

**NULIDAD DEL PODER POR FALLECIMIENTO
DEL REPRESENTANTE LEGAL
DE LA PERSONA JURÍDICA QUE LO OTORGÓ
(COMENTARIOS A LA SENTENCIA
NÚMERO 199 DE LA SALA SOCIAL DEL TSJ
DEL 21 DE OCTUBRE DE 2022).**

PROF. LEÓN HENRIQUE COTTIN*

* Profesor de Pruebas y Obligaciones. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

A. La demandante Agropecuaria Pogaban, C. A. actuó en el juicio representada por su apoderado general, Iván Bolívar, quien, con poder otorgado por la persona de su presidente, Fernando Posamai, ejerció ante el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico recurso de nulidad contra el acto administrativo del Instituto Nacional de Tierras (INTI) mediante el cual otorgó un Título de Adjudicación Socialista a favor del Consorcio Veinca, C. A. El INTI no compareció; lo hizo un tercero interesado, ciudadano Edward Gudiño.

B. El tercero interesado interviniente en el juicio consignó el 3 de junio de 2021 copia simple del acta de defunción del ciudadano Fernando Posamai y también consignó copia certificada de la referida acta, “en donde se expone que A LOS ONCE (11) DÍAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015) falleció FERNANDO POSAMAI (...)”.

C. El referido Juzgado Superior Agrario, por sentencia del 15 de octubre de 2021, declaró: PRIMERO: nulo el poder de representación otorgado por ante notaría mediante el cual el extinto Fernando Posamai, en su carácter de presidente y representante legal de la empresa mercantil Agropecuaria Pogaban, C. A., otorgó poder especial, amplio y bastante a los profesionales del derecho Iván Bolívar y Luis Risek Rodríguez, y, SEGUNDO: se declaró inadmisibile la demanda.

D. La motivación del Juzgado Superior Agrario fue la siguiente: el recurso de nulidad es ejercido el 4 de noviembre de 2019 por el abogado Iván Bolívar en su carácter de apoderado judicial de Agropecuaria Pogaban, C. A., evidenciándose que el instrumento de poder fue conferido por Fernando Posamai en su condición de presidente y representante legal de la citada empresa en fecha 8 de agosto de 2008 ante la Nota-

ría Pública Duodécima del Municipio Libertador del Distrito Capital, quedando anotado bajo el n.º 25, tomo 43-A-II. Ante la evidencia del fallecimiento del poderdante, declara nulo el poder.

E. La sentencia fue apelada. Conoció de la apelación la Sala Social del TSJ.

II. SENTENCIA DE LA SALA SOCIAL

1. La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 21 de octubre de 2022, declaró inadmisibile la acción propuesta fundamentada en declarar como nulo, por extinto, el poder que había otorgado dicha empresa. El fundamento fue el fallecimiento de la persona natural que lo había firmado como representante de la compañía anónima¹.

En el curso del juicio no compareció el Instituto Nacional de Tierras (INTI), habiendo intervenido, como se dijo, solo un tercero interesado. La Sala de Casación Social decidió resolver el asunto como de mero derecho.

2. El poder nunca fue objetado. No se discutieron las facultades del apoderado. Nunca fue tachado de falso ni por razones formales ni de fondo.

3. La Sala, en la parte narrativa de su sentencia, reproduce lo dicho por el Tribunal Superior Agrario así:

“En la evidencia del fallecimiento del poderdante actor, el mencionado Juzgado Superior Agrario dictó sentencia en fecha 15 de octubre de 2021, en la que determinó:

PRIMERO: Declara nulo el poder de representación de fecha 8 de agosto de 2008, otorgado ante la Notaría Pública Duodécima del Municipio Libertador del Distrito Capital, anotado bajo el n.º 23, tomo 45, mediante el cual el extinto FERNANDO POSAMAI, titular de la cédula de identidad n.º 5.533.649, en su carácter de presidente y representante legal de la empresa mercantil AGROPECUARIA POGABAN, C. A., otorgó poder especial, amplio y suficiente

¹ La sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de octubre de 2022 está disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/320117-199-211022-2022-22-101.HTML>

a los profesionales del derecho IVÁN BOLÍVAR y LUIS RIZEK, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los n.ºs 7.513 y 10.061 (...).

SEGUNDO: Se declara INADMISIBLE la presente demanda (...)

En su sentencia, la Sala sostuvo, en primer lugar, que:

A) “(...) la apelación propuesta por el abogado Iván Bolívar ha debido ser declarada inadmisibles por el tribunal de la causa, en razón de que el mencionado abogado no ostenta la representación que se atribuye, ya que actúa en contravención al artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, que establece como premisa: ‘El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso’ (*omissis*), y en el asunto de autos, el precitado abogado, desde que dio inicio a la presente acción, carecía de facultad, por cuanto el ciudadano Fernando Posamai (†), quien en su condición de presidente y representante legal de la empresa Agropecuaria Pogaban, C. A. le había otorgado poder para que represente a dicha sociedad mercantil, había fallecido, con lo cual el mandato se extinguió conforme al artículo 165 del Código de Procedimiento Civil”.

En segundo lugar sostuvo que:

B) “Al haber fallecido en fecha 11 de noviembre de 2015 la persona que otorgó el poder con el que actúa irregularmente el abogado Iván Bolívar, este cesa, desde ese momento, en la representación que se atribuye, lo cual, insólitamente, no observó el mencionado abogado, por cuanto, sin legitimación cierta, presentó en fecha 4 de noviembre de 2019 la acción de nulidad ya descrita previamente, es decir, casi cuatro años después de dejar de ostentar la representación que dice tener”.

De ello concluyó la Sala que: “Efectivamente, el abogado actor carecía, en lo absoluto, de legitimación activa para proponer la demanda de nulidad *sub iudice* y, más aún, carecía de esta para ejercer el recurso de apelación que nos ocupa”, considerando finalmente que “al carecer de la representación judicial que se atribuye el abogado Iván Bolívar, se deberá declarar inadmisibles el presente recurso de apelación”.

La Sala Social declaró: PRIMERO: inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por el abogado Iván Darío Bolívar, quien señala actuar en representación de la sociedad mercantil Agropecuaria Pogaban,

C. A., contra la decisión proferida por el Juzgado Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico en fecha 15 de octubre de 2021; SEGUNDO: firme el precitado fallo; TERCERO: se impone multa de cien unidades tributarias al abogado Iván Bolívar.

El fundamento de la multa fue la consideración de un irrespeto hacia la majestad del Poder Judicial, por cuanto intentó burlarse de la buena fe de los operadores de justicia.

III.

La Sala afirmó que el abogado Iván Bolívar no ostentaba la representación de la empresa demandante, pues al estar “extinto” el otorgante del poder, el señor Fernando Posamai, quien murió, como se dijo, el 11 de noviembre de 2015, estaría “extinto” el poder.

Esto es un disparate.

Es un hecho cierto e indubitable, no controvertido, que cuanto el señor Fernando Posamai firmó el poder estaba vivo, lo hizo legalmente por la persona jurídica que representaba, y así lo hizo constar el notario.

El poder al abogado Iván Bolívar lo otorgó la persona jurídica Agropecuaria Pogaban, C. A., no el señor Fernando Posamai.

Es decir, el poder que ostenta el abogado Iván Bolívar no es de Fernando Posamai. La parte actora en el juicio que cursó ante el Juzgado Superior Agrario apelado ante la Sala de Casación Social es la empresa Agropecuaria Pogaban, C. A., no es Fernando Posamai.

La personalidad jurídica de Agropecuaria Pogaban, C. A. no se ha extinguido. Por el hecho de que haya fallecido su presidente y representante legal no se extingue su personalidad jurídica.

El fallecido es el señor Fernando Posamai, no Iván Bolívar ni Agropecuaria Pogaban, C. A.

IV.

El tema de la actuación por poder, sea de persona natural o jurídica, es elemental y básico para un estudiante de Derecho. La actuación de las personas jurídicas a través de sus representantes, personas naturales, también es un tema básico.

No hace falta estudiar Derecho para saber que las compañías anónimas tienen personalidad jurídica distinta a la de sus socios o de quienes por ellas actúan.

Existen pues dos clases de personas o dos categorías de sujetos de derecho: la persona natural o corporal, que es la persona por excelencia representada por el ser humano, y la persona jurídica en estricto sentido o incorporal, que se traduce en entes distintos al ser humano a los que el ordenamiento les concede subjetividad jurídica².

La natural es el ser humano; por serlo tiene personalidad jurídica, capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

Personas jurídicas o morales son el grupo de personas naturales o jurídicas que tienen atribuida personalidad jurídica a través de una ficción legal.

La persona natural inicia su existencia con el nacimiento viva y lo culmina con la muerte, en cuyo ínterin será sujeto de derecho y tendrá personalidad jurídica; la persona jurídica en estricto sentido existe en el mundo del derecho mientras las formas jurídicas que el propio ordenamiento ha previsto le permitan desenvolverse en un plano ideal³.

Todo ser humano es órgano total y exclusivo de su propia persona jurídica, y todo lo que el ser humano hace se considera hecho directamente por la persona jurídica propia. Cuando un ser humano es órgano físico que se desempeña dentro de un marco de un órgano jurídico (de una persona jurídica) todo lo que esa persona hace desempeñándose en la función de órgano jurídico se considera hecho directamente por la persona jurídica.

V.

La sentencia del 21 de octubre de 2022 de la Sala de Casación Social desconoce el derecho aplicable a las personas jurídicas y hace una disparatada interpretación del numeral 3 del artículo 165 del Código de

² María Candelaria Domínguez Guillén: “Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano”, Tribunal Supremo de Justicia, *Estudios Jurídicos* N.º 17, Caracas, Venezuela, p. 25.

³ María Candelaria Domínguez Guillén: “La persona: ideas sobre su noción jurídica”, *Revista de Derecho* N.º 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2022, p. 41.

Procedimiento Civil, que establece que la representación de los apoderados y sustitutos cesa “3) Por la muerte, interdicción, quiebra o cesión de bienes del mandante o del apoderado o sustituto”.

La norma del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil es idéntica a la del también numeral 3 del artículo 1.704 del Código Civil: “El mandato se extingue: (...) 3) Por la muerte, interdicción, quiebra o cesión de bienes del mandante o del mandatario”.

El artículo 8 del Código de Comercio contiene una norma de remisión al Código Civil cuando establece: “En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

Conforme al Código Civil en su Libro Primero: De las Personas. Artículo 15: “Las personas son naturales o jurídicas”.

De acuerdo con el artículo 19 del Código Civil: “Son personas jurídicas y por lo tanto capaces de obligaciones y derechos: (...) 3) Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos. El acta constitutiva expresará el nombre, domicilio, objeto de la asociación, corporación y fundación y la forma en que será administrada y dirigida”.

Las personas jurídicas adquieren personalidad jurídica con su registro.

Según el artículo 19 del Código de Comercio: “Los documentos que deben anotarse en el Registro de Comercio, según el artículo 17, son los siguientes: (...) 9) Un extracto de las escrituras en que se forma, se prorroga, se hace alteración que interese a tercero o se disuelve una sociedad y en la que se nombran liquidadores”.

VI.

La sentencia cita los datos de registro de Agropecuaria Pogaban, C. A. Dice que está inscrita en el Registro Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda por documento de fecha 11 de junio de 1984, anotado bajo el n.º 25, tomo 43-A-II. De tal manera que la Sala de

Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia debió saber que tiene personalidad jurídica.

Según el artículo 200 del Código de Comercio, “las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil”.

Las compañías anónimas tienen personalidad jurídica distinta a la de sus socios y a la de sus administradores. En efecto, el artículo 201 del Código de Comercio establece: “Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios”.

Las compañías anónimas son administradas por personas naturales. El artículo 242 del Código de Comercio establece: “La compañía anónima es administrada por uno o más administradores temporales, revocables, socios o no socios”.

VII.

El carácter del señor Fernando Posamai como presidente y representante legal de la compañía Agropecuaria Pogaban, C.A. lo hizo constar el notario público de la Notaría Pública Duodécima del Municipio Libertador del Distrito Federal el día 8 de agosto de 2008, cuando otorgó poder al abogado Iván Bolívar.

Esa declaración del funcionario público hace plena fe, según el artículo 1.359 del Código Civil.

El poder del abogado Iván Bolívar no ha sido objetado. No se opuso la cuestión previa de ilegitimidad de la persona que se presenta como apoderada o representante del actor, o porque no tenga la representación que se atribuye o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente. Cuestión previa prevista en el artículo 346, n.º 3, del Código de Procedimiento Civil.

El poder no fue sido tachado de falso.

VIII.

En consecuencia, el fundamento legal de la sentencia es absolutamente errado. La sentencia dispone que el poder otorgado por Agropecuaria Pogaban, C. A. al abogado Iván Bolívar es nulo porque la perso-

na natural que era presidente y representante legal de la citada empresa murió con posterioridad al otorgamiento del poder.

El mandante del abogado Iván Bolívar fue la persona jurídica Agropecuaria Pogaban, C. A., no el señor Fernando Posamai.

Porque el señor Fernando Posamai haya fallecido no se ha extinguido la personalidad jurídica de Agropecuaria Pogaban, C. A. Los efectos de la muerte de Fernando Posamai, ocurrida el 11 de noviembre de 2015, solo lo afectan a él, cesa su personalidad jurídica y se abren sus derechos sucesorales. Esos efectos no se extienden a otra persona, en este caso a una persona jurídica de la cual era administrador.

IX.

Los actos que realizó Agropecuaria Pogaban, C. A. a través de su administrador son válidos. Imaginemos que un apoderado, Iván Bolívar, con poder de Agropecuaria Pogaban, C. A. firmado por Fernando Posamai, hubiera celebrado un contrato de arrendamiento por cinco años sobre un inmueble de su propiedad. Si muere el señor Posamai el arrendador no puede solicitar la desocupación porque el poder se haya extinguido, devenido en nulo por haber muerto quien firmó el poder que otorgó Agropecuaria Posamai, C. A. para la firma del contrato de arrendamiento.

El artículo 165.3 del Código de Procedimiento Civil, al igual que el artículo 1.704 del Código Civil, se refiere a la extinción de la representación por muerte del poderdante o del apoderado, persona natural. Norma excepcionada por el artículo 1.711 del Código Civil: “El mandatario está obligado a terminar el negocio ya comenzado en la época de la muerte del mandante si hay peligro en la demora”.

Todos los artículos que contemplan en sus supuestos de hecho la extinción del mandato o poder por muerte, tanto del poderdante como del apoderado, lo hacen referidos a personas naturales. Las personas jurídicas no mueren. Son ficciones del legislador.

Erró la Sala de Casación Social al decidir que se extinguen los poderes otorgados por una persona jurídica cuando haya fallecido el representante de esa persona jurídica que haya firmado los poderes otorgados por su representada.

X

Imagínese el caos que se puede provocar en la administración pública cuando, aplicando el criterio de la Sala de Casación Social, se sostenga que los poderes otorgados por el procurador general de la república se extinguen cuando haya fallecido el procurador que los firmó.

El decreto con rango, valor y fuerza de ley de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la República en su artículo 48 establece: “Además de las atribuciones generales que le confiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, es de la competencia específica del Procurador o Procuradora General de la República (...) 14) Otorgar poderes o mandatos a particulares cuando la representación y defensa del interés de la república así lo requiera”.

Según la interpretación que hace la Sala de Casación Social del artículo 165.3 del Código de Procedimiento Civil, si ocurriera la muerte del procurador que firmó esos poderes, ellos están extintos.

El presidente Hugo Chávez, en ejercicio de sus atribuciones, nombró vicepresidente de la república a Nicolás Maduro el 10 de octubre de 2012 actuando de conformidad con el numeral 3.º del artículo 236 de la Constitución. El presidente Hugo Chávez falleció el 5 de marzo de 2013, pero ello no significó que Nicolás Maduro hubiese cesado como vicepresidente. No quedó “extinto” el nombramiento del señor Nicolás Maduro a pesar de que quien lo nombró sí estaba “extinto”.

Quien nombró al señor Nicolás Maduro vicepresidente fue el presidente de la república. Fallecido este, sus actos ejecutados en ejercicio de la presidencia siguen vigentes. Exactamente lo mismo pasa con las personas jurídicas.

XI.

No debemos dejar de citar la reprimenda que le hace la Sala de Casación Social al profesional del derecho Iván Bolívar por “ostentar un poder extinto”: “(...) hasta el punto de llegar el asunto hasta este Tribunal Supremo de Justicia, se considera un irrespeto hacia la majestad del Poder Judicial, por cuanto intentó burlarse de la buena fe de

los operadores de justicia”, imponiéndole una multa de cien unidades tributarias por “la temeraria e irrespetuosa actuación del abogado Iván Bolívar”.

Esa reprimenda no es justa, la sentencia no es justa, no es conforme a derecho, es producto de un cúmulo de errores.

monial que los va a regir, sobre todo porque existe igualdad en la manifestación libre de su voluntad para poder establecer la relación contractual patrimonial, mucho más cuando la igualdad ante la ley implica, como lo ha dicho la propia Sala Constitucional, en un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación-; siendo que el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu* o principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, busca evitar todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, por lo que está dirigido al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la ley, siendo que en el caso de

CIONAL INTEGRAL 1981-2001. Tomo I. Editorial *Bosch*. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: ‘No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales’.

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (*vid.* sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu*, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (*vid.* GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad.”

los cónyuges en relación a las capitulaciones matrimoniales, como ya se indicó esa desigualdad se eliminó con la reforma de 1982.

4.3. Respecto al origen de las capitulaciones matrimoniales

Para tratar de justificar la forma de actuar y de decidir el fallo objeto de análisis, la Sala Constitucional hizo referencia al origen de las capitulaciones matrimoniales en el siguiente sentido:

“Así tenemos que, el régimen económico matrimonial surgió originariamente –sostienen Planiol y Ripert (Tomo VIII, pág. 3) -como un estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los cónyuges, bien sea en sus relaciones recíprocas como en las relaciones con los terceros. En teoría pura no hubiera sido una consecuencia necesaria del matrimonio de no estar determinada por la otrora condición de incapacidad legal de la mujer casada, y la necesidad para el legislador de establecer su grado de participación en la administración, y disposición del patrimonio conyugal; el caso es que a diferencia de Roma donde solo se conocía la regulación del régimen dotal, las legislaciones modernas desde el Código napoleónico conocen distintos régimen (sic) patrimoniales conyugales.”

Sobre el origen de las capitulaciones matrimoniales, ya hicimos referencia al principio del presente trabajo, los cuales damos por reiterados, donde se destacó que el surgimiento de esta institución es muy antigua, viéndose contractualmente desde la monarquía goda, pasando de allí en adelante por una serie de procesos y modificaciones, observándose que en principio se refería a que el hombre daba una dote u arras a la mujer, un patrimonio, hasta que se llegó a las fundaciones vinculares, el derecho romano, la codificación francesa y española y, finalmente, a la manera en que se regula en nuestros días, donde lo relevante es el establecimiento del régimen patrimonial matrimonial, concubinario de mutuo acuerdo o vincular entre la pareja.

En tal sentido, se ha entendido que las capitulaciones matrimoniales “...constituyen un contrato³⁶ bilateral solemne, inmutable, persona-

³⁶ María Candelaria Domínguez Guillén, *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad*. Op. cit. pp. 364-365, señala que “Si bien se afirma que las capitulaciones no se rigen por las mismas normas que el ‘contrato’, también

lísimo, previo y accesorio al matrimonio, en virtud del cual los futuros cónyuges se sustraen al régimen legal patrimonial supletorio que regirá al matrimonio, representando así una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de dicha materia. Precisa al igual que este último de ciertas solemnidades. De allí que se aluda al principio de solemnidad (artículo 143 CC) y de la inmodificabilidad posterior (144 CC) de las capitulaciones matrimoniales,³⁷ teniendo una libertad absoluta para estipular el régimen que desean que realice sus relaciones patrimoniales durante el vínculo establecido, en especial el del matrimonio.

De este modo, se puede observar, que lo que ha sido constante en esta institución, es que se trata y refiere a una relación contractual,

es cierto que algunos de los principios que lo regulan aplican igualmente a la convención, pues la idea de justicia y equidad soporta las relaciones jurídicas en general. Si tales ideas orientan el contrato, no pueden ser enteramente descartables ante el Derecho de Familia. Pues, en todo caso, lo importante son los valores superiores del ordenamiento jurídico que justifican tal interpretación: la justicia y proporcionalidad inspira múltiples figuras de derecho patrimonial a la vez que constituye regla de interpretación e integración. De hecho, mal podría descartarse por vía de capitulaciones la procedencia de instituciones que superan el ámbito del contrato, tales como otras fuentes distintas a éste, como el enriquecimiento sin causa o inclusive la responsabilidad extracontractual. Sería como renunciar anticipadamente a una legítima posibilidad jurídica ajena al ámbito contractual o convencional. Sería como renunciar anticipadamente a una legítima posibilidad jurídica ajena al ámbito contractual o convencional. Vale recordar que las cláusulas contractuales que pretenden excluir absolutamente la posibilidad de responsabilidad extracontractual están proscritas por contrarias al orden público. Pues mal podría pretenderse que otras fuentes distintas ajenas a la convención matrimonial pudieran ser renunciadas *ab initio*.”

Por otra parte, Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1946, p. 169, en referencia a la naturaleza jurídica de las capitulaciones, dice que no son siempre un contrato, sino que tendrán ese carácter cuando den nacimiento a obligaciones, como el caso del marido que se obliga a entregar a la mujer una determinada suma de dinero o pensión periódica para que disponga libremente de ella. Por el otro lado, si no se contraen obligaciones; sino que se producen efectos jurídicos, como cuando se pactan separaciones de bienes, no estaremos frente a un contrato sino de una convención.

También hay que mencionar a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º RC.000546 del 22 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000546-221110-2010-10-186.HTML>, consultada el 12 de febrero de 2022, en la que se indica que el artículo 143 del CC, solo exige que se protocolicen las capitulaciones matrimoniales ante “un” (artículo indeterminado) registrador subalterno, por lo que se pueden asentar ante cualquier registrador inmobiliario, antes del matrimonio, corresponda o no en el ámbito territorial de la oficina al lugar efectivo de la celebración del matrimonio.

³⁷ María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de derecho de familia*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N.º 20. Caracas, Venezuela, 2008, pp. 99-100.

relativa al régimen de regulación de los bienes y patrimonios de los contrayentes en nupcias o del vínculo de la pareja, siendo que a lo largo de la historia ha sufrido modificaciones dependiendo sobre quién posea la posición de dominio (familiares de la novia, familiares del novio, la novia, el novio o ambos contrayentes), por lo que pretender anclar este tipo de contratos a una idea patriarcal y de dominación masculina, es una premisa falsa y falaz, que no tiene asidero alguno en nuestra realidad y actualidad, sobre todo cuando la reforma del Código Civil de 1982, trajo como consecuencia la igualdad plena de ambos cónyuges en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, 40 años del establecimiento del régimen patrimonial conyugal en plena igualdad y sin discriminación.

4.4. Oportunidad para establecer, modificar o suprimir las capitulaciones matrimoniales

La Sala Constitucional en su fallo, estableció cuáles son los momentos en los cuales se pueden celebrar, modificar, anular o suprimir las capitulaciones matrimoniales o convenciones patrimoniales, es decir, la oportunidad temporal en que se pueden realizar estos actos para regular el régimen patrimonial matrimonial y que se efectúa de una forma contractual, en tal sentido la decisión analizada señaló:

“De tal manera, que siendo las Capitulaciones matrimoniales el régimen patrimonial conyugal principal, los convenimientos de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante del matrimonio; y así también, podrán ser reformadas durante el matrimonio y aún dejarse sin efecto.

Omissis.

Por su parte, el artículo 144 del Código Civil venezolano se interpretará sin restricción admitiéndose la celebración de las Capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio; o posteriormente durante la vigencia del matrimonio, así como también serán válidas las reformas o modificaciones a las Capitulaciones matrimoniales, su sustitución y la reforma.

De igual modo, invocando **la plena autonomía de la voluntad de los cónyuges** podrán éstos **revocar por mutuo consentimiento durante el matrimonio** el régimen convencional de Capitulaciones

matrimoniales que hubiesen mantenido vigente, y someter el patrimonio propio al régimen legal comunitario previsto en los artículos 148 y siguientes del Código Civil, una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del mismo Código.” (Resaltados del fallo original).

Como se aprecia del texto transcrito, la Sala Constitucional consideró que las capitulaciones matrimoniales y convenciones patrimoniales:

- A. Se pueden celebrar válidamente:
 - a. Antes del matrimonio.
 - b. Durante el matrimonio, mientras esté vigente.
- B. Pueden ser reformadas, modificadas o sustituidas durante el matrimonio.
- C. Pueden dejarse sin efectos o revocar durante el matrimonio.

De este modo, vemos que el fallo estableció como ya lo hacía y regulaba el Código Civil venezolano que, las capitulaciones matrimoniales *se pueden celebrar* antes del matrimonio, en el caso del concubinato pareciera que esto no sería posible por el hecho de ser difícil establecer cuando comienza, sin embargo estimamos que en ciertos supuestos sí se podría, como sería el caso que una pareja decida comenzar a vivir juntos y previamente celebraren las convenciones patrimoniales y en caso de durar más de dos años en convivencia, tendría plena validez este contrato bajo condición suspensiva y cuyos efectos se darían desde el momento de su suscripción.³⁸ Pero agregó la posibilidad que también se pudieran celebrar durante la vigencia del matrimonio, concubinato o

³⁸ Acá debemos recordar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 953 del 16 de julio de 2013. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/953-16713-2013-10-0238.HTML>, consultada el 12 de febrero de 2022, expresó: “Resulta importante para esta interpretación, dilucidar si es posible que entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales. A juicio de esta Sala, **ello es imposible**, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada –como en el matrimonio– por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella.” (Negritas nuestras).

unión estable de hecho;³⁹ esto significa que mientras el vínculo matrimonial o concubinario no se haya roto de manera legal, las partes podrán de mutuo acuerdo, aunque se encuentren separados de cuerpo de forma legal o de hecho, celebrar el contrato de las mismas para regular el patrimonio objeto de normativización.

En lo que respecta a *las reformas, modificaciones o sustituciones* de las condiciones en que se encuentra establecido el régimen patrimonial matrimonial a través de las capitulaciones matrimoniales, por la redacción pareciera que solamente se puede realizar durante la vigencia del matrimonio o concubinato, lo que significa que no se pueden efectuar ni antes ni después, por lo que si se efectúan antes o después, las mismas no tendrán validez, sin embargo, respecto a realizarlas antes, estimamos que si es posible, sobre todo al observar lo establecido en el artículo 145 del CC, que permite este tipo de modificaciones antes del matrimonio. Esto significa que, al permitirse la modificación y sustitución, antes y durante el matrimonio o unión estable de hecho, se estima que ahora se puede generar una enorme inseguridad jurídica para los terceros en cuanto a la incertidumbre que se puede dar respecto al modo en que efectivamente se encuentra establecida la manera en que se ha de regir el patrimonio de los cónyuges, obligando a los terceros interesados a estar constantemente investigando cómo se encuentra la relación patrimonial matrimonial de los cónyuges o concubinos, mucho más en cuanto a lo limitado de la publicación por prensa, que analizaremos más adelante.

Finalmente, se indica que las capitulaciones matrimoniales pueden *dejarse sin efectos o revocar* durante el matrimonio o concubinato, lo que es similar a lo que indicamos en el párrafo anterior, significa que no tendrá validez la revocatoria que se efectúe después de que rompa el lazo matrimonial y en el caso del concubinato las que se efectúen después que se haya roto dicho vínculo ya que antes del establecimiento del concubinato es más difícil demostrar la celebración de convenciones patrimoniales.⁴⁰ También, se ha de resaltar que tiene especial

³⁹ Se estima relevante destacar que, si el pacto se celebra durante el matrimonio y no antes, es más propio utilizar la expresión “convenciones matrimoniales” que es un concepto mucho más amplio, aunque tanto capitulaciones como convenciones matrimoniales equivalen a contrato del matrimonio.

⁴⁰ Sin embargo, reiteramos lo indicado en los párrafos anteriores en que pudiesen existir supuestos en que creemos que sí se puede dar. Igualmente, se quiere señalar que en el caso

importancia para la procedencia de la revocatoria de las capitulaciones matrimoniales, que ésta se efectúe sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges o pareja concubinaria, en el que conste un mutuo consentimiento y no sólo de uno de ellos, debiendo tales manifestaciones de voluntad estar libres de error, dolo o violencia.

4.5. Sujetos que pueden realizar capitulaciones matrimoniales

La sentencia N.º 652 del 26 de noviembre de 2021, objeto de análisis, estableció igualmente quiénes son los sujetos que pueden efectuar el contrato de las capitulaciones patrimoniales, consagrando en tal sentido que:

“...las Capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador.

Omissis.

No puede pasar desapercibida la situación jurídica similar que tienen las uniones concubinarias en ausencia de matrimonio, o uniones estables de hecho como han sido calificadas por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1682/2005 y donde se fundaría la aplicación por analogía de la interpretación constitucional que hace la Sala del Régimen convencional patrimonial del matrimonio a la institución del concubinato. En tal sentido, el documento de las capitulaciones deberá incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No existiendo entonces prohibición legal expresa, la Sala encuentra también en aplicación analógica que el artículo 767 del Código Civil regulatorio de la **comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio**, debe hacer prevalecer el **principio de autonomía de la voluntad** para que los concubinos en iguales condiciones que los

que se fuera a celebrar un matrimonio las convenciones patrimoniales se pueden ver como un precontrato al contrato de matrimonio, mientras que en el caso del concubinato no, se trataría propiamente de un contrato o convención.

cónyuges en el matrimonio puedan darse por mutuo consentimiento un régimen de Capitulaciones patrimoniales que se regirá analógicamente, según los artículos 143 y 146 del Código Civil interpretados con **el mismo carácter vinculante** que la Sala ha dispuesto para las Capitulaciones matrimoniales. En ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por **inexistencia** o **nulidad** de las mismas, deberá **presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario**, conforme lo establece el artículo 767 del Código Civil.”

De la transcripción anterior, se puede observar que:

- A. Las partes deben ser sujetos capaces de actuar en libertad.
- B. Las partes se rigen por el principio de la autonomía de la libertad.
- C. Las partes deben tener plena capacidad para contratar.
 - a. En caso de minoridad requiere asistencia y aprobación de la persona de la que se requiera el consentimiento para celebrar el matrimonio. (y en el concubinato qué)
 - b. En caso de inhabilitación aún en trámite requiere asistencia y aprobación de la persona de la que se requiera el consentimiento para celebrar el matrimonio. (y en el concubinato qué)
- D. Pueden celebrarlo los cónyuges.
- E. Pueden celebrarlo los concubinos.

Una vez más, se destaca y reitera por parte de la Sala Constitucional la importancia de que la celebración del contrato de regulación patrimonial se efectúe en plena *libertad de actuar* y con la autonomía de la voluntad, ante lo cual damos por reiterado lo indicado en el punto 4.2 del presente trabajo.

En lo que respecta a la capacidad de las personas, deben tener una capacidad de obrar o contractual,⁴¹ que se ha entendido como “...la posibilidad de que un sujeto pueda celebrar un contrato –en cualquiera de sus posiciones subjetivas– que a través de su voluntad genere efectos

⁴¹ Igualmente, tradicionalmente se ha aceptado que la capacidad para contraer matrimonio es la misma que para celebrar las capitulaciones, porque ambas se rigen por las mismas reglas, por lo que las personas hábiles para casarse lo son también para celebrar las convenciones matrimoniales, que según las costumbres francesas se enuncia con el aforismo *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, de allí el a146 del CC.

jurídicos que recaigan directamente sobre su patrimonio”,⁴² lo cual se encuentra vinculado a lo establecido en los artículos 1.143 y 1.144 del CC, donde en principio todo sujeto detenta capacidad para contratar, salvo por la excepciones establecidas en la ley.

De allí que, en lo relativo al *menor de edad*, la sentencia objeto de estudio, exige la asistencia y aprobación de sus padres sin dar mayor explicación ni profundidad sobre el tema. Al respecto, se debe tener presente que no se hace referencia en nada al caso de los menores de edad que se encuentran emancipados (artículos 382 a 386 del CC)⁴³ donde uno de los supuestos es precisamente que se case, donde éste puede llevar la simple administración y en caso de exceder esto requiere la autorización del juez y no de los padres como dice la sentencia. Tampoco hace referencia a los supuestos del menor no emancipado mayor de 16 años establecido en el artículo 273⁴⁴ del CC, que le permite administrar los bienes obtenidos de su trabajo y los frutos y rentas de estos o de lo indicado en el artículo 146 *eiusdem*, que permite al menor de edad que puede casarse hacer capitulaciones matrimoniales.

Aunado a lo anterior, el concepto de la capacidad del menor de edad ha cambiado, por lo que la declaración legal o judicial de la existencia de dicha capacidad, no necesariamente implica que la persona reputada como carente de capacidad sea, para el momento que suscribe un contrato específico, un sujeto con ausencia de madurez o de voluntad indispensable para comprender las implicaciones jurídicas, económicas y sociales del contrato que suscribe, ya que puede tener lo que se ha denominado como capacidad natural, lo que significa que tiene las condiciones subjetivas apropiadas para entender y asumir los efectos que se deducen del referido negocio jurídico para el momento en que se celebra.⁴⁵

⁴² Edison Lucio Varela Cáceres, *La capacidad contractual*. Revista de Legislación y Jurisprudencia N.º 13. Caracas, Venezuela, 2020, p. 3.

⁴³ Estos artículos se deben concordar con el artículo 356 literal b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) publicada en la Gaceta Oficial N.º 6.185 Extraordinaria del 8 de junio de 2015, en el cual dice que la patria potestad se extingue con la emancipación, con lo cual los padres o tutores no tendrían injerencia alguna sobre la toma de decisiones contractuales, que no excedan de la simple administración de los bienes.

⁴⁴ Vinculado al artículo 364 de la LOPNNA.

⁴⁵ Edison Lucio Varela Cáceres. Op. Cit. p. 5.

De allí que, el concepto de capacidad para los niños y adolescente tienen una efectividad relativa, sobre todo al observar lo establecido en los artículos 273 y 1.347 del CC; la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3.1 que exige como criterio de interpretación el interés superior del niño, el artículo 5 que privilegia el ejercicio directo de los derechos y el cumplimiento de sus deberes y el artículo 12 que exige de ser posible, que el menor de edad pueda opinar y expresar su parecer sobre los derechos de que es titular; junto con lo establecido en el artículo 78 de la Constitución y los artículos 1, 4-A, 8 y 13 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, donde todos estos artículos hablan de la capacidad evolutiva o en desarrollo, que demanda la aplicación de un criterio subjetivo de determinación de la capacidad de ejercicio, no enfocado exclusivamente en la edad, sino en la madurez en concreto del sujeto, que varía de sujeto en sujeto de acuerdo a sus condiciones individuales de desarrollo físico, psicológico y social.⁴⁶

Respecto al caso de *inhabilitación*, indica la sentencia que comentamos que se requiere asistencia y aprobación del curador. Como se puede observar se habla en el fallo solo de inhabilitación y no de interdicción,⁴⁷ con lo cual, pareciera que sobre este aspecto se sigue aplicando lo que establece el Código Civil sobre esta institución en sus artículos 393 a 408. Ya en lo relativo a la inhabilitación propiamente dicha, se debe indicar que nuestro ordenamiento jurídico establece que los que padecen de una enfermedad mental suficiente, el sordomudo y el ciego que adquieren esa condición luego de la mayoría de edad, pueden ser inhabilitados por medio de un procedimiento judicial; teniendo la salvedad que los sordomudos o ciegos de nacimiento o que lo quedare en la infancia, que la ley los declara *ipso iure* inhábiles, salvo que un tribunal establezca lo contrario, por lo que encuentran limitación en su capacidad, teniendo una regulación en los artículos 409 a 412 del Código Civil.

⁴⁶ Edison Lucio Varela Cáceres. Op. Cit. pp. 8-9.

⁴⁷ Sin embargo, se ha de tener presente que quien sea declarado entredicho por causa de condena penal de presidio, será hábil para contraer matrimonio, más no para celebrar las capitulaciones matrimoniales.

Pero aunado a lo anterior si observamos lo consagrado en la Ley para las Personas con Discapacidad,⁴⁸ así como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,⁴⁹ que similar a lo que ocurre con el caso de los niños y adolescentes, busca promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad sus derechos (artículo 1); así como el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y tener su independencia (artículo 3, literal a); teniendo el Estado la obligación de adaptar todo su ordenamiento jurídico con este fin (artículo 4) sobre todo con respecto a lo que establece el artículo 12, en especial los numerales 2 y 5 de la convención, que establece que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como que tienen el derecho a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos.

De lo anterior, se observa que no toda discapacidad física o intelectual, genera una discapacidad legal según esta convención firmada, ratificada, depositada y publicada en la Gaceta Oficial por parte de Venezuela, razón por la cual, se estima que las personas con discapacidad deberán ser analizados en cada caso particular para determinar si tiene capacidad de obrar o contractual como para celebrar el contrato patrimonial matrimonial y no como lo indica la sentencia de la Sala Constitucional, que aún peor y en contravención de la convención y de la Ley para las Personas con Discapacidad, establece que requieren de la aprobación y asistencia del curador, siendo incluso peor, porque indica el fallo que se debe aplicar a las personas que están en procedimiento inhabilitación, es decir, ni siquiera legalmente se han declarado inhábiles mediante sentencia definitivamente firme y por lo tanto, según el ordenamiento jurídico general, son capaces.

Finalmente se indica que este tipo de contratos patrimoniales lo pueden celebrar los cónyuges y los concubinos, con lo cual surge la incertidumbre y duda si en otro tipo de uniones estables de hecho pudiera darse la posibilidad de celebrar este tipo de contrataciones,⁵⁰ como

⁴⁸ Publicada en la Gaceta Oficial 38.598, del 5 de enero de 2007.

⁴⁹ Publicada en la Gaceta Oficial 39.236, del 6 de agosto de 2009.

⁵⁰ María Candelaria Domínguez Guillén, *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del*

lo serían las uniones estables de hecho de personas del mismo sexo, nosotros creemos que sí.⁵¹ En lo que respecta a las uniones estable de hecho en donde una de la partes aún mantiene un vínculo matrimonial con otra persona, estimamos que no sería legalmente posible realizar este tipo de contrataciones, ya que aún existe el lazo nupcial legal que trae como consecuencia una serie de obligaciones económicas y patri-

principio de la autonomía de la voluntad. Op. cit. pp. 372-373. “Dada la equiparación entre matrimonio y concubinato en cuanto al ámbito patrimonial, no sería ilógico considerar – aunque fuera inusual en la práctica– la posibilidad de una suerte de contrato que pretenda regular patrimonialmente la comunidad concubinaria. Esto es se trataría de un contrato que pretenda tener un efecto parecido a las ‘capitulaciones matrimoniales’, *mutatis mutandi* por cuando (sic) sería improcedente sostener los mismos requisitos como el registral. No vemos óbice a la existencia de un contrato que tuviera validez únicamente entre las partes, cuya regulación patrimonial esté dentro de las materias donde encuentre aplicación el principio de la autonomía de la voluntad. Se afirma que, si bien es ilógico pretender hablar de ‘capitulaciones concubinarias’ porque las capitulaciones son inmanentes al matrimonio, nada impide, sin embargo, celebrar pactos que pretendan excluir la aplicación de la comunidad concubinaria que se rige analógicamente por las mismas reglas que la comunidad de bienes en el matrimonio, con la diferencia natural ante la ausencia de ‘registro’ que no serían oponibles frente a terceros. Por lo que sería perfectamente posible y en consonancia con el artículo 77 de la Constitución un acuerdo que regule el régimen patrimonial, autenticado ante Notario Público.”

⁵¹ Sobre este punto no se puede olvidar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 1.682 del 15 de julio de 2005, Disponible en; <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultada el 12 de febrero de 2005, estableció que la “...unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies”, agregando que “Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículo 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53”, siendo que efectivamente la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en la Gaceta Oficial N.º 6.686 Extraordinaria el 15 de febrero de 2022, en sus artículos 2 numeral 3, 3, 4 y 6 al reconocer la pluralidad de formas familiares con igualdad y sin discriminación alguna por su sexo, orientación sexual, identidad de género o expresión de género, entre otras. Esta normativa responde a lo indicado en este fallo en el que señaló que “...corresponde conforme al artículo 77 constitucional, a la reserva legal la regulación de las otras uniones estables diversas al concubinato y, por ello, le está a la Sala vedado, aun por la vía de la jurisdicción normativa, realizar la tipificación de estas otras uniones...”

moniales que se deben cumplir entre los contrayentes, por lo que no se podrá en estos casos efectuar las capitulaciones patrimoniales con la persona externa a la relación conyugal.

4.6. Otros aspectos irregulares señalados en el voto salvado

Se quiere dejar en claro que el Código Civil establece, de manera clara y precisa, que existe una comunidad de bienes gananciales en el matrimonio y son comunes, de por mitad, las ganancias y/o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, es decir, desde el día de la celebración del matrimonio comienza esta comunidad, si no se han celebrado capitulaciones matrimoniales. Del mismo modo, define cuáles son los bienes propios de cada cónyuge y que se diferencian de los bienes de la comunidad conyugal. Así como antes de la sentencia dictada por la Sala Constitucional que se analiza, existía la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales que modificaran el régimen legal previamente indicado e incluso las mismas capitulaciones, pero siempre y cuando se protocolizaría antes de la celebración del matrimonio, por lo que no se podía luego.

La sentencia parte del principio respecto a que el régimen patrimonial principal y ordinario del matrimonio son las capitulaciones matrimoniales con base en el artículo 143 del Código Civil y de manera supletoria, en caso de ausencia de capitulaciones matrimoniales por inexistencia o nulidad de las mismas, aplicar el régimen de comunidad de bienes y gananciales previsto en los artículos 148 y siguientes *eiusdem* respecto a la administración y disposición del patrimonio conyugal.

De esta manera, se ha de tomar en consideración lo señalado por el voto salvado previamente señalado, en el que se estableció que:

“La sentencia de la que se disiente obra a contra corriente de la tendencia mundial del recurso cada vez más usual del (sic) las capitulaciones matrimoniales para resolver lo económico en los matrimonios y no considera aspectos que están vinculados al tema patrimonial, que se encuentra en el propio Código Civil como en otras instrumentos legislativos, como el tema de las sucesiones y la pérdida u obtención de la vocación hereditaria (Vid artículos 823 y 883 del Código Civil) en caso de capitulaciones post matrimonio

o no, el caso de la mujer casada que ejerce el comercio (Vid artículo 16 y 19 cardinal 4º del Código de Comercio. En razón de este último, toda modificación, cambio, supresión o alteraciones de las capitulaciones matrimoniales originarias debe cumplir con esta disposición), la Ley Orgánica de Registro Civil, (Artículo 104 numeral 5 de la Ley Orgánica de Registro Civil) entre otras.”

Como se puede observar, la mayoría sentenciadora, se fundamenta en el derecho de igualdad dentro del matrimonio y su protección para efectuar y realizar la serie de modificaciones de la institución de las capitulaciones patrimoniales matrimoniales, ante una supuesta desigualdad entre los cónyuges, sin embargo, como ya se ha indicado y mencionado a lo largo del presente trabajo ello no es así.

De allí, la importancia de lo señalado en el voto salvado del magistrado Calixto Ortega en el que, aunque se indica que a pesar de que en el fallo se señala que se va a modificar ese régimen patrimonial para dar una igualdad entre las partes, eso no se realiza y se deja por fuera una serie de aspectos relevantes como:

Lo relativo al aspecto sucesoral, efectivamente los artículos 823 y 883 del Código Civil, establecen que el cónyuge tiene derechos sucesorios, pero estos cesan con la separación de cuerpos y de bienes ya sea por mutuo consentimiento o sea contenciosa, salvo demostración de una reconciliación; igualmente sucede con respecto a la legítima que le corresponde salvo que estén separados legalmente de bienes, y respecto a la legítima no se hace el señalamiento de la excepción antes mencionada. Esto nos hace pensar que al no haber indicado nada el fallo analizado al respecto se mantiene en vigencia lo acá señalado tanto para las relaciones matrimoniales como concubinarias, ya que tampoco entraría en contradicción con lo establecido en esa decisión ni se afecta en nada el derecho de igualdad de los cónyuges o concubinos.⁵²

⁵² Recordemos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 1.682 del 15 de julio de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultada el 12 de febrero de 2022, reconoció que mientras exista la relación concubinaria y no esté rota que:

“Diversas leyes de la República otorgan a los concubinos derechos patrimoniales y sociales en diferentes áreas de la vida, y esto, a juicio de la Sala, es un indicador que a los concubinos se les está reconociendo beneficios económicos como resultado de su unión, por lo que, el artículo 77 **eiusdem**, al considerarlas equiparadas al matrimonio, lo lógico es pensar

que sus derechos avanzan hasta alcanzar los patrimoniales del matrimonio, reconocidos puntualmente en otras leyes.

La Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (artículo 69-6) otorga a los concubinos pensión de sobrevivencia; la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Estatal y Municipal, otorga a la concubina derechos a la pensión de sobrevivencia (artículo 16-3); las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de los Préstamos Hipotecarios a Largo Plazo (artículo 130), así como las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Viviendas (artículo 34) prevén al concubinato como elegibles para los préstamos para la obtención de vivienda; la Ley del Seguro Social (artículo 7-a) otorga a la concubina el derecho a una asistencia médica integral; la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 568) da al concubino el derecho de reclamar las indemnizaciones que corresponderán a su pareja fallecida, e igual derecho otorga el Estatuto de la Función Pública (artículo 31).

Se trata de beneficios económicos que surgen del patrimonio de los concubinos: ahorro, seguro, inversiones del contribuyente (artículo 104 de la Ley de Impuesto sobre la Renta lo reconoce), etc., y ello, en criterio de la Sala, conduce a que si se va a equiparar el concubinato al matrimonio, por mandato del artículo 77 constitucional, los efectos matrimoniales extensibles no pueden limitarse a los puntualmente señalados en las leyes citadas o en otras normas, sino a todo lo que pueda conformar el patrimonio común, ya que bastante de ese patrimonio está comprometido por las leyes referidas.

Omissis

Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes- con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma.

A ese fin, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos.

Omissis

Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados.

Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión **ab intestato**, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil.

Omissis

Respecto a las capitulaciones post matrimonio o no, a diferencia de lo que se indica en el voto salvado, consideramos que el fallo si fue claro y preciso al indicar que las capitulaciones patrimoniales matrimoniales solo se pueden realizar antes del matrimonio y durante la vigencia del mismo; ahora respecto al concubinato estimamos que se podrían hacer antes de que la pareja decida comenzar a vivir juntos dejando expresa constancia de ello y tampoco podrían realizarse una vez finalizado el concubinato.

En lo relativo a la mujer casada mayor de edad que ejerce el comercio, según los artículos 16 y 19 ordinal 4º del Código de Comercio, puede ejercer el comercio separadamente de su marido y se obliga con sus bienes propios y de la comunidad que le correspondan, de allí que se indique también que las capitulaciones matrimoniales deben anotarse en el Registro de Comercio (hoy Registro Mercantil).

Sin embargo, respecto a este punto se ha de tomar en consideración que la última reforma del Código de Comercio fue en el año 1955,⁵³ es decir, 27 años antes de la última reforma del Código Civil, que estableció la igualdad entre los cónyuges, de allí que la redacción de dichos artículos se encuentre establecida de esa manera, en donde aún no existía esa igualdad patrimonial entre la pareja, a lo cual debemos agregar también que ambos textos son anteriores a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En tal sentido, la redacción de esos artículos permite que la mujer casada mayor de edad pueda administrar por ella misma sus bienes de la actividad comercial de forma independiente, pero no los excluye del régimen de la comunidad conyugal para que el marido pueda heredar o recibir su cuota parte correspondiente en caso de divorcio, aunque sí hace una separación de los bienes del marido de la comunidad en caso de deudas de la cónyuge. En este sentido, estimamos que este artículo es inconstitucional por desigualdad ante la ley entre otras cosas, quedando ya por parte de los

En los casos en que se incoen acciones sucesorales o alimentarias, o contra terceros, sin que existe previamente una declaración judicial de la existencia del concubinato o la unión estable, la demanda requerirá que se declaren éstas previamente, por lo que en la misma deberá alegarse y probarse tal condición.” (Resaltados del fallo original).

⁵³ Publicado en la Gaceta Oficial N.º 475 Extraordinaria de 21 de diciembre de 1955.

jueces desaplicarlo por control difuso o intentarse un recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional, para que resuelva el asunto de interpretación y aplicación de éste artículo.

Finalmente, el voto salvado hace referencia a lo establecido en el artículo 104 numeral 5 de la Ley Orgánica de Registro Civil (LORC),⁵⁴ que establece que toda acta de matrimonio debe contener los datos registrales de las capitulaciones matrimoniales, es decir, debe haberse realizado en el registro público según lo establecido en los artículos 46 numeral 11, 48 y 83 numeral 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado (DRVFLRN).⁵⁵ En este sentido, no basta con simplemente señalar que se ha de cumplir con lo establecido en el Código Civil, tal como lo indica el fallo analizado, sino que se ha de agregar igualmente las exigencias de la Ley Orgánica de Registro Civil y del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado.

4.7. Requisitos y condiciones para establecer o anular las capitulaciones matrimoniales

Lo visto en el punto anterior nos hace una introducción respecto a la sentencia objeto de análisis y lo que estableció respecto a los requisitos y condiciones que se han de cumplir para que ahora, las capitulaciones patrimoniales matrimoniales tengan validez y efectos jurídicos, en tal sentido indicó:

“De igual modo, invocando **la plena autonomía de la voluntad de los cónyuges** podrán éstos **revocar por mutuo consentimiento durante el matrimonio** el régimen convencional de Capitulaciones matrimoniales que hubiesen mantenido vigente, y someter el patrimonio propio al régimen legal comunitario previsto en los artículos 148 y siguientes del Código Civil, una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del mismo Código.

Omissis

Igualmente, las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales que a bien tengan hacer las partes, sea durante el matrimonio o

⁵⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.264 de 15 de septiembre de 2009.

⁵⁵ Publicado en la Gaceta Oficial N.º 6.156 Extraordinario de 19 de noviembre de 2014.

durante la unión estable de hecho, podrán hacerse una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada.

Para la validez y antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales, las partes deberán previamente publicar dicho documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste. Para el caso de que no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa). Así finalmente se decide.

Omissis

No puede pasar desapercibida la situación jurídica similar que tienen las uniones concubinarias en ausencia de matrimonio, o uniones estables de hecho como han sido calificadas por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1682/2005 y donde se fundaría la aplicación por analogía de la interpretación constitucional que hace la Sala del Régimen convencional patrimonial del matrimonio a la institución del concubinato. En tal sentido, el documento de las capitulaciones deberá incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No existiendo entonces prohibición legal expresa, la Sala encuentra también en aplicación analógica que el artículo 767 del Código Civil regulatorio de la **comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio**, debe hacer prevalecer el **principio de autonomía de la voluntad** para que los concubinos en iguales condiciones que los cónyuges en el matrimonio puedan darse por mutuo consentimiento un régimen de Capitulaciones patrimoniales que se regirá analógicamente, según los artículos 143 y 146 del Código Civil interpretados con **el mismo carácter vinculante** que la Sala ha dispuesto para las Capitulaciones matrimoniales. En ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por **inexistencia** o **nulidad** de las mismas, deberá **presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario**, conforme lo establece el artículo 767 del Código Civil”

De la transcripción parcial efectuada, se puede observar que como requisitos están:

A. Que tengan plena capacidad negocial, contractual o de obrar.

B. Que las partes actúen con autonomía de la voluntad.

C. Que de manera expresa las partes que han sido parte de las capitulaciones manifiesten su consentimiento.

D. Que se constituyan por instrumento público otorgado ante un registrador subalterno o por documento auténtico ante un notario debiendo inscribirlo posteriormente en la oficina de registro subalterna del lugar donde se celebre el matrimonio, se establezca el concubinato o la unión estable de hecho.

E. Que la celebración de las capitulaciones o su modificación se haga antes o durante el matrimonio, concubinato o unión estable de hecho.

F. Que la modificación de las capitulaciones patrimoniales se haga durante el matrimonio, concubinato o unión estable de hecho una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada.

G. Que para la validez, antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las capitulaciones patrimoniales matrimoniales, las partes deberán previamente publicar dicho documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste; y en el caso de que no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa).

H. Que se anote o inserte al margen de los protocolos del instrumento respectivo y del acta de matrimonio o documento de existencia concubinaria o de la unión estable de hecho la existencia de la escritura que contenga la modificación de las capitulaciones, su creación o anulación.⁵⁶

I. Que en el concubinato y las uniones estables de hecho se cumpla con lo establecido en la sentencia N.º 1.682 del 15 de julio de 2005,

⁵⁶ Esto significa que se ha de cumplir con lo establecido en los artículos 117 a 122 de la Ley Orgánica de Registro Civil, además de lo señalado por el Código Civil y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado.

por lo que el documento de las capitulaciones deberá incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho.⁵⁷

J. Que en caso de no existir capitulaciones matrimoniales de las relaciones concubinarias o de las uniones estables de hecho, por aplicación analógica que el artículo 767 del Código Civil, se aplica la comunidad de gananciales que establece el CC.

Con respecto a la capacidad y autonomía de la voluntad damos por reproducido lo señalado en los párrafos anteriores; en lo relativo a que se realice de manera expresa, eso ya se encontraba así establecido en el Código Civil; al igual que consta la existencia de que se constituyan por instrumento público otorgado ante un registrador subalterno⁵⁸ o por documento auténtico ante un notario debiendo inscribirlo posteriormente en la oficina de registro subalterna del lugar donde se celebre el matrimonio, se establezca el concubinato o la unión estable de hecho. Igualmente tiene lógica el prohibir que la celebración y modificación se efectúe después de finalizada la unión matrimonial o estable de hecho para evitar fraudes a la ley.⁵⁹

El que se haya establecido que la modificación de las convenciones patrimoniales se haga durante el matrimonio, concubinato o unión

⁵⁷ Igualmente estimamos, que aunque se pide que se indique la fecha cierta de inicio de la unión concubinaria y para que una relación de pareja se pueda considerar como tal debe tener más de dos años en convivencia común como lo exige la sentencia de la Sala Constitucional N.º 1.682 del 15 de julio de 2005, además de los requisitos allí establecidos y en el DRVFLRN, pero tomando especial atención en su artículo 118 que establece que los derechos que se les reconoce es sin perjuicio o menoscabo del reconocimiento de cualquier derecho anterior al registro.

⁵⁸ Se ha de tener presente que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en una oficina de registro subalterna distinta a la jurisdicción de donde se va a celebrar el matrimonio, no es causa de nulidad de las mismas.

⁵⁹ Frente al señalamiento de la Sala Constitucional, relativo a la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales ante un notario, se debe indicar que el DRVFLRN, sólo tiene dos artículos relativos a las capitulaciones matrimoniales, que son el artículo 46 numeral 11, que establece competencia únicamente al registro público para protocolizar las capitulaciones matrimoniales y el artículo 83 numeral 19 que consagra el tributo a pagar, con lo cual parece que se le quita la atribución que tenían los notarios en el ámbito de su jurisdicción, en el derogado artículo 74 ordinal 8 del DRVFLRN publicado en la Gaceta Oficial 5.556 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001, para dar fe pública a las capitulaciones matrimoniales; y si se referían a bienes inmuebles era necesaria su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente, por mandato del artículo 43 *eiusdem*, siguiendo lo establecido en el artículo 143 del CC. De esta manera, la sentencia de la Sala Constitucional revive lo indicado en el Código Civil y en el comentado y derogado DRVFLRN.

estable de hecho una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada, es un establecimiento arbitrario, el cual no se justificó, sin que con ello se considere de nuestra parte si dicho plazo es adecuado o no, simplemente, que no se señalaron los motivos de hecho, derecho, sociológicos, económicos, entre otros, que justificaran el establecimiento de este período.

Respecto a que para la validez, antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las convenciones patrimoniales, las partes previamente publiquen ese documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste; y en el caso de que no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa); debemos criticar que dicho requisito no tomó en consideración al tratar de proteger a los terceros de los cambios que se efectúen del régimen patrimonial, que la pareja que busca cambiar el régimen que los regula puede tener acreedores y terceros interesados que no solamente se encuentren residenciados en el lugar del domicilio que hayan estos establecidos, sino que se encuentre allende a dicho espacio geográfico, con lo cual el limitar la publicación al lugar de su domicilio resulta ilógico y sin sentido, además de no tener asidero práctico ante las realidades de un mundo globalizado. Aunado a lo anterior, se debe tener igualmente presente que el domicilio puede variar y modificarse varias veces sin limitación en el tiempo, con lo cual esto pondría a los terceros a tener que averiguar dónde era el domicilio de la pareja para el momento de la celebración, modificación o revocatoria de la convención patrimonial.

Pero por otra parte, se ve con preocupación que de la redacción de la sentencia pareciera que se exige que se publique el documento convencional por completo, con lo cual se estaría exponiendo al público en general no sólo la identificación de las partes, sino identificación de sus bienes, lo cual puede resultar peligroso para estos, siendo que estimamos que lo pertinente sería solamente indicar la identificación de las partes y en términos general indicar la regulación que se va a dar a los bienes sin identificar, a los fines de que los terceros interesados puedan realizar las actuaciones pertinentes en protección de sus derechos e intereses.

En relación a que se anote o inserte al margen de los protocolos del instrumento respectivo y del acta de matrimonio o documento de existencia concubinaria o de la unión estable de hecho la existencia de la escritura que contenga la modificación de las capitulaciones, su creación o anulación, estimamos que ello es insuficiente para brindar mayor seguridad jurídica, consideramos que hubiera sido mejor exigir también que se anotara dicha situación en las partidas de nacimiento de cada uno de ellos, en razón que no siempre se puede saber si una persona está casada o no y suministrar dicha información para ver cualquier anotación en esa acta, al contrario de la partida de nacimiento, que siempre se puede solicitar y observar con claridad la nota marginal.

Ya en lo que tiene que ver con los dos últimos puntos relativos a que en el concubinato y las uniones estables de hecho se cumpla con lo establecido en la sentencia N.º 1.682 del 15 de julio de 2005, debiendo el documento de las capitulaciones incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho y que por aplicación analógica que el artículo 767 del Código Civil, se aplica la comunidad de gananciales que establece el CC, es algo que ya se encuentra así regulado.

4.8. Efectos de las capitulaciones matrimoniales

Igualmente, la sentencia que estamos estudiando, estableció qué efectos va a producir el contrato celebrado que regule el patrimonio conyugal o concubinario, así como a partir de cuándo surten consecuencias, así dijo:

“En todo caso, nunca tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigencia una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo aquí decidido y que queda vigente en todo lo que no contradiga la presente decisión.” (Negrillas de fallo original).

Como se puede observar, el fallo analizado indica que jamás habrá efectos retroactivos del contrato suscrito y empezará a surtir sus efectos con el registro de las mismas. Pero además dice que las normas del Código Civil se han de ajustar a lo indicado en la decisión que

comentamos, quedando anulado todo lo que contradiga lo allí establecido, pero a pesar de tal afirmación, consideramos que no anuló dicho cuerpo normativo de forma indirecta y es plenamente aplicable, igualmente que lo establecido en la Ley Orgánica de Registro Civil y del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, dando por reproducidos acá lo ya señalado en los puntos 4.5 y 4.6, del presente trabajo.

Por otro lado, el voto salvado del fallo que estamos analizando, señaló lo siguiente en relación con lo que decidió la mayoría sentenciadora de este cuerpo colegiado:

“La nueva regulación no tiene previsiones de cuánto será el costo de su implementación, como si se requiere en el resto de la legislación nacional, antes de promulgarse una Ley, para saber cuánto costará la adecuación de los registros para procesar las solicitudes de cambio de régimen patrimonial.

Empero, uno de los aspectos fundamentales, son los derechos de terceros, la enorme inseguridad jurídica que implica los cambios sobrevenidos al régimen de bienes dentro del matrimonio, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges. En la actualidad, las capitulaciones deben ser registrada en la oficina de registro correspondiente al lugar del matrimonio (Ver artículo 143 del Código Civil), en el caso de la presente decisión sería, aunque no lo dice y es un aspecto fundamental, el lugar del matrimonio o del domicilio conyugal, (que puede variar a voluntad de los cónyuges. Ver artículo 140 del Código Civil), entonces puede registrarse las capitulaciones en determinada ciudad porque los cónyuges de mutuo acuerdo fijan su domicilio conyugal en ese lugar, que puede ser distinto y distante al domicilio individual de cada uno de ellos, pudiendo ambos conjunta o separadamente, dependiendo del último régimen decidido, contratar con terceros, que no tienen posibilidades de conocer dicho régimen patrimonial.

Del mismo modo, no existe precedentes legislativos de regímenes conyugales totalmente flexibles, así las cosas, esta sentencia abre la posibilidad de aplicación a matrimonios donde actualmente existe comunidad de gananciales y con ocasión a esta decisión se puede vulnerar los intereses de los cónyuges con la exigencia de capitula-

ciones entre cónyuges, cuyos matrimonios tienen años constituidos, pudiendo afectar derechos adquiridos.

Para la mayoría sentenciadora se ha obviado el carácter mercantil que comportan las capitulaciones matrimoniales cuando se trata de que la pareja, o uno de ellos, sean comerciantes. Hoy, todo lo invade el comercio, y la consideración de que el patrimonio es solo una entidad civil, es anacrónica pues el patrimonio es solo una entidad de activos y pasivos tasables en dinero.

Finalmente, a pesar de que el fundamento de la sentencia aspira reivindicar la igualdad entre el hombre y la mujer, no puede haber igualdad ahí en donde se genera una fuente de eventuales conflictos en detrimento de los cónyuges, la familia y la sociedad. De igual forma, se piensa en un (sic) igualdad entre el hombre y la mujer, pero por mucho que se analice la argumentación, subyace una posición desigual, ya que la unión entre parejas no tiene *per se* que comprometer su privativo patrimonio. Si durante la vida de pareja se nutre y crece el patrimonio, por el sentido mismo de la convivencia, la pareja se socorre mutuamente, pero las virtudes del amor y de los sentimientos no tienen por qué ser la expresión del carácter patrimonial de la unión. Son dos aspectos bien diferenciados. Se pretende introducir un carácter materialista en la unión de los afectos o sentimientos que han dado origen a la unión de la pareja. Es esto un desencanto censurable por lo que la ideología que abriga la sentencia es, lamentablemente, antisocial, con manifiesto perjuicio previsible para la unión, la familia y la sociedad. Con la introducción de este nuevo régimen, lo cierto es que una vez casados pueden variar las circunstancias económicas de los cónyuges y uno de ellos, quiera dejar de compartir sus bienes, ejerciendo para eso alguna posición de dominio, sexual, afectiva, económica o jurídica, variando las circunstancias (sic) originales para acceder al casamiento. ¿No estaremos agregando una circunstancia adicional de estrés a la vida en matrimonio? ¿No es mejor un plan educativo que le enseñe a los ciudadanos que existe la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales con sus ventajas para la vida en común?, pues nada garantiza que este cambio radical determine que no se seguirá manteniendo al régimen de gananciales – que aunque régimen supletorio – es el más extendido entre los ciudadanos venezolanos.”

Como se puede apreciar, en cuanto a los efectos, el voto salvado señala que nada se indicó respecto a:

A. El costo de la implementación de las capitulaciones patrimoniales y cuánto costará la adecuación de los registros y notarías para procesar las solicitudes de cambio de régimen patrimonial.

B. Que no se indica cómo quedan los derechos de terceros, generando una enorme inseguridad jurídica ante los cambios sobrevenidos al régimen de bienes dentro del matrimonio, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges.

C. Que actualmente las capitulaciones deben ser registrada en la oficina de registro correspondiente al lugar del matrimonio, pero la decisión, aunque no lo dice parece permitirlo en el lugar del matrimonio o del domicilio conyugal, que puede variar a voluntad de los cónyuges, que además puede ser distinto y distante al domicilio individual de cada uno de ellos, pudiendo ambos conjunta o separadamente, dependiendo del último régimen decidido, contratar con terceros, que no tienen posibilidades de conocer dicho régimen patrimonial.

D. Que no existen precedentes legislativos de regímenes conyugales totalmente flexibles, como lo hace esta sentencia, abriendo la posibilidad de aplicación a matrimonios donde actualmente existe comunidad de gananciales, lo que puede vulnerar los intereses de los cónyuges con la exigencia de capitulaciones entre ellos, cuyos matrimonios tienen años constituidos, pudiendo afectar derechos adquiridos.

E. Que se obvió el carácter mercantil que comportan las capitulaciones matrimoniales cuando uno de ellos o ambos, sean comerciantes.

F. Que no puede haber igualdad ahí en donde se genera una fuente de eventuales conflictos en detrimento de los cónyuges, la familia y la sociedad, ya que la unión entre parejas no tiene *per se* que comprometer su privativo patrimonio.

G. Que se pretende introducir un carácter materialista en la unión de los afectos o sentimientos que han dado origen a la unión de la pareja, donde una vez casados pueden variar las circunstancias económicas de los cónyuges y uno de ellos, quiera dejar de compartir sus bienes, ejerciendo para eso alguna posición de dominio para variar las circunstancias (sic) originales bajo la que se casaron.

En relación con las observaciones efectuadas por el voto salvado, se ha de indicar que en lo relativo al costo de la implementación de las capitulaciones patrimoniales y cuánto costará la adecuación de los registros y notarías para procesar las solicitudes de cambio de régimen patrimonial, eso son tarifas que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de Registro Civil y en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado.

Donde sí existe un punto relevante, es en que no se indica cómo quedan los derechos de terceros en caso de fraude o desconocimiento de la modificación del régimen patrimonial de la pareja, lo cual efectivamente genera una enorme inseguridad jurídica ante los cambios sobrevinidos al régimen de bienes, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges, tampoco se indica cómo quedan los bienes, intereses, frutos, rentas, deudas y acreencias en las transiciones entre un régimen y otro entre la pareja y los terceros interesados, sobre todo al tomar en consideración lo relativo al registro de la convención patrimonial sobre lo que se ha reflexionado en los párrafos anteriores.

Respecto a que no existen precedentes legislativos de regímenes conyugales totalmente flexibles, como lo hace esta sentencia, no somos tan osados como para afirmar que en todo el mundo no existe un sistema así de flexible, ya que no hemos hecho tal estudio y comparación, pero ciertamente los ordenamientos jurídicos observados como el de Costa Rica (artículo 39 de la Ley N.º 5.476 del 21 de diciembre de 1973, Alcance N.º 20, Gaceta N.º 24 de 5 de febrero de 1974 del Código de Familia), Brasil (artículo 1.639.2 de la Ley N.º 10.406 de 2002), España (artículos 1.331 y ss del CC), Inglaterra y Gales (artículo 25 de la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 [*Matrimonial Causes Act 1973*]), Francia (artículos 1.396 y 1.397 del CC francés), Italia (Ley N.º 142 de 10 de mayo de 1981), Perú (artículos 1.325, 1.331 y 1.332 del CC peruano), Rumanía (artículos 319.2 y 329 del CC rumano), permiten la modificación luego de celebrado el matrimonio de conformidad con las condiciones y requisitos por ellos establecidos, sin indicar cuántas veces se pueden modificar; pero especial atención nos llama el sistema de Argentina (artículo 449 del Código Civil y Comercial promulgado mediante Decreto N.º 1795-2014), que permite expresamente cambiar

el régimen patrimonial cuantas veces lo deseen, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación, con lo cual se observa que es falsa la afirmación efectuada por el voto salvado.

Sin embargo, si consideramos que cuando se permite modificar las convenciones patrimoniales luego de celebrado el matrimonio o de establecida la unión estable de hecho se ha de tener mucho cuidado de buscar la manera más adecuada de darle la suficiente publicidad para evitar vulnerar los intereses de los cónyuges y de los terceros.

En relación con el carácter mercantil que comportan las capitulaciones matrimoniales cuando uno de ellos o ambos, sean comerciantes, damos por reproducido lo indicado en el punto 4.5, del presente trabajo.

Lo referente a la igualdad, damos por reiterado lo señalado en los puntos 4.2 y 4.5 de esta monografía.

Finalmente, con relación al comentario de que se pretende introducir un carácter materialista en la unión de los afectos o sentimientos que han dado origen a la unión de la pareja, se ha de hacer referencia al trabajo de Friedrich (Federico) Engels “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”,⁶⁰ en el que se establece claramente, que los vínculos matrimoniales no son únicamente con el fin del afecto, sino que también tiene un aspecto importante vinculado con el patrimonio. Ahora, respecto al otro señalamiento de que una vez casados pueden variar las circunstancias económicas de los cónyuges y uno de ellos, quiera dejar de compartir sus bienes, ejerciendo para eso alguna posición de dominio para variar las circunstancias originales bajo la que se casaron, es allí donde cobra verdadera importancia el principio y derecho de igualdad y el principio de la autonomía de la voluntad, ya que si se ejerce la posición de dominio ello acarrea vicios en el consentimiento y con ello la nulidad de las convenciones patrimoniales que se hubieran suscrito.

4.9. Capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero

Como último punto a desarrollar sobre lo que se estableció en la sentencia, esta lo relativo a las capitulaciones patrimoniales matrimoniales que se hubieren efectuado entre cónyuges o concubinos en

⁶⁰ Esta obra puede ser consultada en Marxist.org. Disponible en: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf, consultado el 2 de marzo de 2022.

el extranjero, acá nosotros incluiríamos también a los demás tipos de uniones de hecho que se reconozcan en el extranjero relativo a la posibilidad de establecer este tipo de regulación patrimonial entre las parejas. En este sentido la Sala Constitucional dijo que:

“En el caso de que la celebración y/o reforma de las Capituciones matrimoniales se haga en el exterior las mismas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil.”

Se puede observar que, la Sala Constitucional condiciona la efectividad de cualquier capitulación patrimonial que se hubiese efectuado en el extranjero a que se cumplan con los requisitos que se establecen en los artículos 143 y 145 del Código Civil, como los son: 1) que se otorgue ante un registrador subalterno;⁶¹ 2) mediante un documento auténtico que deben protocolizar posteriormente ante la oficina de registro subalterno del lugar donde se celebre el matrimonio; y 3) que toda modificación de las capitulaciones debe contar mediante una nota en la escritura que contenga tal modificación y el documento anterior.

Antes del fallo objeto de estudio, se consideraba de orden público internacional: 1) la inmutabilidad de las convenciones después de la celebración del matrimonio, lo cual se encuentra también contemplado en los artículos 144 y 145 del CC y el artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP),⁶² pero con ciertos matices, al establecerse que los efectos del patrimonio del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges; aunque 2) el principio de publicidad y 3) la forma solemne de celebrarlas.⁶³

Se ha de tomar en cuenta que, según lo anterior, en cuanto la forma las capitulaciones patrimoniales matrimoniales deben ser celebradas de

⁶¹ El artículo 143 del Código Civil exige que sea antes del matrimonio, no obstante, ante las modificaciones que ha realizado la Sala Constitucional respecto a la oportunidad en que se pueden realizar, consideramos que incluyen también a las que se realicen después del matrimonio y durante su vigencia.

⁶² Publicada en la Gaceta Oficial N.º 36.511 de 6 de agosto de 1998.

⁶³ Benito Sansó Rotondo, *El régimen matrimonial de los bienes en el derecho internacional privado venezolano*. Revista de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. N.º 63. Caracas, Venezuela, 1982, p. 141, también indica este autor que así estaba reconocido por los artículos 188 y 189 del Código de Bustamante.

forma auténtica, lo cual constituye un elemento de orden público internacional. En lo que respecta a fondo, las partes están en libertad de establecer cualquier sistema que le convenga, pudiendo incluir sistemas extranjeros o hacer combinaciones con ellos, a excepción de lo establecido en el artículo 1.650 del CC, que prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros; que, aunque se dirige a las sociedades en general, la doctrina y jurisprudencia la ha entendido aplicable a la comunidad conyugal.⁶⁴

En cuanto al régimen aplicable a las capitulaciones patrimoniales matrimoniales,⁶⁵ en Venezuela no existe una normativa precisa que lo regule,⁶⁶ por lo que cobra importancia tomar en consideración lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado que indica que;

“los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges. Si tuvieren domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común. Las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un Derecho extranjero competente podrán ser inscritas en cualquier momento en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República.”

⁶⁴ Benito Sansó Rotondo, Op. cit., p. 139. Igualmente indica este autor, que ante de la existencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, este autor indica que por no existir para ese momento una ley especial, se aplicaba el Código de Bustamante (CB) y el estatuto personal, es decir la ley de la nacionalidad, aplicada de forma distributiva de cada uno de los cónyuges, para determinar la capacidad para celebrar las capitulaciones matrimoniales, así como se rigen por el lugar de celebración del contrato (artículo 11 del CC), p. 140.

⁶⁵ En el derecho internacional privado existen diversas tendencias legislativas como: a) sistema de absorción, b) sistema de separación de bienes, c) sistema de unión de bienes, d) sistema de comunidad universal, e) sistema de comunidad de adquisiciones o de gananciales, f) sistema de comunidad de bienes muebles y gananciales, y g) sistema dotal.

⁶⁶ Benito Sansó Rotondo. Op. cit., pp. 141-143, explica que antes debía aplicarse el artículo 187 del Código de Bustamante, que recoge la ley personal común de los cónyuges para determinar la ley aplicable; en caso de que no tuvieren nacionalidad común, según el CB se aplica como factor de conexión el primer domicilio conyugal y como factor de conexión supletorio la nacionalidad del marido.

Sobre esta norma, Tatiana Maekelt indicaba que se trataba de una disposición muy novedosa en esta materia, al permitir el registro de las capitulaciones matrimoniales válidas en cualquier momento, para aquellos casos en que se pretenda que produzcan efectos respecto a terceras personas, de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en Venezuela, y se incluyó esta norma tomando en consideración que en Venezuela existe un requisito temporal de que las capitulaciones deben realizarse antes del matrimonio (lo cual cambió con el fallo objeto de estudio), y el aspecto registral que tienen carácter de normas imperativas (artículo 143 del Código Civil).⁶⁷

Como se puede observar, las capitulaciones patrimoniales suscritas en el extranjero serán válidas entre las partes independientemente de que se inscriban o no en Venezuela, siendo que se han de registrar en la Oficina Principal de Registro nacional, sólo para que puedan tener efecto frente a tercero de buena fe y sobre bienes inmuebles situados en el país.

Igualmente, respecto al artículo 22 de la LDIP y su alcance, la doctrina ha señalado que dicha norma establece la aplicación de un único derecho, es decir, de una sola ley en los casos con elementos extranjeros, empleando como factor de conexión el domicilio común de los cónyuges en el que viven como tal, permitiendo el principio de la unidad de patrimonio matrimonial, aunque existan bienes en distintos países todos se rigen por la misma ley. Así, las capitulaciones matrimoniales se regulan de acuerdo con un derecho extranjero competente y, por ello, no aplica que se le someta al derecho interno, que según los criterios que ahora estableció la sentencia objeto de estudio, ya no deben concluirse o modificarse con anterioridad a la celebración del matrimonio, sino que se puede hacer durante el mismo. La norma no pretende determinar la ley aplicable a la validez de las capitulaciones, sino que, contrariamente, presupone tal validez de acuerdo al derecho extranjero aplicable según el domicilio común de los cónyuges de su último domicilio común, por eso corresponde a *lex causae* extranjera decidir si pueden celebrarse capitulaciones o modificarse durante el

⁶⁷ Tatiana Bogdanowsky De Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*. pp. 25-114. Tomado de http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2004/BolACPS_2004_142_25-113.pdf, consultado el 30 de abril de 2022.

matrimonio. De este modo la norma se limita a conceder una facultad y solo pretende proteger a los terceros de buena fe, motivo por el cual, aunque no hayan sido registradas las capitulaciones como lo exige la legislación interna, tienen eficacia cuando las terceras personas tienen conocimiento de su contenido o lo han ignorado por su culpa, si se ha seguido lo establecido en el derecho extranjero. En este sentido, el registro a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 22 de la LDIP puede cumplirse en cualquier momento; así como las capitulaciones sometidas al derecho interno venezolano que pueden ser inscritas con anterioridad a la celebración del matrimonio y durante este, pudiendo cumplirse tal formalidad por cualquier persona a diferencia de lo establecido en el derecho interno.⁶⁸

María Candelaria Domínguez Guillén, nos dice que el artículo 22 de la LDIP, además de vincular los efectos patrimoniales del matrimonio al domicilio común de los cónyuges, refleja la importancia que le atribuye el legislador nacional a las capitulaciones matrimoniales como manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, al conceder validez a dichas convenciones celebradas conforme al derecho extranjero y prever su registro simplemente para que tenga efectos hacia terceros cuando afecten bienes inmuebles situados en el país, por lo que estas convenciones tienen eficacia en Venezuela entre las partes, independientemente de su registro en nuestro país, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que, en algunos casos, podría no requerirse el registro de las capitulaciones, como lo sería el caso de que solo existan bienes muebles y se trate de situaciones que no ameriten que las capitulaciones surtan efectos frente a terceros.⁶⁹

En definitiva el artículo 22 de la LDIP, en su primera parte es una norma de conflicto que prevé la aplicación del domicilio común entre los cónyuges o, en su defecto, su último domicilio común, como factor de conexión, determinando así los efectos que produce el matrimonio

⁶⁸ María Candelaria Domínguez Guillén, *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad*. Op. cit., pp.376-377.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 377-378. Igualmente hace referencia a una decisión especial a una sentencia que se expresa en este sentido del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, de fecha 18 de mayo de 2010, exp. BP02-R-2008-000583, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/1038-18-bp02-r-2008-000583-1980.html>, consultada el 4 de marzo de 2022.

sobre los contrayentes y sus bienes, buscando armonizar los principios de orden interno, la voluntad de las partes en la regulación de sus patrimonios y el régimen aplicable a los mismos, con lo cual no existe una inmutabilidad del régimen patrimonial. Lo importante no es que el domicilio varíe y con ello cambie también el derecho aplicable, sino que, con el cambio se manifiesta el principio equiparación entre marido y mujer, estando ambos presentes en el nuevo domicilio. Sin embargo, la dificultad se puede presentar en el caso que no haya existido domicilio común, ante lo que nos debemos preguntar si basta con que ambos cónyuges convivieran en algún lugar, aunque fuera por corto tiempo, o si es necesario que transcurra determinado lapso de tiempo para afirmar que existió un domicilio común; en este sentido, como la norma nada dispone al respecto, pareciera que la simple convivencia por muy corta o efímera que fuera, es suficiente es lo determinante para establecer el domicilio.

En la segunda parte, contiene una regulación de derecho material, que busca resolver el conflicto de la falta del registro oportuno en Venezuela de las capitulaciones matrimoniales que son válidas conforme a un derecho extranjero, para que pueda producir efectos sobre los bienes en nuestro país, en particular los inmuebles, teniendo como novedoso para nosotros el permitir que estas capitulaciones celebradas en el extranjero puedan registrarse en cualquier momento cuando se pretenda que produzcan efectos respecto a terceras personas de buena fe.⁷⁰ Acá se establece que deben tratarse de capitulaciones matrimoniales válidas según el derecho extranjero competente y para ello se ha de acudir al artículo 37 de la LDIP, por ser esta la norma de conflicto venezolana de alcance general aplicable a la forma de los actos y, en consecuencia, de la celebración del matrimonio, por lo que determinado ese derecho, se verificará si las capitulaciones reúnen los requisitos, debiéndose también prestar atención al artículo 2 *eiusdem* sobre la aplicación del derecho extranjero, el artículo 5 *ibidem* relativo a los derechos adquiridos y el artículo 7 *eiusdem* sobre la adaptación de las normas y derecho aplicable. De todo esto, resulta irrelevante la forma que revistan las

⁷⁰ Antes de la sentencia objeto de análisis, sólo se podían realizar antes de la celebración del matrimonio según los artículos 143 a 145 y 1.924 del CC.

capitulaciones matrimoniales según el derecho extranjero, porque lo importante es que sean válidas según él, independientemente de que consten en documento público o privado, pero siempre deberán ser registradas ante la respectiva oficina principal de registro venezolana. Se observa así que se trata de una solución práctica, ya que en los casos que no se amerite, no se procederá a cumplir con el requisito del registro.

De este modo, el alcance de la solución de conflictos, permite resolver de manera más sencilla los problemas que se puedan presentar sobre los efectos del matrimonio, como la aplicación de un único derecho, en el que ambos participan al establecer el domicilio conyugal (artículos 140 y 140-A del CC),⁷¹ pero se ha de tener presente que también pueden existir domicilios separados (artículo 33 del CC y artículo 12 de la LDIP), pero para la LDIP no se rige por el domicilio de cada cónyuge por separado.

Con el artículo 22 de la LDIP, se elimina el problema de tener que calificar si la relación jurídica matrimonial es personal o patrimonial, ya que independientemente de esto, siempre se aplicará el mismo derecho, con lo cual hay mayor seguridad y certeza en cuanto al derecho a aplicar, pues en todos los casos que se encuentren en el país, coincidirá el derecho del domicilio común con el derecho local, dificultando la aparición del reenvío y el orden público internacional. Además, se acoge el principio de la unidad patrimonial matrimonial, que permite que, si existen bienes en distintos países, se acoja el domicilio común para regirlos a todos, por lo que el reenvío establecido en el artículo 4 de la LDIP, no es procedente cuando produzca la separación de dicho patrimonio. En los casos que no exista un patrimonio matrimonial común, sino patrimonios separados, al no ser una universalidad de relaciones jurídicas, se aplicarán las leyes que le es propia a cada patrimonio separado individualmente considerados, como la prevista en el artículo 27

⁷¹ Se debe tener presente que se ha establecido cierta diferencia entre domicilio común y domicilio conyugal, dónde el último ha requerido de interpretación (artículo 140-A del CC y artículo 754 parte final del Código de Procedimiento Civil). En este sentido se ha de tomar en consideración igualmente lo establecido en el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado de 1979, que fuera suscrita más no ratificada por Venezuela, que establece que el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual estos vivan de consumo, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 1 de la misma convención.

de la LDIP. De allí, se debe ver si existe un patrimonio común, ya sea establecido en las capitulaciones o por la vía legal subsidiaria para determinar el derecho aplicable a los bienes muebles e inmuebles y evitar desmembrar dicho patrimonio.

Cuando se produce la cesación de los efectos del matrimonio ya sea por causa de muerte o por divorcio vincular (artículo 184 del CC), se debe observar que en el caso de muerte el patrimonio puede quedar sometido a la aplicación de dos derechos, el de la sucesión y el del régimen patrimonial, debiéndose producir la adaptación material⁷² y conflictual.⁷³ Cuando la disolución es por causa del divorcio, se presenta igualmente la aplicación de dos derechos, pero solo uno de ellos regirá al patrimonio y el otro se aplicará a los otros aspectos relativos a la ruptura del vínculo y sus efectos.

Otro aspecto a tomar en consideración es lo establecido en el artículo 173 del CC, que permite la disolución de la comunidad de bienes en el matrimonio, sin afectar los efectos personales del mismo, como puede ser la declaratoria de ausencia de uno de los cónyuges, la quiebra de uno de ellos o por la separación judicial de bienes, siendo que en los dos primeros pueden darse supuestos de extranjería, debiéndose aplicar la adaptación establecida en el artículo 7 de la LDIP, para establecer la proporción de aplicación del derecho de ausencia o de quiebra, frente al que rige el patrimonio matrimonial.

En lo que respecta a la capacidad para celebrar las capitulaciones matrimoniales, las donaciones recíprocas por celebración del matrimonio o celebrar compraventas entre sí, el artículo 22 de la LDIP no dice nada al respecto, en cuanto a la forma de realizar ciertos actos jurídicos y las repercusiones en el patrimonio de ambos, ante lo cual se han de regir por lo establecido en el artículo 16 *eiusdem*, sobre la capacidad en general. Tampoco se dice nada en relación con las formalidades de los actos jurídicos que deben realizar los cónyuges y se deberá aplicar

⁷² En relación con el problema de la sucesión y el régimen matrimonial, en el que se busca compensar entre los derechos que contemplan las legislaciones que entran en conflicto en cuanto a los regímenes sucesorales y matrimoniales.

⁷³ Esto implica desatender la norma en conflicto referente a la sucesión, incluyendo todo lo supuesto dentro del llamamiento de la norma de conflicto dentro del régimen matrimonial, o viceversa.

lo consagrado en el artículo 37 *ibidem*. En cuanto a los bienes individualmente considerados, en cuanto al uso, goce, disfrute y disposición de los bienes que no forman parte de la comunidad conyugal, se deberá aplicar lo que dicen los artículos 27 y 28 de la LDIP.

Del mismo modo, se debe tener presente que el único tratado de derecho internacional privado suscrito y válido en Venezuela sobre el matrimonio es el Código de Bustamante (CB),⁷⁴ regula por separado los efectos personales (artículos 43 a 46 del CB)⁷⁵ y patrimoniales (artículos 118 a 120 y 187 a 193 del CB), optando por el tratamiento dualista o divergente de los efectos del matrimonio. El artículo 45 del CB, es respecto a las obligaciones de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente aplica el derecho territorial del Estado en que se encuentran los cónyuges, lo que impide que aparezca el orden público internacional. Aunque este artículo podría llevar al mismo resultado del artículo 22 de la LDIP, al considerar que el lugar donde se encuentran los cónyuges usualmente también es el lugar de su domicilio común.

El artículo 46 del CB, se refiere a la aplicación imperativa de este mismo derecho ante el matrimonio bígamo. Según el CB si la ley personal de ambos cónyuges es disímil, se aplica la del marido, en lo que tiene que ver con la obediencia, protección, obligación de la mujer a seguir al marido cuando cambia de residencia, así como sobre la disposición y administración de los bienes comunes y los demás efectos especiales del matrimonio; y en lo que tiene que ver con de los bienes propios de la mujer se aplica la ley personal.

Ya en lo relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio el CB consagra soluciones conflictuales (artículos 187, 190, 191) y materiales, donde las soluciones conflictuales prevén la aplicación de la ley personal común de los contrayentes y en caso de no existir la del primer domicilio conyugal. Ante la indeterminación en el artículo 7 del CB de la ley personal, cada Estado parte interpreta esa expresión conforme a

⁷⁴ Se celebró en el 20 de febrero de 1928, pero la ratificación de la Convención celebrada en la Habana en la Sexta Conferencia Internacional Americana, en la cual se aceptó y se puso en vigor el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), fue publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Número Extraordinario de fecha 9 de abril de 1932.

⁷⁵ Venezuela reservó los artículos 43 y 44.

su propia ley personal. En este sentido, antes de entrar en vigor la LDIP, nosotros aplicábamos como factor de conexión la nacionalidad. Pero con la entrada en vigencia de la LDIP, se aplica como factor de conexión el último domicilio común de los contrayentes, pudiendo coincidir el primer y último domicilio.

El CB establece el principio de inmutabilidad del régimen de bienes en el matrimonio, dándoles carácter de orden público en su artículo 188, por eso la ley personal común de los cónyuges es la del momento de contraer matrimonio y la del primer domicilio conyugal que no podía ser sustituida por un domicilio posterior.

Ya los artículos 190 y 191 del CB, consagran la autonomía de la voluntad para regular las donaciones por motivo del matrimonio y la ley personal de la mujer para regular las dotes y los bienes parafernales, con lo que se ve el tratamiento divergente que se aplica en el matrimonio, lo cual es totalmente diferente con la solución unificada que actualmente establece el artículo 22 de la LDIP.

Los artículos 188, 189, 192 y 193 del CB, al no existir fuentes del derecho internacional público en Venezuela para el momento de aprobarse el convenio internacional, el derecho interno aplicaba por analogía a los conflictos de leyes, en lo que tiene que ver a los efectos personales, el domicilio separado de los cónyuges (artículo 33 del CC), en los derechos y deberes de los cónyuges (artículos 137 a 140-A del CC), consideradas de aplicación de orden público internacional.

En cuanto a los efectos patrimoniales, tampoco existía una solución sobre el tema en una ley expresa, y se aplicaban los artículos 141 a 183 del CC, sobre todo en lo que tiene que ver en las formas requeridas para la constitución de las capitulaciones, oportunidad de registro y limitación de su oponibilidad a terceros, siendo que en el caso de presentarse un conflicto con países que no eran parte del CB aparecía una dualidad de soluciones. De allí, al usarse la prelación de las fuentes, eran inaplicables los tratados internacionales, porque el único texto vigente era el CB, no se aplicaba el derecho interno porque no había norma expresa que solucionara este conflicto de derecho internacional privado, ni había norma análoga para tener en cuenta; con lo cual se debía acudir a los principios generales del derecho internacional privado, pudiendo aplicar el artículo 187 del CB o el artículo 10 del CC, donde

éste último se refiere a la aplicación de la ley del lugar de la situación para regir los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela. Ante estas dos soluciones posibles, se prefería la aplicación del CB al dar el tratamiento de universalidad de bienes, mientras que el CC los consideraba de forma individual.

4.10. Aspectos que no se tocaron en la sentencia N.º 652/26.11.2021

La sentencia objeto de análisis no hace mención alguna a:

1) *La caducidad* de las capitulaciones patrimoniales, que puede producirse cuando las capitulaciones se celebran antes del matrimonio, pero posteriormente no se contrae matrimonio, ya que la eficacia se condiciona a la celebración válida de las nupcias al ser accesorias al matrimonio, a pesar de que estas sean válidas puesto que sin el matrimonio no pueden producir efecto. En algunos casos puede saberse con precisión si las capitulaciones han caducado, pero en otros, la cuestión puede ser dudosa:

a. Caducan indudablemente: cuando alguno de los contrayentes deshace el compromiso y contrae matrimonio con persona diferente y también cuando muere o cae en incapacidad matrimonial.

b. La caducidad es dudosa: cuando los futuros esposos no contraen matrimonio y dejan transcurrir varios años antes de celebrarlo, como sería el caso de que los futuros contrayentes en forma expresa rompen el proyecto de matrimonio, pero no resuelven las capitulaciones y pasados varios años deciden casarse. En este caso, para saber si hay o no caducidad, al tratarse de un asunto de hecho, deberá resolverse por los jueces teniendo en cuenta varias circunstancias, como observar si las causas existentes en un principio para pactar determinado régimen matrimonial aún subsisten o no, ya que si las mencionadas causas no han sufrido variaciones importantes no habrá caducidad. Pero, si se atiende el principio de derecho de que lo accesorio sigue el mismo destino de lo principal, roto el compromiso matrimonial habrá de entenderse per se que caducan las capitulaciones.

2) *La inexistencia* se produce: a) cuando las capitulaciones son celebradas por personas diferentes de los cónyuges o persona sin po-

der de representación y b) se efectúan las celebraciones por documento privado.

3) Respecto a *la nulidad* de las capitulaciones, lo dicho por la Sala Constitucional fue muy escaso, por lo que se ha de tener presente que las nulidades se dan en el mismo sentido de la ineficacia para los negocios jurídicos en general, es decir, como ausencia de alguno de los requisitos exigidos por la ley para la total validez de las declaraciones de voluntad, además se aplica el derecho común, de los vicios del consentimiento o la falta de capacidad, el objeto por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o que emanan de incapaces absolutos; así como los vicios en la causa. Por ello, la nulidad que puede ser total o parcial, cuando se anulan algunas de las estipulaciones, pero subsisten en lo demás. Igualmente, se ha de tener presente que al tratarse de un contrato accesorio a contrato de matrimonio, si éste último es declarado nulo, las capitulaciones sufren la misma consecuencia.

4) Aunado a todo lo anterior, se debe tomar en consideración los **distintos tipos de convenciones matrimoniales** o capitulaciones patrimoniales matrimoniales que se pudieran realizar, que a pesar de la gran variedad existentes de estas capitulaciones y que pueden regir la vida económica de los cónyuges, las dos principales son:

a. *Régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal*: se caracteriza por la existencia de una masa de bienes común que pertenece proindiviso únicamente a los cónyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelve; pero hay otras formas de disolución de la sociedad conyugal que no implican disolución del matrimonio como la separación de bienes (artículos 171, 176 a 179 y 190 del Código Civil). Lo que existe es una masa común de bienes y nada más y no es de la esencia de una sociedad conyugal que el administrador de esa masa común sea el marido; todos los bienes de los cónyuges se integran o se realiza con solo una parte de ellos, siendo indiferente que para el momento esa masa común no tenga bienes apreciables. Así, de este régimen es posible hacer varias subdivisiones:

a.1. *Sociedad universal de bienes*: que antes era gerenciada por el marido, que se caracteriza por: 1) tener un régimen económico debía participar del espíritu mismo del matrimonio bajo un sistema patriarcal,

se le veía como síntesis de la indisolubilidad entre cónyuges al crearse un solo cuerpo, una sola alma y un solo patrimonio y era el hombre al que le correspondía todo; 2) todo los bienes de los cónyuges hacían parte del haber social; 3) la administración le pertenecía al marido quien era su gerente y actuaba libremente sin control de la esposa; 4) cuando se disolvía la sociedad se repartían los bienes de la masa común por partes iguales.

Sin embargo, ahora se concibe como una comunidad integrada por la masa común del total de bienes de los cónyuges, presentes y futuros, muebles e inmuebles, adquiridos a título gratuito y oneroso.⁷⁶

a.2. *Sociedad de gananciales con administración particular de cada cónyuge*, es el régimen que mejor satisface la existencia de la organización de la familia, ya que conforme a su estructura la masa común se forma únicamente por esos bienes siendo que: 1) abarca todo lo que los cónyuges adquieran durante la sociedad a título oneroso; por lo tanto no entran a la sociedad los bienes que ellos tengan antes de casarse y los que cada uno adquiera durante la sociedad a título gratuito (herencia, donación o legado); 2) los frutos de los bienes pertenecen a la sociedad; tanto los bienes que pertenecen en forma exclusiva a los cónyuges, como los frutos de los bienes que forman parte de la masa común, por lo que se da un derecho universal de usufructo. En este tipo de sociedad se distinguen estas clases de bienes: i) los bienes propios del marido que no son gananciales; ii) los bienes de propiedad exclusiva de la mujer que no son gananciales; y iii) los bienes sociales o gananciales que son los que entran efectivamente al haber de la sociedad.

Por ello, en el momento en que se disuelva la sociedad habrá que determinar la clase de bienes poseídos por los cónyuges en el sentido indicado a fin de distribuir en dos partes iguales los que tienen la calidad jurídica de gananciales.

La administración de los bienes se dispone libremente por cada cónyuge de su respectivo patrimonio integrado por sus bienes propios que no son gananciales y por sus respectivos gananciales, que se han adquirido durante la sociedad, por lo que solo se distinguen dos clases

⁷⁶ Este es un sistema patrimonial no muy difuso, siendo optativo en Brasil y Holanda y convencional en Alemania, Francia y Chile.

de patrimonios; el de cada cónyuge, pues el tercero o sea los gananciales permanecen confundidos con los bienes particulares de cada cónyuge.⁷⁷

b. El otro sistema es el *régimen de separación de bienes o limitada de bienes*, que es cuando los cónyuges no están de acuerdo en adoptar el régimen de solidaridad conyugal, pudiendo pactar que cada cual sea propietario exclusivo de los bienes que tenga al casarse, lo mismo que de los adquiridos a cualquier título durante el matrimonio, así como del fruto de todos los bienes. De esta forma el matrimonio solo une a las personas de los cónyuges y no sus bienes. No obstante, esta separación no es total, ya que subsisten ciertas normas imperativas, que restringen la aplicación del régimen de separación de bienes, porque ambos cónyuges deben socorrerse mutuamente y contribuir a los gastos del hogar; si uno solo tiene bienes, deberá cumplir, dichas obligaciones (artículo 75 de la CRBV; artículos 137, 139, 185.7, 195 y 636 Código Civil, además de lo que dicen la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, la Ley de Personas con Discapacidad, entre otros cuerpos normativos). Este tipo de régimen de comunidad patrimonial integrada por ciertos bienes y otros de propiedad exclusiva de cada uno de ellos, puede ser:

b.1. La *comunidad limitada de bienes muebles*, que se constituye por los bienes muebles presentes y futuros, a título gratuito u oneroso, excluyéndose los inmuebles que son exclusivos de cada cónyuge.⁷⁸

b.2. la *comunidad limitada de bienes muebles gananciales*, en donde son comunes los bienes muebles presentes y futuros adquiridos a título gratuito y oneroso y las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio; quedando como propiedad exclusiva de cada cónyuge los inmuebles que le pertenecen al momento de la celebración del matrimonio y los que adquiriera a título gratuito durante él.⁷⁹

⁷⁷ Sobre este régimen se dice que es injusto porque puede ocurrir que uno de los cónyuges tenga bienes más cuantiosos al momento de casarse y el otro no, siendo que posteriormente el reparto es en dos partes iguales, generándose un enriquecimiento para el cónyuge más pobre. En estos casos se podría excluir por capitulaciones, los frutos del patrimonio poseído antes del matrimonio y limitar los gananciales a los bienes adquiridos durante la sociedad o también podrá pactarse que una cuarta parte (1/4) de todos los gananciales sean para el cónyuge que carece de bienes y tres cuartas (3/4) partes para el que posee los bienes al casarse, a los fines de tratar de encontrar un equilibrio patrimonial.

⁷⁸ Este régimen es posible en Suiza.

⁷⁹ Es el régimen legal en México.

b.3. la *comunidad limitada de adquisiciones a título oneroso y ganancial*, integrado por las rentas de los esposos, los generados por sus trabajos, las economías hechas con estas rentas o productos y las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio, quedando como propiedad exclusiva de cada uno de ellos los que les pertenecían para la fecha del matrimonio y los adquiridos durante él a título gratuito.⁸⁰

b.4. la *comunidad limitada de bienes futuros*, los bienes están integrados por todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título gratuito u oneroso durante el matrimonio, quedando como bienes propios de cada cónyuge los bienes presentes que pertenecen a cada uno de ellos para el momento de celebrar el matrimonio.

c. Existe el *régimen de separación de bienes*, donde cada cónyuge conserva la propiedad de todos sus bienes, no existe masa común ni inherencia de ninguno de los cónyuges en la administración de los bienes del otro; en éste régimen cada cónyuge mantiene la propiedad de los bienes presentes y futuros, a título gratuito u oneroso, administrando, gozando y disponiendo libremente de ellos y responde exclusivamente por las deudas que contrae. Por lo tanto, existe una independencia patrimonial parecida a la existente antes del matrimonio, reglamentándose cuando mucho la forma en que regirá la contribución de cada uno de ellos en los gastos del hogar para la manutención de la familia.

5) Ahora, en lo que respecta a la **libertad para escoger el régimen económico matrimonial**, los cónyuges tienen plena libertad para escoger el régimen conyugal que quieran de acuerdo al principio de autonomía de la libertad y el principio de disposición de sus bienes presentes y futuros, como mejor les parezca y más convenga a sus intereses, teniendo como limitante lo que se indican en los artículos 6 y 142 del Código Civil relativas al orden público y las buenas costumbres,⁸¹ que fijan limitaciones a la libertad en dos sentidos:

La primera limitación, es que no puede pactarse que la mujer no pueda administrar sus bienes o los de la comunidad, así como tampoco

⁸⁰ Éste es el régimen legal supletorio en Venezuela, Chile y Perú.

⁸¹ Respecto a las limitaciones a la voluntad, se puede ver María Candelaria Domínguez Guillén, *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad*. Op. cit. pp. 357-360.

que ella no tenga injerencia en los gananciales, ya que un régimen de sociedad conyugal con administración exclusiva del marido iría en contra de la plena capacidad civil de la mujer, el derecho a la igualdad y no discriminación, además de ser contrario al orden público.

La *segunda limitación* sería que no se puede pactar o desconocer las reglas del orden público del derecho de familia que regulan las relaciones de orden personal entre los cónyuges y de estos y los hijos comunes, por lo que no pueden pactar en las capitulaciones que: 1) la mujer no puede ejercer la patria potestad o que la ejerza sólo sobre unos hijos, ya que debe ser ejercida conjuntamente y 2) no quedar obligados a socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, librarse de contribuir a los gastos del hogar, a la educación y crianza de los hijos.

6) Otro punto que no se trató en la sentencia, fue lo relativo a las **donaciones por causa de matrimonio**, en este sentido hay ciertas costumbres en la que los cónyuges se donan en ocasión al matrimonio bienes, ya sea entre sí o por parte de uno de ellos al otro, también están los bienes que les son donados por los terceros, que suele ser conocido como la dote, que no es otra cosa que la antigua *donatio propier nuptias* de los romanos (artículo 146, 147, 161, 1.450, 1.451 y 1.467 del CC).

De lo anterior podemos observar que la donación por causa del matrimonio tiene dos fuentes: 1) de los terceros que hacen una donación a los cónyuges o a uno de ellos a través del matrimonio o después de su celebración, pero en todo caso en consideración a él, si lo hacen antes pueden constar en las respectivas capitulaciones, siendo que cuando se dona favor de uno de ellos, esta pertenece de común a los cónyuges salvo que el donante expresamente diga lo contrario, y 2) de los propios cónyuges que deben hacerse antes del matrimonio y en ocasión a él, donde incluso el menor de edad y el inhabilitado pueden hacer donación a su futuro cónyuge con la autorización de su respectivo representante legal.

De esta forma se ha de tener presente lo relativo a las *limitaciones de las donaciones entre cónyuges*, que pueden ser: a) en cuanto al tiempo, ya que sólo pueden hacerse antes del matrimonio (artículos 161 y 1.450 del CC); b) en cuanto a la clase, porque puede hacerse donaciones irrevocables (artículo 1.467 del CC) y revocables entre los cónyuges (1.451 del CC) y c) en cuanto a la cuantía, un conyugue puede hacer

donación al otro hasta por valor de la cuarta parte de los bienes que tenga en el momento de contraer que no afecten la legítima y a la colación según los artículos 887, 890, 891, 1.088, 1.467, 1.468, 1.469 y 1.473 del Código Civil.

Por último, en cuanto a la *finalidad de estas limitaciones*, no es otra más que la de proteger a los terceros y al patrimonio del donante (quien en un exceso de generosidad entusiasmado por la felicidad matrimonial podría reducir sus activos).

IV. CONCLUSIONES

Respecto al origen de las capitulaciones o convenciones patrimoniales matrimoniales, observamos que es de larga data, que buscaba como ahora regular el aspecto económico de la unión de una pareja, siendo que se han producido a lo largo de la historia distintos cambios en cuanto al modo de hacerlos, requisitos, condiciones y actores, entre otros aspectos.

Igualmente, entre los distintos aspectos que estableció sobre esta institución la sentencia N° 652 con carácter vinculante el 26 de noviembre de 2021, observamos, la demanda de nulidad se solicitaba algo distinto a lo resuelto por la Sala, por lo cual ésta debió limitarse a lo petitionado, mucho menos debió tramitar la causa si consideraba que la pérdida del interés procesal había ocurrido. En cuanto a la declaratoria de mero derecho, se estima que era algo innecesario ya que toda nulidad de ley versa sobre el derecho, debiéndose más bien alegar los artículos 135 y 136 de la LOTSJ. Además, de no ser así, se debió seguir el procedimiento para este tipo de demandas establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y dar la opción a que otros sujetos emitieran su opinión, como la Asamblea Nacional, Fiscal del Ministerio Público, el Ejecutivo Nacional, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados que desearan participar luego de la publicación del cartel respectivo. No obstante, por el contrario, la Sala Constitucional se arrogó funciones del legislativo nacional, que es quien elabora las leyes.

Por ello, el fallo aprobado por la mayoría sentenciadora genera una inseguridad jurídica en perjuicio de los terceros, es decir, a los demás ciudadanos que no participaron, al implicar cambios sobrevenidos al ré-

gimen de bienes y ante la dificultad que habrá para conocer el régimen exacto de los bienes si los cónyuges de mutuo acuerdo deciden registrar las capitulaciones en un sitio distinto al del domicilio conyugal.

En lo relativo a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, junto con éste, entre ellos rige el principio de igualdad ante la ley para regir los bienes propios y conyugales y sus demás derechos desde la modificación del Código Civil de 1982, por lo que la Sala Constitucional parte de una premisa falsa, como lo es el suponer que el legislador no regula en absoluto lo relativo al régimen patrimonial de los cónyuges, olvidando lo que es la técnica legislativa.

En cuanto a lo que tiene que ver con el poder establecer, modificar o suprimir las capitulaciones o convenciones patrimoniales matrimoniales, la sentencia estableció que se pueden hacer antes o después del matrimonio o unión estable de hecho, nunca luego de finalizados. En el caso del concubinato, en ciertos supuestos sí se podría, como sería el caso que una pareja decida comenzar a vivir juntos y previamente celebraren las convenciones patrimoniales, debiendo durar más de dos años en convivencia para tener plena al ser un contrato bajo condición suspensiva y cuyos efectos se darían desde el momento de su suscripción. Igualmente, se estima que se puede generar una enorme inseguridad jurídica para los terceros en cuanto a la incertidumbre que se puede dar respecto al modo en que efectivamente se encuentra establecida la manera en que se ha de regir el patrimonio de los cónyuges, obligando a los terceros interesados a estar constantemente investigando cómo se encuentra la relación patrimonial matrimonial de los cónyuges o concubinos, mucho más en cuanto a lo limitado de la publicación por prensa y los riesgos en cuanto a los términos establecidos de la publicación en los que pareciera se pide se publique el contrato completo, lo cual pudiera exponer información sensible en el aspecto patrimonial de las personas.

Así, los sujetos que pueden celebrar este tipo de convenciones o contratos patrimoniales son los sujetos capaces de actuar en libertad contractual, negocial y matrimonial y que tienen autonomía de la libertad, por lo que en los casos de minoridad o inhabilitación, se ha de tomar consideración de si se encuentra emancipado o no, aunque la Sala Constitucional establece que requieren asistencia y aprobación

de la persona de la que se requiera el consentimiento para celebrar el matrimonio, sin tomar en cuenta que el concepto de capacidad de los menores de edad y de las personas con discapacidad, ha variado según los convenios internacionales y se trata de una capacidad que exige tener suficiente madurez y voluntad para comprender las implicaciones jurídicas, económicas y sociales del contrato que suscribe, es decir, tener capacidad natural. Finalmente se indica que este tipo de contratos patrimoniales lo pueden celebrar los cónyuges y los concubinos, con lo cual surge la incertidumbre y duda si en otro tipo de uniones estables de hecho pudiera darse la posibilidad de celebrar este tipo de contrataciones, como lo serían las uniones estables de hecho de personas del mismo sexo.

En cuanto al registro del documento según lo establecido en el Código Civil, también se ha de aplicar lo que consagra la Ley Orgánica de Registro Civil y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, aunado a la publicación en prensa que ordena la sentencia, aunque no tomó en consideración que la pareja que busca cambiar el régimen que los regula puede tener acreedores y terceros interesados que no solamente se encuentren residenciados en el lugar del domicilio conyugal o concubinario, sino que se encuentre en otro espacio geográfico, aunado a que el domicilio puede variar y modificarse varias veces sin limitación en el tiempo, con lo cual esto pondría a los terceros a tener que averiguar dónde era el domicilio de la pareja para el momento de la celebración, modificación o revocatoria de la convención patrimonial. Por eso, además de anotar o insertar al margen de los protocolos del instrumento respectivo y del acta de matrimonio o documento de existencia concubinaria o de la unión estable de hecho, estimamos que se debe exigir también que se anote dicha situación en las partidas de nacimiento de cada una de las partes, como documento primario que debe registrar la vida jurídica de las personas.

Del mismo modo, el que se haya establecido que la modificación de las convenciones patrimoniales se haga durante el matrimonio, concubinato o unión estable de hecho una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada, es un establecimiento arbitrario, el cual no se justificó, sin que con ello se considere de nuestra parte si dicho plazo es adecuado o no, simplemente, que

no se señalaron los motivos de hecho, derecho, sociológicos, económicos, entre otros, que justificaran el establecimiento período.

La sentencia dejó sin analizar muchos otros aspectos como el ámbito sucesoral, el caso de la mujer comerciante, las donaciones, las arras, la caducidad, la inexistencia, la nulidad, cómo quedan los derechos de terceros en caso de fraude o desconocimiento de la modificación del régimen patrimonial de la pareja, lo cual efectivamente genera una enorme inseguridad jurídica ante los cambios sobrevenidos al régimen de bienes, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges, tampoco se indica cómo quedan los bienes, intereses, frutos, rentas, deudas y acreencias en las transiciones entre un régimen y otro entre la pareja y los terceros interesados, sobre todo al tomar en consideración lo relativo al registro de la convención patrimonial sobre lo que se ha reflexionado en los párrafos anteriores.

Lo que tiene que ver con las capitulaciones o convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero, antes del fallo objeto de estudio, se consideraba de orden público internacional: 1) la inmutabilidad de las convenciones después de la celebración del matrimonio, lo cual se encuentra también contemplado en los artículos 144 y 145 del CC y el artículo 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP),⁸² pero con ciertos matices, al establecerse que los efectos del patrimonio del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges, lo cual cambia con el fallo y ahora se puede modificar durante el matrimonio y la unión estable de hecho; 2) sigue el principio de publicidad, permitiendo el registro de las capitulaciones matrimoniales válidas en cualquier momento, para aquellos casos en que se pretenda que produzcan efectos respecto a terceras personas, de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en Venezuela; y 3) la forma solemne de celebrarlas. Igualmente, rige el principio de autonomía de libertad de la voluntad para establecer el régimen patrimonial deseado. Como factor de conexión está la aplicación del domicilio común entre los cónyuges o, en su defecto, su último domicilio común, determinando así los efectos que produce el matrimonio sobre los contrayentes y sus bienes, buscando

⁸² Publicada en la Gaceta Oficial N.º 36.511 de 6 de agosto de 1998.

armonizar los principios de orden interno, la voluntad de las partes en la regulación de sus patrimonios y el régimen aplicable a los mismos.

En definitiva, las partes, pueden optar por un régimen de separación de bienes o por cualquiera otra variación a la normativa supletoria de la comunidad de gananciales, inclusive para ampliar el elenco de los bienes comunes; siempre que no se afecten normas de orden público, como es el caso de la legítima. Así, la autonomía de la voluntad, el derecho de igualdad y las capitulaciones matrimoniales, van juntas en la determinación del régimen patrimonial del matrimonio, siempre que se cumplan con las formalidades de ley.

Igualmente, ante situaciones desproporcionadas e injustificadas de enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro, pueden aplicarse instituciones o principios que permitan una solución equitativa fuera del ámbito de las capitulaciones matrimoniales cuando éstas impongan una separación absoluta de bienes.