preventiva de la Litis, que algunos autores creen ver una similitud entre lo que establece el Código Civil dicho Artículo de la Ley de Registro Público y la antigua “Providencia de Mero Conocimiento” italiano, pero que en Venezuela solo se encuentran referidas a los supuestos fácticos establecidos en dicho Artículo 42 del Decreto-Ley y en los Artículos 507, 1920 al 1924 del Código Civil, y la pretensión hecha valer en este expediente no se encuentra relacionado directamente con alguna de ellas, y **la parte actora solicitante no argumenta ni especifica como es que estaría relacionada dicha pretensión con los supuestos de hecho previstos en dichas normas, lo cual hace que en este caso, los requisitos del Periculum In Mora y Fumus Boni Iuris no se encuentran cumplidos, debido a que la accionante no alegó las**

circunstancias de como ni en que forma, de las documentales aportadas, pudiera este Tribunal de los hechos contenidos en ellos –así conocidos– presumir gravemente tanto el derecho que reclama como el peligro de que la posible ejecución del fallo que estime su pretensión pudiera quedar ilusorio, de no mediar la “anotación preventiva de la litis”, lo cual hace inexistente la circunstancia de la pertinencia y adecuación de la medida solicitada y con respecto a algunos bienes, que no especifica cuales son refiere que son propiedad de terceros, cuyos patrimonio no pueden ser afectados en este procedimiento en el que no son parte.

c.- En definitiva, la solicitud de adolece de insuficiencia argumentativa y probatoria, que no cumple con las cargas procesales en cabeza del solicitante, que este tribunal no puede suplir de oficio, por cuanto sería violentar el Principio Dispositivo de vieja raigambre legal y judicial, además que sería permitir una desigualdad procesal, favoreciendo ventajas a favor del accionante, más aún si se considera la naturaleza de los hechos denunciados en los que evidentemente también está interesado el orden público, en sus facetas del debido proceso y derecho a la defensa.-

Por que este Tribunal, considera que la solicitud de la secuestro, efectuada por la parte actora, debe ser declarado improcedente por insuficiencia argumentativa y probatoria, por cuanto no cumple con la carga procesal de la alegación de los extremos o condiciones requeridas por el legislador para su decreto, y así lo hará este Tribunal de manera positiva y expresa de seguidas (...)” (Caso: Iraima Beatriz León Nieto) (negrillas nuestras).

La sentencia del tribunal aragüeño luce sólida ante la noción clásica que sobre requisitos en materia cautelar exige la ley adjetiva venezolana.

Pero, ante lo explicado anteriormente, es decir, que cada medida cautelar en Venezuela, y muy específicamente las nominadas, se rige por la regla de la *“pertinencia” que no es más que para cada caso existe una medida adecuada.*

Esta pertinencia echaría por tierra el razonamiento en el cual, la anotación preventiva de la litis no requeriría que se probara la presunción de buen derecho, pues, como vimos, dicha medida no prohíbe el tráfico jurídico de los inmuebles afectos por la misma, como si lo hace efectivamente la prohibición de enajenar y gravar. Así, la anotación preventiva sería una medida cautelar que mientras esté en vigencia el proceso principal, es inofensiva para el demandado.

Sin embargo, esa característica de “inerte” se diluye con el mero conocimiento de los terceros sobre la calificación de “bien litigioso” al inmueble objeto de la medida, disminuyéndose el costo real del objeto muy por debajo del precio del mercado. Esto quiere decir que lo más probable que ocurra sobre el inmueble es su desvalorización, ya que, ¿quién podría pagar por un bien litigioso su precio real cuando otros bienes no litigiosos están en el mercado?.

La dualidad de posiciones, y por sobretodo, las tensiones y demás dudas dejadas por la jurisprudencia constitucional venezolana sobre la exigencia de los requisitos para las medidas cautelares, nos obligan a hacer un somero repaso sobre las definiciones del *fomus boni iuris* y el *periculum in mora*.

2.2.1. Peligro de insolvencia (*periculum in mora*).

El llamado *periculum in mora*, no es más que ese peligro inminente que durante el proceso, dada su extensión así como las posibles incidencias que pudieran alargarlo más de lo esperado; pueda causarle un daño al accionante en el caso de ganar la litis, haciendo infructuosa la ejecución del fallo estimatorio.

El peligro en el retardo, exige, como plantea Henríquez La Roche (2000, 192), “la presunción de existencia de las circunstancias de hecho que, si el derecho existiera, serían tales que harían verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo”. Siguiendo los razonamientos de Calamandrei (1946, 72), la doctrina, en la que es conteste Henríquez La Roche, disecciona al *periculum in mora* en dos categorías: el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza de la providencia principal.

La jurisprudencia de Casación (Caso: Francisco Colmenares y otros), entiende que en Venezuela el *periculum in mora* es esencialmente peligro de *infructuosidad*, pues:

“(…) el temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo; lo que se traduce en ineludible apremio de llevar al ánimo del juez que el derecho reclamado realmente existe y que de no ser acordada la medida peticionada, se esté ante el peligro de que la decisión que se dicte en la resolución de la controversia, se convierta en inejecutable, en razón de la posibilidad de haberse modificado las condiciones patrimoniales del obligado, durante el lapso que mediara entre la solicitud de las cautelares y el cumplimiento efectivo de la decisión de fondo que se dicte (Sentencia 106, del 03 de abril de 2003, Sala de Casación Civil, ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez)

2.2.2. La apariencia del “buen derecho” (fomus boni iuris)

La apariencia de buen derecho, como dice Calamandrei citado por Ortiz-Ortiz (1999, 46) “se trata de un cálculo de probabilidades que el solicitante de la medida será, en definitiva, el sujeto del juicio de verdad plasmado en la sentencia; la apariencia de buen derecho es un juicio preliminar, que no toca el fondo, por el cual quien se presenta como titular del Derecho tiene visos de que efectivamente lo es”.

En el *fomus boni iuris*, el juez verifica la apariencia de certeza o la credibilidad del derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida (ORTIZ-ORTIZ, 1999, 47). La constatación judicial del derecho que se reclama es un elemento de juicio, no descartable, en el ámbito de la mera probabilidad o verosimilitud a que se refiere el art. 585 CPC. Así lo implementa el legislador (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, 188) porque como hemos dicho, las medidas cautelares no pueden responder al capricho del solicitante so pena de desnaturalizarlas en instrumentos de ruptura patrimonial o enriquecimiento sin causa.

Una sentencia de Casación Civil (Caso: Rosa María Contreras Carreño de Gómez) precisó los aspectos más resaltantes del requisito que estamos analizando. Dijo para ese momento la Sala:

“(…) Al respecto, la Sala en decisión de fecha 15 de julio 1999 (caso Venezolana de Relojería C.A. c/ Mueblería Maxideco C.A.), estableció el siguiente criterio, que hoy se reitera:

“...es cuestión superada hace ya mucho tiempo, la objeción respecto a que el juez que dicta la medida preventiva por considerar existente el *fumus boni iuris*, se pronuncia sobre el fondo del pleito. De la misma manera, lo es en cuanto a que al decidirse la oposición que se hubiera planteado, se incurre *per se* en este tipo de pronunciamiento.

Admitir tal argumentación sería tanto como eliminar la posibilidad de que pueda dictarse alguna medida

preventiva, ya que las mismas podrán ser decretadas sólo cuando el juez considere que existe presunción grave del derecho que se reclama, para lo cual, obviamente, tiene que analizar y apreciar de alguna manera, los fundamentos y recaudos en que se apoya la acción

El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un pronunciamiento sobre el fondo, sino sólo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso en concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado, de las resultas del pleito.

Por consiguiente, ni el juez que ha decretado una medida preventiva, ni el que conozca en apelación de la ratificación o suspensión de la misma, pueden abstenerse de dictar decisión correspondiente a la incidencia del caso, bajo el argumento de que al hacerlo estarían pronunciándose sobre el fondo del asunto; porque de ese modo, como ha sucedido en el presente caso, se omite la decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a lo deducido y, a que obliga la norma del ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta entonces infringido, en consecuencia con la infracción del artículo 12 *eiusdem*, al no atenderse con ello a lo alegado y probado en autos. Así se declara.” (Subrayado del Tribunal).

Por todo lo anteriormente expuesto, la denuncia por incongruencia negativa resulta procedente, y así se decide. (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 25 de mayo de 2000, sentencia nº 169, Ponente: Carlos Oberto Vélez)”

Sobre el requisito del *fomus boni iuris*, como resaltamos en las páginas precedentes, podría sostenerse que no debería ser ponderado por el

juez tal y como lo ha exigido la jurisprudencia para la anotación preventiva de la litis. La razón estriba en los efectos retardados de la medida, es decir, que inmediatamente de su decreto, los bienes objetos de la misma no sufren limitación alguna en cuanto a su tráfico o capacidad para gravarlos con otras medidas o garantías, sean prendarias o hipotecarias.

Sin embargo, a pesar de esta razonable argumentación, es importante notar que el objeto sufre una depreciación en su valor por la connotación psicológica que ejerce sobre el tercero comprador al saber que en cualquier momento, su derecho real se hará nugatorio en el caso de que la sentencia del proceso principal de la razón al acreedor y la obligación no pueda ser cumplida voluntariamente. Esto quiere decir que es imposible sostener que la anotación preventiva de la litis sea tan inofensiva como lo plasma el artículo 42 del Decreto-ley sobre Registro Público y Notariado de 2001.

Es por esta razón, precisamente en la función del juez de mantener el equilibrio entre las partes, que la ponderación del *fomus boni iuris* al momento de solicitarse la medida de anotación preventiva de la litis sea necesaria, eso sí, sin la exhaustividad que exigiría para un embargo preventivo o un secuestro.

La tesis introducida por la sentencia Corporación L'Hotels de la Sala Constitucional, obliga al juez civil que resuelva el proceso cautelar, a graduar el reducido ámbito de discrecionalidad que posee el sistema cautelar venezolano. Para algunos casos, la verosimilitud que alude el *fomus boni iuris*, será más condicionado que en otros, pues, en la verosimilitud, como proceso intelectual y presunción, juegan factores subjetivos que van más allá de una mera constatación silogística.

2.3. La anotación preventiva de la litis y la prohibición de enajenar y gravar.

El hecho de exigir el extremo de “*fomus boni iuris*” en la anotación preventiva de la litis, obligan a pensar que pudiera ser una medida que por los efectos diferidos es poco práctica ante la arraigada costumbre en el medio procesal venezolano de aconsejar insolventarse al deudor-demandado.

Ante esta realidad, de ser aceptada como verdad axiomática dentro del proceso venezolano, es mucho más efectiva y expedita la “prohibición de enajenar y gravar, puesto que facilitaría un futuro embargo ejecutivo y por ende, en el caso extremo del cumplimiento forzoso, el proceso de remate

judicial y cobro de lo adeudado estaría mucho más asegurado. Sin duda alguna, un remedio más claro y contundente que estar anotando la litis en un registro y sentarse a esperar que se obtenga una sentencia favorable.

Sin embargo, este pensar debe ser desechado por cuanto hemos visto que en Venezuela, el legislador adjetivo buscó en la arquitectura de las medidas cautelares un *sistema de pertinencia de la medida con la gravedad ponderada en cada caso concreto*. Es decir, que la prohibición de enajenar y gravar, la cual, no dudados de su fortaleza como medida, pero, está diseñada para aquellos ámbitos donde el peligro de la insolvencia por parte de un deudor poco confiable merezca tan estricta providencia.

En la anotación preventiva de la litis debe exigirse la demostración de los requisitos presentes en el artículo 585 del C.P.C, pero, como lo ha señalado previamente la jurisprudencia constitucional en la sentencia Corporación L'Hotels, es dable al juez graduar la exigencia de los mismos, hasta incluso, no exigirlos como ocurre en las medidas cautelares de procedimientos sobre amparo constitucional.

Es importante volver a destacar lo que afirmamos anteriormente, al explicar las características de la anotación preventiva de la litis, y es la referida a que cada medida cautelar está determinada para cada caso en

concreto. Supongamos que ante la hipótesis de la persona demandada que no se insolvente -so pena de perder todo el patrimonio y su buen nombre comercial- solicite la parte actora una medida de prohibición de enajenar y gravar. Ante la imposibilidad de demostrar el peligro de insolvencia, el juez, en un criterio justo de ponderación, denegará la medida.

De esta forma, el accionante perdería la protección cautelar en forma inmediata, teniendo que volver a solicitar otra medida, en este caso, la anotación preventiva de la litis. Mientras el actor debe proceder a solicitar la otra medida, ha perdido un tiempo muy preciado para concentrarse en probar su pretensión ventilada en el proceso principal.

En este caso que hemos venido diseñando, si desde el comienzo se solicita una anotación preventiva de la litis, entonces, ha quedado en alerta todo tercero que sobre dichos inmuebles pesa un proceso que de ser positivo para el actor, ese bien sería objeto de posterior embargo y por lo tanto, de remate judicial.

Es por estas razones que no compartimos el argumento de similitud entre la anotación preventiva de la litis y la prohibición de enajenar y gravar, si sobre la primera, se exige los clásicos requisitos para las medidas cautelares. Debemos acordarnos que hemos comprobado la naturaleza de

la anotación preventiva de la litis como “medida cautelar nominada”, y como tal, sometida a las exigencias que la legislación venezolana contempla. He allí el motivo que nos obliga a abordar enseguida el concepto, funciones, procedimiento, efectos y extinción de la anotación preventiva de la litis en Venezuela.

3. Concepto y función de la anotación preventiva de la demanda en el derecho venezolano.

Ya logramos demostrar no sólo la naturaleza de la anotación preventiva de la litis y sus peculiaridades como medida cautelar. Nos corresponde ahora precisar una definición operativa así como las funciones que cumple este instrumento de la justicia cautelar en occidente y ahora en Venezuela.

Por anotación preventiva de la litis, finalmente podemos definir, como “medida cautelar por medio de la cual, el juez ordena al Registrador, se anote en los registros de propiedad inmobiliaria, con el objeto de enervar la fe pública registral en el caso de que sea favorable la sentencia a la parte actora, transformando de esta manera, dichos bienes en objetos litigiosos”.

El profesor Rafael Ortiz-Ortiz, define a la anotación preventiva de la demanda como:

“es una medida cautelar por medio del cual se le ordena al Registrador de la propiedad el asiento de una nota en la cual; se deja constancia de la existencia de un juicio cuyo objeto pudiera incidir directamente sobre la propiedad o posesión del bien objeto de registro”
(2000)

En igual orden de ideas, el tratadista Urdaneta Fontiveros (2004, 368), el cual hemos hecho alusión a lo largo de este trabajo, sitúa a la anotación preventiva de la litis como una materia más del registro que de las medidas cautelares. Su definición explica por sí sola esta afirmación de naturaleza registral:

“En el Derecho venezolano la anotación preventiva es un asiento provisional que se practica en el libro de inscripciones o en el sistema automatizado del Registro para dejar constancia de la existencia de una demanda relativa a la propiedad o a un derecho real inmobiliario o de una medida cautelar o ejecutiva sobre un determinado bien inmueble”

De las definiciones que hemos transcrito y de la nuestra propia, podemos entresacar las funciones principales de esta medida preventiva, a

todas luces, novedosa tanto para el justiciable como para el operador de justicia venezolano.

La primera función y quizá la más importancia, es la *prenotación diferida*, donde el derecho real anotado como reclamado en la litis que ha originado el proceso principal, no puede ser ni destruido, ni desconocido, ni mucho menos disminuido por actos de disposición posteriores a la anotación, quedando determinado el lugar que les corresponde por la fecha de la anotación preventiva (URDANETA FONTIVEROS, 2004, 398).

La segunda función, y más hipotética, es la *asegurativa de la ejecución de la sentencia* que declare con lugar la demanda anotada, sin que esto pueda ser impedido o condicionado por otros actos que fueron inscritos con posterioridad a la anotación. Es decir, que si posterior a la fecha de la anotación de la litis el objeto fue comprado por un tercero, dicha compra se hace nula en el caso que la sentencia anotada sea declarada con lugar.

4. Procedimiento aplicable.

Para la tramitación de la anotación preventiva de la litis, lamentablemente en Venezuela no existe un procedimiento específico para la

misma. Ante este silencio, el haberla calificado como medida cautelar autoriza al juez para que proceda a ventilarlas tal y como se establece en el procedimiento cautelar común del Código de Procedimiento Civil, sin que por ello, deba el juez erróneamente entender a la anotación preventiva como una medida cautelar innominada, cosa que ha quedado demostrado no es.

En un primer término, el accionante que solicita la medida deberá exigirla por escrito en el libelo de demanda principal, tan igual como si solicitara una prohibición de enajenar y gravar o un secuestro. Deberá el peticionante demostrar en su libelo los requisitos del *fomus boni iuris* y el *periculum in mora*, así como la pertinencia de la anotación preventiva ante el proceso principal.

Analizados los extremos exigidos por ley, que a pesar de no exigirlos el artículo 42 de la Ley de Registro público y Notariado donde se contempla; el juez decretará la providencia cautelar ordenando al Registrador se sirva anotar la demanda incoada junto al auto que la admite. Una vez decida la anotación, el demandante deberá inscribirla en el Registro siguiendo los procedimientos administrativos que estén pautados en el sistema nacional de registro público según lo fijen las leyes y reglamentos registrales.

Vale acotar, que tan igual como los decretos de medidas cautelares típicas, la parte demandada podrá oponerse o formular los recursos correspondientes tal y como ha pautado la jurisprudencia de Casación.

Existe un punto en lo que respecta al procedimiento, formulado por Urdaneta Fontiveros (2004, 419) y es el referente a la exigencia del juez de una caución al actor para solventar los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar una anotación preventiva de la litis infundada. A pesar de la plausibilidad de la propuesta, somos de la opinión que si se solicita caución es porque la parte actora no puede probar ni el periculum in mora, ni mucho menos, el foms boni iuris; y desea materializar su anotación preventiva pero por vía de caucionamiento.

Ahora, es importante aclarar que si la anotación preventiva generó daños y perjuicios, es por vía exclusiva de las costas procesales donde el juez deberá pronunciarse al respecto si hubo tales daños y perjuicios mientras la medida estuvo acordada, tal y como lo sostiene el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, la parte deberá solicitar por experticia complementaria al fallo (artículo 249 del C.P.C.), la magnitud de los daños y perjuicios.

5. Efectos.

En cuanto a los efectos que trae la anotación preventiva de la litis, la jurisprudencia ha sido esquemática en hacer una síntesis clara en lo que corresponde a las consecuencias de esta medida. Una sentencia del 6 de julio de 2006 (Caso: Milagro Valera de Vassilakov) dictada por el Juzgado Superior en lo civil y lo contencioso-administrativo de la región centro-occidental, determinó los efectos que trae consigo la anotación preventiva de la litis, en los siguientes términos:

“(...) Es así como la anotación de demanda, según enseña el Dr. José García Falconí:

...Es una medida cautelar, que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles, para que en el supuesto de que las sentencias que en ellos se dicten, hayan de ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso o a cuyo favor se constituye un derecho real sobre éste.
Efectos de la inscripción de una demanda
Puede señalar los siguientes:

1.- Eficacia Negativa. Así el registro o inscripción de la demanda ataca o enerva la fé pública registral, en el sentido de que un tercero adquirente, no puede alegar buena fe en la adquisición, so pretexto de desconocer la situación del inmueble, pues como es sabido la buena fe se presume, por el contrario debe probarse la mala fe, pero el registro o inscripción de la demanda invierte la situación, es decir no puede oponerse la buena fe registral, por el adquirente posterior al registro en su favor.

2.- No produce efectos positivos. Así por el sólo hecho de anotar la demanda, no puede afirmarse que se ha mejorado o desmejorado el derecho o derechos que aparecen inscritos, ni constituyen una garantía a favor del demandante, ni le otorga facultades para enajenar o transmitir el derecho; solamente esta dirigida a la publicación del proceso y a prevenir las posibles contingencias que se puedan presentar frente a los bienes.

3.- No impide el tráfico jurídico de bienes. Esto es no saca el bien fuera del comercio humano, de tal modo que el demandado puede venderlo o agravarlo, sin que el Registrador pueda impedirlo.

Recalco y esto es importante, que esta medida cautelar no impide la transferencia del bien afectado a ella, pues el adquirente está informado por medio de la publicidad que otorga la anotación de la demanda de la existencia de un juicio y de su trámite (...)” (negrillas nuestras).

6. Extinción.

En lo que respecta a la extinción o fin de la anotación preventiva, debemos recordar el carácter instrumental de la misma, valga repetir, que su temporalidad viene dada por la suerte del proceso judicial principal que le dio fundamento.

La anotación preventiva de la litis puede extinguirse tanto si se concede o no la estimación de la demanda. Para el primer caso, es decir,

que sea declarada con lugar, es posible que la anotación sufra una conversión por declaratoria del juez.

En la segunda hipótesis, la anotación puede también extinguirse por cancelación del proceso principal, es decir, sea porque termine con una sentencia formal pasada por cosa juzgada que niegue la pretensión del actor, o bien:

* Por cualquiera de los medios de autocomposición procesal (transacción, desistimiento o convenimiento).

* Por perención de la instancia, es decir, que las partes no impulsen los procesales dentro de los lapsos que determina la ley.

Al ocurrir cualquiera de estas formas de extinción procesal, el juez, a instancia de parte o de oficio deberá participar al Registrador del cese del proceso, y por ende, de la anotación preventiva de la litis dejando sin efecto a la misma.

CONCLUSIONES

Hemos analizado a lo largo de los capítulos que componen el presente trabajo, los aspectos más resaltantes de la anotación preventiva de la litis. Institución procesal novedosa en el derecho venezolano, que a simple vista luce como una fría medida, tal vez inoperante ante la realidad del foro venezolano, pero, que como vimos, es de una complejidad intrínseca que merece ser estudiada con más profundidad.

A pesar de no estar lo suficientemente estudiada por la doctrina nacional, como si ocurre en la doctrina y jurisprudencia extranjera, como el caso de la española; la anotación preventiva de la litis para nuestro sistema procesal comporta las siguientes conclusiones.

En primer lugar, Venezuela, en lo que respecta a la historia e inserción en los sistemas que consagran la anotación preventiva de la litis, nuestra anotación bebe directamente de las fuentes del sistema español, quizá, emulando lo dispuesto en la legislación hipotecaria del país ibérico desde 1861. Ahora, es importante destacar que la aparición de la anotación de la litis como medida preventiva ocurrió con la promulgación del Decreto-ley del Registro Público y Notariado del año 2001, haciéndonos cambiar de un sistema francés (obligatoriedad de la anotación de la demanda como

requisito obligatorio de admisibilidad de la acción) al sistema potestativo español.

En segundo lugar, la anotación preventiva de la demanda en Venezuela, gracias al cambio operado que hicimos alusión en el párrafo que antecede, asume *la naturaleza jurídica plena de medida cautelar* y no una derivación del derecho registral como ha querido hacer conocer un persuasivo sector de la doctrina patria ante las lagunas que el artículo 42 del tantas veces citado Decreto-Ley estatuyen para la anotación preventiva de la litis. Esta calificación en su naturaleza jurídica derivará una serie de consecuencias que moldean la materialización de la anotación de la litis. Así queda desechada la teoría por la cual se afirmaba que una medida cautelar era nominada porque aparecía establecida expresamente en el C.P.C. venezolano. Como vimos, la tesis no tiene asidero, pues en Venezuela, el sistema de medidas cautelares es descodificada, vale acotar, que puede perfectamente una ley especial o de otra naturaleza, estatuir medidas cautelares.

En tercer lugar, el hecho de haber encuadrado nuestra anotación preventiva bajo el epígrafe de medida cautelar, en especial nominada, le imprime una serie de exacciones que tal tipología de medidas conlleva. Las exigencias se centran en los requisitos que el artículo 585 del C.P.C.

estatuye para que sean decretadas por vía de causalidad. Extremos que para el caso de la anotación preventiva de la litis deben ser demostrados sin la exhaustividad que requeriría para otras medidas cautelares, sobretodo, para aquellas llamadas como “típicas”.

En cuarto lugar, el sistema cautelar venezolano establece el principio de la precisión de la medida para cada caso en particular, es decir, que las medidas cautelares nominadas en Venezuela tienen un desiderátum claro y pertinente para las situaciones donde se presente ese riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución de un fallo. Es por esto que si bien es cierto se exige el *periculum in mora* y el *fomus boni iuris* para la anotación preventiva, dándose el caso de que la prohibición de enajenar y gravar es más efectiva, no en todos los casos ésta última es la medida más útil en la justicia cautelar del caso.

En quinto lugar, no existe hasta el momento un procedimiento determinado para la tramitación de la anotación preventiva de la litis; pero, el hecho de haber demostrado que cabe perfectamente en la naturaleza de una medida cautelar nominada, le es aplicable el procedimiento común para medidas preventivas previsto en el Código de Procedimiento Civil. El juez venezolano no debe dudar en aplicar los dispositivos adjetivos que para

medidas cautelares en general se establecen y así suplir cualquier laguna procedimental ante su tramitación.

Como reflexión final, hemos querido hacer un ensayo sistemático de este riquísimo mundo de las medidas cautelares, y por sobretodo, tratar de suplir las lagunas que la doctrina y la jurisprudencia venezolana no han podido plenar para esta importante y cada vez más compleja institución del derecho procesal moderno: La anotación preventiva de la litis.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Fuentes legales y reglamentarias:

Decreto nº 1.554, con Rango y Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. Nº 37.333 del 11 de noviembre de 2001.

Ley 1/2000: Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000). ***Boletín Oficial de Estado del Reino de España***. Nº 7 del 8 de enero de 2000.

Ley Hipotecaria (1946). ***Boletín Oficial de Estado del Reino de España***. Nº 58 del 27 de febrero de 1946.

2. Bases de datos electrónicas:

Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (2007). *Sistema de Consulta ULPIANO*. [Base de datos en línea] en: www.acienpol.com

Ministerio de la Presidencia del Gobierno del Reino de España (2007). *Boletín Oficial de Estado (BOE)*. [Base de datos en línea] en: www.boe.es

Tribunal Constitucional del Reino de España (2007). *Decisiones* [Base de datos] en: www.tribunalconstitucional.es

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (2007). *Jurisprudencia* [Base de datos en línea] en: www.tsj.gov.ve

3. Artículos científicos y de prensa:

Cristóbal Montes, A. (1966). La publicidad inmobiliaria en el Derecho Romano. *Revista de la Facultad de Derecho de la UCV*, 33, 33-53.

Díez-Picazo, L (1964). Las anotaciones preventivas. *Revista de Derecho Notarial*, 14, 7 y ss.

Marías, J. (1998, abril 8). Fragilidad de la evidencia. *Diario ABC*. Madrid, p. 14.

Stolfi, G. (1974). In tema di trascrizione di domanda giudiziale. *Revista Derecho Procesal*, 44, 203 y ss.

4. Bibliografía general y especializada:

Arangio Ruiz, V. (1945). ***Las acciones en el Derecho Privado Romano.***

Madrid: Editorial Revista de Occidente.

Araujo Juárez, J. (1998). ***Tratado de Derecho Administrativo Formal.***

Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Brewer-Carías, A. (2004). ***La Constitución de 1999. Derecho***

Constitucional Venezolano. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Bunge, M. (1969). ***La investigación científica.*** Barcelona: Ariel Editores.

Calamandrei, P. (1946). ***Introducción al estudio sistemático de las***

providencias cautelares. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

Calderón Cuadrado, M. P. (1992). ***Las medidas cautelares***

indeterminadas en el proceso civil. Madrid: Editorial Civitas.

Chiovenda, G. (1949). ***Ensayos de Derecho Procesal Civil.*** (Traducción

de Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires: EJEA.

Cristóbal Montes, A. (1966). **Principales sistemas registrales de publicidad inmobiliaria.** Caracas: Ministerio de Justicia.

Couture, E. (1960). **Vocabulario jurídico: con especial referencia al derecho procesal positivo uruguayo.** Montevideo: Universidad de la República, Biblioteca de Publicaciones Oficiales.

_____. (1981). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** (3ª. Ed.). Buenos Aires: Editorial Desalma.

Cuenca, H. (1994). **Derecho Procesal Civil.** (6ª. Ed.). Caracas: Universidad Central de Venezuela.

D'Ors, A. (1986). **Derecho Privado Romano.** Pamplona: Universidad de Navarra.

De Jesús, A. (2005). **Notas generales sobre el bicentenario del Código Civil Francés y el proceso de codificación, descodificación y eventual remodificación de su Derecho Civil.** En: AAVV. **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI.** Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Del Vecchio, G. (1964). **Filosofía del Derecho.** (8ª. Ed.) Barcelona: Editorial Bosch.

García del Corral, I. (1889). **Cuerpo de Derecho Civil Romano.** Barcelona: Jaimes Molinas.

Garrido Cordobera (1986). **Privilegios especiales sobre inmuebles. Publicidad registral.** Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gómez, F. y Del Pozo, P. (2000). **Lecciones de derecho hipotecario.** Madrid: Marcial Pons.

Guasp J. (1997). **Concepto y Método de Derecho Procesal.** Madrid: Civitas.

Gutiérrez-Alvizy, A. (1982). **Diccionario de Derecho Romano.** Madrid: Editorial Reus.

Henríquez La Roche, R. (2000). **Medidas cautelares.** Caracas: Liber.

_____ (2002). **Código de Procedimiento Civil.** Caracas: Liber.

Iglesias, J. (1987). ***La técnica de los juristas romanos.*** Madrid: Universidad Complutense.

Jáñez, T. (1998). ***Lógica jurídica.*** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Loreto, L. (1987). ***Ensayos jurídicos.*** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Mariluz Urquijo, J. (1978). ***El régimen de la tierra en el Derecho Indiano.*** Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Merello Arecco, I (1991). ***La interpretación del Derecho en los juristas romanos.*** En: AAVV. ***Interpretación, integración y razonamiento jurídicos.*** Santiago de Chile: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez.

Montero Aroca, J. (2000). ***Derecho jurisdiccional.*** (10ª. Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Montes, A. (1974). ***La anotación preventiva de demanda como la manifestación de la justicia preventiva en el sistema de medidas cautelares.*** Pamplona: Universidad de Navarra.

Olaso, L.M. (2004). ***Curso de Introducción al Derecho.*** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Ortells Ramos, M. y Calderón Cuadrado, M. P. (1996). ***La tutela cautelar en el Derecho español.*** Madrid: Editorial Comares.

Ortiz-Álvarez, L. (1999). ***La protección cautelar en el contencioso-administrativo.*** Caracas: Sherwood.

Ortiz-Ortiz, R. (1999). ***Las medidas cautelares innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional.*** Caracas: Paredes Editores.

_____ (2002). ***El poder cautelar general y las medidas innominadas.*** (2ª. Ed.). Caracas: Frónesis.

Pardo Núñez, C. (1997). ***Anotaciones judiciales de embargo y demanda.*** Madrid: Marcial Pons.

Pico I Junoy, J. (1997). ***Las garantías constitucionales del proceso.***

Barcelona: J.M. Bosch.

Planiol, M. (1904). ***Traité élémentaire de Droit Civil.*** París.

Planitz, H. (1957). ***Principios de Derecho Privado Germánico.*** Barcelona:

Casa Editorial Bosch.

Ramos Méndez, R. (1980). ***La anotación preventiva de la demanda.***

Barcelona: Librería Bosch.

Rengel Romberg, A. (1995). ***Tratado de Derecho Procesal Civil***

Venezolano. Caracas: Editorial Arte.

Rondón de Sansó, H. (2001). ***Análisis de la Constitución venezolana de***

1999. Caracas: Exlibris.

Rozo Acuña, E. (2006). ***Las garantías constitucionales en el derecho***

público de América Latina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sainz Moreno, F. (1976). ***Conceptos jurídicos, interpretación y***

discrecionalidad administrativa. Madrid, Editorial Civitas.

Sastre, R. y Sastre, L. (1995). ***Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral.*** Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Torralba Soriano, V (2006). ***La anotación preventiva de demanda: problemas planteados por su modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.*** En: AAVV. ***Libro Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol.*** Valencia: Tirant Lo Blanch.

Tosta, M. L. (2005). ***Ensayos de filosofía del Derecho.*** Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Urdaneta Fontiveros, E. (2004). ***La anotación preventiva de la demanda.*** AAVV. ***Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la UCAB.*** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Uría, J.M. (1992). ***Derecho Romano.*** San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira.

Vegas, F. (1984). ***El continente de papel.*** Caracas: Fundación Neumann.

Villey, M. (1960). ***El Derecho Romano.*** Buenos Aires: Eudeba.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA ¿MEDIDA CAUTELAR O ASIENTO REGISTRAL? ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.	Aproximaciones conceptuales a la anotación preventiva de la demanda en la Teoría del Derecho.	9
2.	Rasgos característicos.	
2.1.	Anotación Registral como acto de registro público.	13
2.2.	Calificación de los bienes inmuebles objeto de la anotación como “bienes litigiosos”	14
2.3.	Temporalidad.	16
2.4.	Cautela no tradicional pero tampoco innominada.	17
3.	Antecedentes históricos de la anotación preventiva de la demanda en el Derecho Comparado.	18
3.1.	Antecedentes en el Derecho Romano.	19
3.1.1.	El “tabularium”.	23
3.1.2.	La in iure cessio.	24
3.1.3.	La insinuatio donacional.	25
3.2.	Antecedentes en el Derecho Germánico.	27
3.3.	Antecedentes en el Derecho Hispánico Medieval	29
3.4.	Antecedentes del Moderno Derecho Hispánico.	31

4.	Sistemas registrales de anotación preventiva de la demanda	33
4.1.	Sistemas puramente registrales.	33
4.2.	Sistemas de obligatoriedad selectiva como requisito de procedibilidad	34
4.3.	Sistemas de taxatividad de los efectos procesales de la anotación preventiva de la demanda.	35
4.4.	Sistemas de publicidad potestativa.	36

CAPÍTULO II LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS EN EL SISTEMA JURÍDICO VENEZOLANO

1.	Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de la demanda. Un ensayo desde la filosofía del Derecho en Venezuela.	40
1.1.	¿Qué implica calificar una naturaleza jurídica?	44
1.2.	Criterios para precisar la naturaleza jurídica	45
1.2.1.	Revisión de las características (Tesis de la identidad)	46
1.2.2.	Efectos o consecuencias fácticas y sobre el sistema normativo (Tesis de la viabilidad)	48
2.	Sistema cautelar previsto en la legislación procesal venezolana.	53
2.1.	Principios generales rectores del sistema cautelar general o potestad cautelar.	59
2.1.1.	El principio de la Tutela Judicial Efectiva.	60
2.1.2.	El principio de Justicia.	61
2.1.3.	El principio de la legalidad.	65
2.2.	Características del sistema cautelar venezolano.	66
2.2.1.	Es reglada con espacios delimitados para la discrecionalidad.	67

2.2.2. Es descodificado.	69
2.2.3. Es exclusivamente jurisdiccional.	70
2.3. Clasificación de las medidas cautelares según su concreción en las fuentes positivas del sistema cautelar.	72
2.3.1. Medidas nominadas.	74
2.3.2. Medidas innominadas.	77

CAPÍTULO III

LA FUNCIONALIDAD PROCESAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA LITIS Y EL SISTEMA CAUTELAR VENEZOLANO

1. Efectos de la nominalidad e innominalidad en el sistema cautelar patrio.	80
1.1. Extensión de la medida cautelar	83
1.2. Las potestades cautelares del juez.	85
1.3. Procedimiento para su tramitación.	87
2. La anotación preventiva de la demanda como medida cautelar nominada en el sistema preventivo procesal venezolano	91
2.1. Rasgos característicos de la anotación preventiva de la demanda y su recepción en la naturaleza cautelar.	92
2.2. Extremos procesales para su admisibilidad.	96
2.2.1. Peligro de insolvencia (periculum in mora)	103
2.2.2. La apariencia del “buen derecho” (fomus boni iuris)	104
2.3. La anotación preventiva de la litis y la prohibición de enajenar y gravar.	108
3. Concepto y función de la anotación preventiva de la demanda en el derecho venezolano.	111

4.	Procedimiento aplicable.	113
5.	Efectos.	116
6.	Extinción.	117
CONCLUSIONES		119
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		123