

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N.º 652/26.11.2021 SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

DR. SACHA FERNÁNDEZ CABRERA *

*“Uno debe creer en el matrimonio
como en la inmortalidad del alma.”
Honoré de Balzac***

SUMARIO

I. Introducción. II. Origen de las capitulaciones matrimoniales. III. Lo que estableció la sentencia de la Sala Constitucional. IV. Análisis y críticas a la sentencia de la Sala Constitucional. 4.1. Sobre el procedimiento llevado. 4.1.1. Objeto de la demanda. 4.1.2. Pérdida del interés. 4.1.3. Declaratoria de mero derecho. 4.1.4. Reserva legal. 4.2. Carácter poco injerencista del legislador y el derecho de igualdad. 4.3. Respecto al origen de las capitulaciones matrimoniales 4.4. Oportunidad para establecer, modificar o suprimir las

* **Universidad Central de Venezuela, Abogado (14/366). Doctor en Ciencias, Mención Derecho. Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración;** ex Auxiliar de Investigación Docente, ex profesor de Derecho Administrativo e Introducción al Derecho, profesor de Derecho Civil III (Obligaciones), ex profesor de derecho Administrativo e Introducción al Derecho; ex profesor en la Especialización de Derechos Humanos y la Especialización en Derecho Procesal. **Universidad Bicentennial de Aragua, Instituto de Altos Estudios Oscar Cambrá Núñez,** profesor de Protección de Datos Judiciales, en el Diplomado de Derecho Procesal Telemático. **Universidad Alejandro de Humboldt, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales,** ex profesor de Sistemas de Cobros y Pagos Internacionales. **Instituto Venezolano de Derecho Procesal,** Miembro y Bibliotecario Suplente. Autor de diversos estudios en revistas especializadas. Conferencista en diferentes eventos. Correo electrónico: sachafernandez@hotmail.com.

** Tomado de [ExitoySuperacionPersonal.com](https://www.exitoysuperacionpersonal.com). Disponible en: <https://www.exitoysuperacionpersonal.com/frases-de-matrimonio/>, consultado el 10/03/2022.

capitulaciones matrimoniales. 4.5. Sujetos que pueden realizar capitulaciones matrimoniales. 4.6. Otros aspectos irregulares señalados en el voto salvado. 4.7. Requisitos y condiciones para establecer o anular las capitulaciones matrimoniales. 4.8. Efectos de las capitulaciones matrimoniales. 4.9. Capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. 4.10. Aspectos que no se tocaron en la sentencia N.º 652/26.11.2021. V. Conclusiones.

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar de manera puntual, la sentencia N.º 652 del 26 de noviembre de 2021, que se dictó con carácter vinculante el 26 de noviembre de 2021, por parte de la Sala Constitucional que modificó la regulación relativa al régimen de las capitulaciones matrimoniales en Venezuela que establecía el Código Civil.

PALABRAS CLAVE

capitulaciones matrimoniales, régimen patrimonial matrimonial.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the binding ruling N.º 652 of November 26, 2021, of the Constitutional Chamber that modified the regulation related to the regime of marriage agreements in Venezuela established by the Civil Code.

KEYWORDS

Marriage contract, marital property regime.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se realizará un análisis de la sentencia vinculante de la Sala Constitucional que cambió el régimen de las capitulaciones matrimoniales, observando cómo modificó su regulación en cuanto a la manera de realizar los posibles regímenes patrimoniales a los que se pueden someter los cónyuges, el modo en que se debe hacer su publicidad, los casos en los que procede, las condiciones, los actores y forma de realizarlo.

Igualmente, se realizarán comentarios y críticas en cuanto a la manera que se estableció la publicidad de las mismas, el procedimiento para ciertos sujetos particulares como menores de edad e inhabilitados, el procedimiento judicial que se utilizó para su modificación, sus efectos, su aplicación a las uniones estables de hecho, la manera en que pueden ser modificadas, entre otros aspectos.

II. ORIGEN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El origen de esta institución es muy antiguo, pudiendo verse los inicios de este contrato en los primeros tiempos de la monarquía goda,¹ que tenía la costumbre, de que los padres o en su defecto los hermanos o consanguíneos del hombre que deseaba casarse pedían la doncella a los padres o parientes de esta, lo cual, una vez cumplida esta formalidad y convenida la boda, unos y otros ajustaban los tratados o los capítulos referentes al matrimonio, firmando las estipulaciones preliminares de

¹ El pueblo goda fue un pueblo germánico oriental, de donde surgieron dos ramas, los visigodos y los ostrogodos, los cuales tuvieron un importante papel en la caída del Imperio Romano de Occidente y en el nacimiento de la Europa medieval. Tomado de Britannica.com. Disponible en: <https://global.britannica.com/EBchecked/topic/434454/Ostrogoth>, consultado el 6 de marzo de 2022.

este y procedían al desposorio para cuya solemnidad y valor exigía la ley el otorgamiento de las tablas dotalas, es decir, la escritura hecha ante testigos de la dote que ofrecía el esposo a la esposa. Más tarde cuando se introdujeron las arras y donaciones *propter nuptias* los tratados o escritura otorgada con ocasión del casamiento a celebrarse, debieron comprender también los pactos referentes a su constitución, devolución y otros aspectos.²

Posteriormente, siguió desarrollándose esta institución en las leyes de Siete Partidas,³ donde en esta general e inconcusa costumbre se hablaba de los contratos o estipulaciones matrimoniales, determinando la forma que debía seguirse en la extensión de cada uno de ellos, formulando entre otras escrituras, la de promesa de casamiento otorgada entre los padres de los futuros consortes y el novio; la de consentimiento u obligación de casar; la de dote, arras y otras donaciones, en todas las cuales se estipulaba los pactos consiguientes a la naturaleza del acto, la cantidad y calidad de los bienes que se donaban, la obligación de restituirlos, la de indemnizar los perjuicios o desperfectos causados en ellos y cuanto se creía oportuno para asegurar el capital de cada cónyuge a la disolución del matrimonio.⁴

El uso de estas estipulaciones matrimoniales fue tomando con el tiempo más popularidad, haciéndose más preferente y necesaria la constitución de esta clase de contratos en la medida de que fuera más cuantiosa la fortuna de los contrayentes o la suma de los bienes que se

² Tomado de Bookgoogle. Disponible en: https://books.google.es/books?pg=PA660&id=eeTFR_G85CkC&hl=es#v=onepage&q&f=false, consultado el 6 de marzo de 2022.

³ Las Siete Partidas, o simplemente Partidas, son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1221-1284) con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era “Libro de las Leyes”, y hacia el siglo xiv d. C. recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo xix d.C.). Incluso se la ha calificado de enciclopedia humanista, pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente grecolatina), aunque el propio texto confirma el carácter legislativo de la obra, al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara. Tomado de Alfonso Díez Montalvo, *Siete Partidas*. Editorial Lex Nova, S.A.. España, 1989. Disponible en: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000005119&page=1>, consultado el 6 de marzo de 2022.

⁴ Tomado de Bookgoogle. Disponible en: https://books.google.es/books?pg=PA660&id=eeTFR_G85CkC&hl=es#v=onepage&q&f=false, consultado el 6 de marzo de 2022.

aportaban al matrimonio, por lo que ya no se limitaban a pactar sobre la dote, las arras y demás donaciones; sino que los convenios se extendían a fijar la suerte de los casados ante posibles las eventualidades que se pudieran prever; estableciendo reglas sobre la sucesión; fijando igualmente cuanto creían conveniente acerca de la distribución de los bienes en la familia. Así, la forma adoptada para estos contratos varió en el tiempo, aunque no esencialmente de la establecida por las leyes de Partidas y reducida a consignar cada uno de los pactos y estipulaciones convenidas por medio de capítulos dio origen a las palabras *capitulaciones* y *capitular*, llamándose así desde entonces el acto de otorgar estas escrituras o capítulos y las escrituras o estipulaciones mismas.⁵

De esta manera se llega a las fundaciones vinculares, en donde el uso y costumbre de celebrar estas capitulaciones llegó a su mayor desarrollo con el establecimiento y la aportación a la sociedad conyugal de vinculaciones poseídas por uno o ambos cónyuges, en donde se exigía mayor previsión de parte de los contrayentes y por consiguiente nuevos pactos y estipulaciones que sirviesen de regla segura y preconstituida en las diversas combinaciones que pudieran ocurrir, evitando dificultades y conflictos en las familias. De este modo, las capitulaciones matrimoniales, devinieron a ser un acto obligado en las familias distinguidas y acaudaladas que no olvidaban jamás y que practicaban con mucha diligencia, pactándose sobre la dote, arras y demás donaciones nupciales y sobre las rentas y derechos aportados al matrimonio; igualmente se estipulaba sobre el modo de suceder en los mayorazgos⁶ electivos e incompatibles; se formaban convenios sobre los alimentos que debían suministrarse a los hijos en su caso, sobre las viudedades y sobre los frutos de bienes aportados por los cónyuges y llegó a tener mucha amplitud este género de capitulaciones.⁷

⁵ Tomado de Bookgoogle. Disponible en: https://books.google.es/books?pg=PA660&id=eeTFR_G85CkC&hl=es#v=onepage&q&f=false, consultado el 6 de marzo de 2022.

⁶ Institución del derecho civil que, por las leyes desvinculadoras del siglo XIX, quedó circunscrita en España a los títulos nobiliarios, y que tiene por objeto perpetuar en la familia la propiedad de ciertos bienes o derechos con arreglo a las condiciones que se dicten al establecerla o, a falta de ellas, a las prescritas por la ley. Tomado de <https://dle.rae.es/mayorazgo>, el 6 de marzo de 2022.

⁷ Tomado de Bookgoogle. Disponible en: https://books.google.es/books?pg=PA660&id=eeTFR_G85CkC&hl=es#v=onepage&q&f=false, consultado el 6 de marzo de 2022.

Por eso, son más que una herencia romana, siendo que los pactos prematrimoniales son considerados también un legado de la legislación francesa que las incluyó en el Código Civil de Napoleón en su artículo 1497, así como una manda del derecho español, tal y como se puede identificar en el foral aragonés del siglo XV; posteriormente fueron recogidas, del derecho consuetudinario, en el fracasado Proyecto de 1851 inspirado en el Código Napoleónico, e instituidas finalmente en la Codificación de 1889.⁸

III. LO QUE ESTABLECIÓ LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Mediante sentencia N.º 652 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con fecha del 26 de noviembre de 2021,⁹ se realizó una interpretación de carácter vinculante de los artículos 144, 148, 149 y 767 del Código Civil (CC) sobre el régimen de las capitulaciones matrimoniales. En la sentencia antes mencionada, se establecieron los siguientes aspectos más relevantes:

1. La Sala indica que, a raíz de que las capitulaciones matrimoniales son el régimen patrimonial conyugal principal, los convenimientos de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante el matrimonio y así como también podrán ser reformadas durante el mismo y aún dejarse sin efecto.

2. Que las reformas que se hagan no tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro y entrarán en vigor una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil.

3. Admite la celebración de las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio o posteriormente durante su vigencia, así como las reformas o modificaciones, siendo que estas últimas, podrán hacerse una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada.

⁸ Jinyola Blanco Rodríguez. *Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio?*. Ambiente Jurídico. Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Manizales, pp. 244-246. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4089390>, consultado el 30 de abril de 2022.

⁹ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314728-0652-261121-2021-17-0293.HTML>, consultada el 22 de febrero de 2022.

4. Con base en la plena autonomía de la voluntad, mediante la cual se expresan los cónyuges, podrán 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.

5. 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.

6. Se declaró por analogía que las mismas disposiciones de dicha decisión son aplicables para las uniones concubinarias o uniones estables de hecho en ausencia de matrimonio, como han sido calificadas por esa misma Sala en sentencia N.º 1.682 del 15 de julio de 2005.¹⁰

7. Que, 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.

8. Se estableció que para la validez de las capitulaciones matrimoniales y antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones, las partes deberán previamente publicar dicho documento por tres (3) veces con intervalo de diez (10) días (se presume que son continuos), 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, siendo que en el caso de que no exista un periódico en dicha localidad deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa).

9. Para la Sala, las capitulaciones matrimoniales o el régimen de separación de bienes es el que rige principalmente en el matrimonio y de allí que no pueden las capitulaciones estar sometidas a las restric-

¹⁰ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301>.
HTM, consultada el 12 de febrero de 2022.

ciones de que trata el artículo 143 del Código Civil y tampoco se ha de condicionar que para su validez dependa de que se hayan suscrito antes del matrimonio, como dice el artículo 144 *eiusdem*, considerando que erróneamente se habría influido en la “inversión de la presunción legal”.

10. Que para el caso de celebración y/o reforma de capitulaciones matrimoniales en el exterior, las mismas tendrán efecto en Venezuela una vez los cónyuges cumplan con lo preceptuado en los artículos 143 y 144 del Código Civil.

11. Se da preeminencia, como se indicó, a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ante lo que considera que se da un vacío legal que no se atiene al régimen legal que hasta ahora existía y que de manera consolidada y reiterada venía siendo desde hace muchos años, con las reformas del código de 1922 y de 1982, por lo que estima se dan incongruencias en el vigente Código Civil con los postulados de la Constitución de 1999, motivo por el cual, la sentencia tiene efectos inmediatos a partir “de la publicación” del criterio vinculante establecido.

En estos once puntos, hemos tratado de resumir y destacar los aspectos más importantes que fueran establecidos en la sentencia N.º 652 del 26 de noviembre de 2021, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se realizó una interpretación de carácter vinculante de los artículos 144, 148, 149 y 767 del Código Civil sobre el régimen de las capitulaciones matrimoniales. A continuación, haremos nuestras reflexiones sobre estos puntos y otros aspectos que consideramos importantes del fallo y del proceso que se llevó a cabo.

IV. ANÁLISIS Y CRÍTICAS A LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

Ya visto en los párrafos anteriores lo que estableció fundamentalmente en su fallo la Sala Constitucional en relación con las capitulaciones matrimoniales, procederemos en el presente punto a realizar las críticas y comentarios que poseemos en relación con lo decidido en el fallo bajo estudio en concordancia a los aspectos indicados en la sección anterior, así como a otros que también se mencionaron en la sentencia que se analiza, de este modo observamos que:

4.1. Sobre el procedimiento llevado

El procedimiento que se solicitó ante la Sala Constitucional fue el de nulidad de leyes nacionales, ya fuera en su totalidad o en parte, de conformidad con los artículos 266, 334 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) y los artículos 25 numerales 1 y 3, 32 y 34 de ley de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ),¹¹ siendo que se sustanciaba según los artículos 129 a 145 *eiusdem*.

Este procedimiento de nulidad, establece en su sustanciación que se trata de un proceso que constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 85 de la LOTSJ), indicando que se inicia con la interposición de la demanda acompañada de la documentación indispensable, pudiéndose pedir cualquier medida cautelar, ante la cual de acordarse, se podrá proponer la oposición; incluso se prevé un despacho saneador en caso de tratarse de una acción ininteligible; siendo que una vez admitida y sin incurrir en alguna de las causales de inadmisibilidad, se deben realizar una notificación por cartel de emplazamiento de las partes interesadas, ya que en el presente caso, por la naturaleza del proceso y la afectación que se puede producir al colectivo, se exige que se produzca una notificación por cartel para la participación de todos los interesados; pronunciándose la admisibilidad de estos y posteriormente abriendo el lapso de pruebas, luego del cual una vez finalizado se debe celebrar una audiencia; incluso se tiene un poder inquisitivo donde de estimarlo pertinente, puede la Sala Constitucional ordenar evacuar pruebas, para finalmente dictar el fallo sobre el fondo. Como se puede apreciar, hemos esbozado de manera muy general y simple el proceso ante la Sala Constitucional, que se ha debido seguir para sustanciar y decidir el presente asunto, el cual no se aplicó y se decidió la causa de una vez sin realizar ningún trámite de sustanciación del proceso, sobre la base de varios argumentos que mencionaremos a continuación.

¹¹ Se debe tener en consideración que la ley vigente para ese momento era la publicada en la Gaceta Oficial N.º 39.483 del 1º de octubre de 2010 y que fue posteriormente modificada por la reforma publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 6.684, del 19 de enero de 2022.

4.1.1 Objeto de la demanda

Al respecto se puede observar que lo interpuesto por ante la Sala Constitucional fue una demanda de nulidad contra la parte “*in fine* [d] “el artículo 173 del Código Civil Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria № 2990, del 26 de Julio de 1982, referente a que ‘Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190’, el cual esta preceptuado en el Título IV, Capítulo XI, Sección IU6 , de la Disolución y de la Liquidación de la Comunidad (...)”.(Sic).

Como se puede ver, dentro de este procedimiento el objeto de la demanda interpuesta, no fue otro más que la nulidad del artículo 173 del Código Civil, que establece los parámetros legales para la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, conjuntamente con la separación de cuerpos y bienes, de conformidad con lo establecido en el artículo 190 del mismo Código, al estimar que se excluye la posibilidad de que las partes puedan solicitar la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales antes de que se declare la disolución del vínculo conyugal, aunado a la prohibición legal expresa, de poder solicitar el divorcio de mutuo acuerdo establecido en el artículo 185-A del Código Civil, conjuntamente con la solicitud de liquidación y partición de la comunidad conyugal al mismo tiempo, en concordancia con lo establecido en el artículo 762 del Código de Procedimiento Civil. En particular pedía la nulidad de la última parte del artículo 173 del Código Civil “Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190”, porque consideró que permite a las partes liquidar la comunidad conyugal a través del procedimiento de separación de cuerpos y bienes; sin embargo, impide injusta e ilógicamente que quienes hayan estado separados de hecho por un lapso aun mayor, tengan la misma posibilidad de manifestar su voluntad con respecto a los bienes comunes.

Sin embargo, la Sala Constitucional, a pesar de declarar la perención de la instancia, decidió continuar conociendo de la causa basándose en los siguientes argumentos:

“En razón de las consideraciones precedentes, esta Sala constata que en el caso *sub lite* desde el 3 de marzo de 2020 hasta la presente fecha ha transcurrido más de un (1) año sin que la parte demandante manifestara su interés en la resolución de la *litis*, empero, a pesar de haberse constatado el lapso para declarar la pérdida del interés, dado que el cuestionamiento de constitucionalidad efectuado versa sobre derechos civiles relacionados con la disolución de la comunidad de gananciales en nuestro derecho civil -en su esencia derechos sociales fundamentales relacionados con la familia y el matrimonio- (*vid.* artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) los cuales tienen naturaleza de orden público, pues en éstos a la par que en los demás derechos fundamentales, descansa la existencia misma del Estado de Derecho, se hace ineludible que esta Sala continúe el proceso hasta su resolución (*cfr.* decisión de esta Sala N.º 1.236/2008). Así se declara.

Respecto al mérito del asunto planteado, independientemente de los alegatos contenidos en el escrito recursivo, esta Sala en resguardo del principio *pro actione* y de los derechos constitucionales contenidos en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la preeminencia de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, conforme al artículo 23 *eiusdem*, en aras de garantizar la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación, procede -sin sujeción a alegato alguno- a conocer el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto bajo las siguientes consideraciones:

Grosso modo, entiende la Sala que la parte demandante en nulidad reclama una igualdad en la ley cuando en sus alegatos evidencia que resulta inexplicable la prohibición de disolución y liquidación voluntaria de los bienes de la comunidad matrimonial estando vigente aún el vínculo matrimonial, siendo que la figura jurídica de la separación de cuerpos según lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil y artículo 190 *eiusdem* permiten la disolución o liquidación voluntaria de la comunidad de bienes.

Ahora bien, esta (sic) asimetría regulatoria del régimen de bienes matrimoniales -que denuncia el demandante en nulidad- según haya o no separación de cuerpos declarada de los cónyuges, va permitir a la Sala revisar la constitucionalidad de la totalidad del régimen de comunidad de bienes matrimoniales porque además de ser

largamente pre-constitucional, podría carecer de sentido de cara a las reformas sustanciales que por vía jurisprudencial de esta misma Sala Constitucional ha impactado a la institución matrimonial y al divorcio. Véase las sentencias de la Sala Constitucional N.º 693 del 2 de junio de 2015 (caso *Francisco Anthony Rampersad*); N.º 46 del 15 de mayo de 2014 (caso *Víctor José de Jesús Vargas*) y N.º 1682/2005 (caso: *Carmela Mampieri Guiliani*).”

Como se puede observar la Sala Constitucional alegó la existencia de un orden público en materia del matrimonio, así como de la aplicación del principio *pro actione*, para considerar continuar conociendo de la causa, pero indicando que sin sujeción a alegato alguno, ante lo cual decide revisar la constitucionalidad del régimen de comunidad de bienes matrimoniales, siendo que cambió por absoluto el pedimento que se había efectuado por el accionante, punto sobre el cual no se pronunció, así como tampoco sobre lo que había mencionado se iba a pronunciar que era todo el “régimen de comunidad de bienes matrimoniales”, ya que no se pronunció sobre todas las normas y reglas jurídicas que determinan y delimitan los intereses pecuniarios o económicos de los cónyuges (contractual o legal), ya que no se habló sobre los bienes comunes, los bienes propios, la administración de los bienes propios, la disolución de la comunidad de gananciales, los efectos de disolución de la comunidad, la liquidación de la comunidad de gananciales, ni de las etapas de la liquidación, entre otros temas. De haberse pronunciado sobre todo el régimen patrimonial matrimonial realmente, habría resuelto no solamente lo relativo a las capitulaciones matrimoniales como lo hizo, sino también sobre el pedimento que fuera efectuado por el accionante. De esta forma ni resolvió lo solicitado, ni cumplió con la delimitación del objeto modificado por la Sala Constitucional.

Según el artículo 32 de la LOTSJ, todo lo vinculado a la demanda popular por inconstitucionalidad es orden público, por lo que sería innecesario utilizar este aspecto como fundamento, sobre todo porque si el argumento para no desechar la acción fuera solamente este, ninguna acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta pudiera ser desecheda ya que se tratan de orden público, motivo por el cual este argumento no sería suficiente, sobre todo cuando la misma Sala Constitucional ha

dicho que se puede declarar la inadmisibilidad,¹² la improponibilidad,¹³ la extinción de la instancia,¹⁴ terminado el procedimiento,¹⁵ pérdida del interés procesal¹⁶ o abandono del trámite,¹⁷ decaimiento del objeto,¹⁸

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 923 del 08 de junio de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/923-8611-2011-11-0117.HTML>; N.º 11 del 1º de marzo de 2016, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185654-11-1316-2016-12-0137.HTML> y N.º 0372 del 05 de agosto de 2021, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/312888-0372-5821-2021-19-0150.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.081 del 06 de agosto de 2014, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/167866-1081-6814-2014-14-0601.HTML>; N.º 1.082 del 13 de diciembre de 2016, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193862-1082-131216-2016-16-1002.HTML>, y N.º 0515 del 18 de diciembre de 2019, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/309240-0515-181219-2019-19-0743.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 17 del 15 de febrero de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/17-15211-2011-06-0560.HTML>; N.º 511 del 28 de abril de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/176772-511-28415-2015-08-1527.HTML>; y N.º 0441 del 29 de noviembre de 2019, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/308378-0441-291119-2019-16-0322.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 787 del 24 de mayo de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/787-24511-2011-04-1037.HTML>; N.º 1.088 del 13 de agosto de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/181070-1088-13815-2015-14-0001.HTML> y N.º 0073 del 09 de abril de 2021, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/311630-0073-9421-2021-18-0223.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 427 del 05 de abril de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/427-5411-2011-08-1173.HTML>; N.º 720 del 17 de junio de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178619-720-17615-2015-14-0431.HTML> y N.º 0451 del 29 de noviembre de 2019, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/308388-0451-291119-2019-15-1417.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 870 del 03 de noviembre de 2017, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/204812-870-31117-2017-17-0712.HTML>; N.º 1.087 del 13 de agosto de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/181072-1087-13815-2015-08-0692.HTML> y N.º 0318 del 16 de agosto de 2019, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/307184-0318-16819-2019-15-0842-15-1233-15-1138.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

¹⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.577 del 20 de octubre de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1577-201011-2011-04-2497.HTML>; N.º 1.087 del 13 de agosto de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/181072-1087-13815-2015-08-0692.HTML> y N.º 0513 del 14 de octubre de 2021, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/313729-0513-141021-2021-17-0301.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

improcedente *in limine litis*,¹⁹ la prejudicialidad,²⁰ la perención de la instancia,²¹ no conforme a derecho²² y desistir,²³ en este tipo de procesos judiciales.

En lo relativo al principio *pro actione*, esto tiene que ver con un principio que se comenzó a aplicar en el **ámbito del procedimiento administrativo**²⁴ que se ha ampliado a otras áreas del derecho como el civil y el constitucional y significa literalmente que “en caso de duda, a favor de la acción”, lo cual cobra mucho más sentido cuando se relaciona con los derechos humanos de acceso a la justicia, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de dirigir peticiones dentro de un Estado social

¹⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.172 del 25 de julio de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1172-25711-2011-11-0109.HTML>; N.º 0898 del 13 de diciembre de 2018, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303253-0898-131218-2018-17-0366.HTML> y N.º 0518 del 14 de octubre de 2021, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/313734-0518-141021-2021-18-0146.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

²⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.161 del 25 de julio de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1161-25711-2011-11-0434.HTML>; N.º 413 del 30 de marzo de 2012 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/413-30312-2012-11-1329.HTML> y N.º 1.214 del 03 de octubre de 2014, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169301-1214-31014-2014-10-0981.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

²¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.154 del 25 de julio de 2011, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1154-25711-2011-11-0495.HTML>; N.º 146 del 03 de marzo de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/174825-146-3315-2015-08-0521.HTML> y N.º 48 del 18 de febrero de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174327-48-18215-2015-12-1302.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

²² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.324 del 10 de diciembre de 2010, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1324-101210-2010-09-1245.HTML>; N.º 105 del 26 de febrero de 2013 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/105-26213-2013-07-1832.HTML> y N.º 348 del 17 de mayo de 2016, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187755-348-17516-2016-11-0487.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

²³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º 1.567 del 04 de diciembre de 2012, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1567-41212-2012-05-2089.HTML>; N.º 161 del 04 de marzo de 2015, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/174895-161-4315-2015-14-0960.HTML> y N.º 418 del 07 de junio de 2016, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188121-418-7616-2016-15-1104.HTML>, entre otras, consultadas el 12 de febrero.

²⁴ El origen del principio *pro actione* lo encontramos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, del 27 de diciembre de 1956, publicada en el Boletín Oficial del Estado Español el 28 de ese mismo mes y año.

de derecho y de justicia como lo consagra el artículo 2 de la CRBV, estando este principio estrechamente vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva. En tal sentido, al tratarse el proceso de nulidad de ley, de un procedimiento que involucra el orden público, afecta los intereses de todos los ciudadanos y la colectividad y que además se relaciona y vincula con un acto emanado del órgano legislativo nacional que tiene la representación de la ciudadanía, con mayor lógica, el tribunal constitucional ha de analizar si debe o no aplicar este principio y fundamentar de manera suficiente y lógica la continuidad del juicio o modificación de algún aspecto de lo solicitado, siendo que ello no ocurrió en el presente caso, ya que se limitó la Sala Constitucional a simplemente mencionar que aplicaba éste principio. Además, a pesar de hablar de este principio, no se pronunció ni resolvió el *petitum* efectuado por el demandante, con lo cual en nada aplico este principio para resolver el asunto, ya que como indicamos, modificó completamente el petitorio y no se pronunció sobre todo lo delimitado por la Sala Constitucional y que era todo el régimen patrimonial matrimonial, limitándose únicamente a lo relativo a las capitulaciones matrimoniales y no en todos sus aspectos.

Por otra parte, en este proceso judicial, la Sala Constitucional señala que no se sujetaba a la pretensión del accionante, siendo que se fundamenta para ello en los dos aspectos previamente señalados, pero para justificar su actuación, consideramos que debió fundamentarse en el ya mencionado artículo 32 de la LOTSJ, que establece:

*“De conformidad con la Constitución de la República, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso, **no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público.** Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda.”* (Negrillas nuestras).

En tal, sentido se debe reiterar lo ya mencionado en los párrafos anteriores respecto a que se señala que se va a pronunciar sobre todo

el régimen de la comunidad de bienes matrimoniales pero se limita solamente a las capitulaciones matrimoniales, generándose con esto una irregularidad y vicio en el fallo.

4.1.2. Pérdida del interés

La Sala Constitucional, también señaló que se produjo una pérdida del interés en el procedimiento seguido y sustanciado, por parte del demandante, que se declara cuando la inactividad del actor suceda antes de la admisión de la demanda o después de que la causa entre en estado de sentencia, distinguiendo esta figura de la perención de la instancia que se produce cuando la paralización de la causa acaece entre la admisión y la oportunidad en que se dice vistos.²⁵

En tal sentido, la Sala Constitucional en el fallo objeto de análisis, señaló:

“Como punto previo, esta Sala constata que desde el 3 de marzo de 2020, (oportunidad en que el ciudadano Wilmer Rafael Partidas Rangel, abogado en ejercicio y actuando en nombre propio, solicitó celeridad en la tramitación de la presente causa) hasta la presente fecha, ha transcurrido más de un (1) año sin que el demandante haya realizado actuación alguna que demuestre su interés procesal en que se decida la presente causa.

En tal sentido, esta Sala ha señalado que el interés procesal no sólo debe manifestarse al momento de la interposición del recurso, sino a todo lo largo del devenir del juicio, *so pena* de la extinción de la acción y, por ende, la terminación anormal del proceso por la pérdida del interés.

Omissis

En razón de las consideraciones precedentes, esta Sala constata que en el caso *sub lite* desde el 3 de marzo de 2020 hasta la presente fecha ha transcurrido más de un (1) año sin que la parte demandante manifestara su interés en la resolución de la *litis*, empero, a pesar de haberse constatado el lapso para declarar la pérdida del interés, dado que el cuestionamiento de constitucionalidad efectuado versa

²⁵ En tal sentido se puede ver la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 416 del 28 de abril de 2009. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/416-28409-2009-07-0224.HTML>, consultada el 12 de febrero de 2022.

sobre derechos civiles relacionados con la disolución de la comunidad de gananciales en nuestro derecho civil -en su esencia derechos sociales fundamentales relacionados con la familia y el matrimonio- (vid. artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) los cuales tienen naturaleza de orden público, pues en éstos a la par que en los demás derechos fundamentales, descansa la existencia misma del Estado de Derecho, se hace ineludible que esta Sala continúe el proceso hasta su resolución (*cfr.* decisión de esta Sala N.º 1.236/2008). Así se declara.”

No obstante, la Sala indicó que había pérdida del interés, con lo cual ya debió haber fenecido el proceso decidió continuar el proceso bajo la siguiente argumentación y justificación:

“Respecto al mérito del asunto planteado, independientemente de los alegatos contenidos en el escrito recursivo, esta Sala en resguardo del principio *pro actione* y de los derechos constitucionales contenidos en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la preeminencia de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, conforme al artículo 23 *eiusdem*, en aras de garantizar la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación, procede -sin sujeción a alegato alguno- a conocer el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto bajo las siguientes consideraciones: *Grosso modo*, entiende la Sala que la parte demandante en nulidad reclama una igualdad en la ley cuando en sus alegatos evidencia que resulta inexplicable la prohibición de disolución y liquidación voluntaria de los bienes de la comunidad matrimonial estando vigente aún el vínculo matrimonial, siendo que la figura jurídica de la separación de cuerpos según lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil y artículo 190 *eiusdem* permiten la disolución o liquidación voluntaria de la comunidad de bienes.

Ahora bien, esta (sic) asimetría regulatoria del régimen de bienes matrimoniales -que denuncia el demandante en nulidad- según haya o no separación de cuerpos declarada de los cónyuges, va permitir a la Sala revisar la constitucionalidad de la totalidad del régimen de comunidad de bienes matrimoniales porque además de ser largamente pre-constitucional, podría carecer de sentido de cara a

las reformas sustanciales que por vía jurisprudencial de esta misma Sala Constitucional ha impactado a la institución matrimonial y al divorcio. Véase las sentencias de la Sala Constitucional N.º 693 del 2 de junio de 2015 (caso *Francisco Anthony Rampersad*); N.º 46 del 15 de mayo de 2014 (caso *Víctor José de Jesús Vargas*) y N.º 1682/2005 (caso: *Carmela Mampieri Guiliani*)."

De lo anterior, se puede observar con claridad que no solamente a pesar de haberse declarado la perención de la instancia, con lo cual debió ponerse fin al proceso, no solamente decidió continuar con el juicio, sino que además decidió cambiar el objeto de la pretensión del accionante, con lo cual se exacerbó las facultades del juez y se generaron otras violaciones como el derecho al debido proceso, el acceso a la justicia de todos los interesados y llamados por la ley como la Asamblea Nacional, la Procuraduría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la República y los terceros interesados, tal como se indicó previamente.

En relación con la pérdida del interés o perención de la instancia la Sala Constitucional en su decisión N.º 474/11.02.2021, reiterando un criterio establecido desde el 2001, señaló:

"Así, esta Sala en la sentencia número 982, del 06 de junio de 2001, caso: *José Vicente Arenas Cáceres*, ratificada, entre otras, en la decisión número 439, del 25 de abril de 2012, caso: *La Laguna, C.A.*, estableció lo siguiente:

(...) la pérdida del interés puede sobrevenir en el curso del proceso. Es lo que ocurre cuando el actor desiste de su pretensión, caso en el cual se otorga autoridad de cosa juzgada al desistimiento y se declara la extinción del proceso. También puede ocurrir que decaiga únicamente el interés en el procedimiento que se halla en curso, caso en el cual ocurre el desistimiento del procedimiento a que se refiere el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, puede ocurrir que el interés decaiga por la inacción prolongada del actor o de ambas partes, caso en el cual se extingue la instancia iniciada en protección de determinada pretensión. El Código de Procedimiento Civil señala expresamente los supuestos que configuran la inacción prolongada y que dan lugar a la perención de la instancia. En el caso específico de la inacción prolongada

del actor, señala el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales como causa de la perención. En la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no consta una regulación semejante, pero en ella se prevé la figura del abandono del trámite, que expresa también el decaimiento del interés del actor, lo cual se deduce del paralelismo entre ese supuesto en la Ley especial y los supuestos de extinción de la instancia, a causa del incumplimiento de las obligaciones del actor, previstas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia.

(...)

Tal conclusión deriva de la propia naturaleza del amparo como medio judicial reservado para la tutela inmediata de los derechos y garantías constitucionales cuando las vías ordinarias no resultan idóneas, tal como se desprende de la letra del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estatuye para el amparo —al unísono, cabe destacar, con varios tratados internacionales en materia de derechos humanos— un procedimiento breve, gratuito y no sujeto a formalidad en el que la autoridad judicial competente tiene potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y en la que todo tiempo es hábil y el tribunal debe tramitarlo con preferencia a cualquier otro asunto. Así ha sido declarado por la jurisprudencia patria pacíficamente, aún antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales. Por tanto, resultaría incongruente con la aludida naturaleza entender que el legislador hubiere previsto un lapso de caducidad de seis meses para la

interposición de la demanda y, al propio tiempo, permitiese que se tolerase pasivamente la prolongación en el tiempo de la causa, sin la obtención de un pronunciamiento, por un lapso mayor a aquél.

(...)

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia (Resaltado de este fallo).

De este modo, en sintonía con el criterio jurisprudencial anteriormente transcrito, se desprende que los justiciables que instan a los órganos jurisdiccionales para obtener la tutela de sus derechos fundamentales, deben mantener a lo largo del proceso, el interés en la obtención de la tutela urgente y preferente del amparo, lo cual se demuestra mediante la presentación de escritos o diligencias en los cuales tal interés quede manifiesto.” (Resaltado del fallo).

Como se puede observar, la Sala Constitucional declaró la pérdida del interés procesal que ha denominado también como extinción de la instancia o terminado el procedimiento o abandono del trámite, que trae como consecuencia la finalización fatal del proceso ante la inactividad de la parte actora, sin embargo, alegando el principio *pro actione*,²⁶ decidió darle continuidad al juicio. No obstante, se considera que lo pertinente, era alegar lo establecido en los artículos 32, 34 y 89 de la LOTSJ, que permiten a la Sala Constitucional sustanciar una nulidad de oficio, incluso posterior a una consulta de una norma por desaplica-

²⁶ Sobre este principio y lo que ha entendido la Sala Constitucional al respecto se puede ver la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 97 del 02 de marzo de 2005, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/97-020305-03-2290.HTM>, consultada el 12 de febrero de 2022, según la cual el cual impone la exigencia de la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción que establece el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, en protección de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

ción por control difuso, por lo cual, no debió limitarse a simplemente alegar el principio *por actione*, sino que debió fundamentarse también en los artículos antes mencionados que de manera expresa y sin mayor búsqueda de otra argumentación de mayor dificultad para su fundamentación le permitía continuar conociendo de la acción intentada.

4.1.3. Declaratoria de mero derecho

Igualmente, se puede observar que la Sala Constitucional, decidió sustanciar el proceso como de mero derecho, fundamentándose en su jurisprudencia sobre el tema e indicando lo siguiente:

“En consonancia con los fallos anteriormente transcritos, así como en los precedentes jurisprudenciales de esta Sala contenidos en sentencias números 155/2017, 545/2017 y 170/2019, considerando, por una parte, que el presente asunto no requiere la evacuación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento objetivo sobre la constitucionalidad o no de una disposición normativa, la Sala considera resolver la presente demanda sin más trámites al tratarse de un asunto de mero derecho. Así se decide.”

Por otra parte, el único voto salvado del fallo objeto de estudio del magistrado Calixto Ortega Ríos señala:

“Por otra parte, la mayoría sentenciadora declara en la sentencia de la cual se discrepa, que es un asunto de mero derecho y por ello obvia el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo que la acción popular por inconstitucionalidad, es por su naturaleza, una acción de mero derecho, y aun así, tienen fijado un procedimiento en la Ley, en el artículo 128 ejusdem, intitulado “*Demandas sujetas a tramitación*”, en el cual se establece”

Sobre este punto, consideramos que la Sala Constitucional parte de un falso supuesto, como lo es el argumento de que “el presente asunto no requiere la evacuación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento objetivo sobre la constitucionalidad o no de una disposición normativa”, lo cual es una motivación falaz, ya que todo proceso de nulidad por inconstitucionalidad de ley o de una

norma de ley busca que se deje sin efecto un precepto jurídico o cuerpo normativo por ser contrario a la Constitución, ya que se trata de una acción popular que se ve como un recurso objetivo, donde la finalidad del recurso de inconstitucionalidad no es precisamente la defensa, protección o tuición de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos de los ciudadanos en particular, sino la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y de su supremacía, considerándose incluso que el ejercicio de este recurso es un deber ciudadano, pudiendo estimarse como un instrumento de colaboración ciudadana en el resguardo del respeto a la Constitución, por todas las ramas del Poder Público, tratándose de un control abstracto de constitucionalidad.

Aunque la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ordena abrir un lapso de en su artículo 140 para la promoción y evacuación de pruebas, este lapso sólo se puede suprimir en los casos en que la propia Sala Constitucional considere que el caso es urgente.²⁷ Por lo tanto, aunque en principio, sustanciar el procedimiento de nulidad sin el lapso probatorio se trata de una excepción, el procedimiento es más largo la introducirse este lapso de pruebas, aunque en principio por la naturaleza de la pretensión, este procedimiento no lo requiere y no es necesario en todo momento realizarlo. Ya decía José Guillermo Andueza, que en lo que respecta al procedimiento de nulidad, ha debido establecerse el principio contrario, es decir, que no hay pruebas a menos que el recurrente o alguno de los que se hagan parte en el proceso, soliciten la apertura del lapso de pruebas, lo cual hubiera sido mucho más lógico que el sistema actualmente establecido, lo cual se comparte.²⁸

No obstante, el que se pudiera eliminar el lapso probatorio, ello no implica que se deba obviar el proceso de la notificación del Fiscal General de la República, del Procurador o Procuradora General de la República, del Defensor del Pueblo y así como de cualquier otra autoridad que estime pertinente, o de emplazar a los interesados por medio

²⁷ Algo similar ocurría con la derogada Ley Orgánica de la Corte Supremo de Justicia publicada en la Gaceta Oficial N.º 1.893 Extraordinario de 30 de julio de 1976, que permitía suprimir el lapso probatorio, la relación, los informes y procedía a dictar sentencia, algo similar a lo que hace ahora con la declaratoria de mero derecho.

²⁸ ANDUEZA, José Guillermo. *El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano*. Disponible en: <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/ADPCA-07-04.pdf> pp. 121 y 122, consultado el 14 de abril de 2022.

de un cartel, según lo establecen los artículos 135 y 136 de la LOTSJ, ni de dejar de realizar los demás actos de sustanciación del proceso, mucho más cuando se observa que el artículo 145 *eiusdem*, establece cuáles son las causas no sujetas a la sustanciación, que excluye al procedimiento de nulidad de ley de ese tipo de procesos exceptuados de sustanciación.

4.1.4. Reserva legal

Según los artículos 156, numerales 32 y 33; 187, numeral 1; 202; 203 último aparte; y 236, numeral 8 y primer aparte de la CRBV, aunados a los principios constitucionales o fundamentales, establecen cuáles asuntos, materias o temas concretos o específicos son competencia exclusiva nacional, es decir, que requieren ser regulados exclusivamente mediante actos jurídicos normativos con fuerza, rango y valor legal, por consiguiente, con exclusión del acto jurídico normativo con fuerza, rango o valor sublegal, correspondiendo ello a la Asamblea Nacional, en ejercicio de la función legislativa. Esto es lo que se conoce, a grandes rasgos como reserva legal.

Por otra parte, incluso la misma Sala Constitucional en su fallo reconoce la reserva legal que hay sobre el asunto que dilucidó cuando mencionó que:

“De acuerdo a ello, la Sala, en caso de la acción de nulidad de norma, no puede obviar el procedimiento legalmente establecido, como si se tratase un amparo, siguiendo su propia doctrina, sólo por la circunstancia que la causa sea de mero derecho, porque repetimos, siempre la acción popular de nulidad contiene pretensiones de mero derecho. Aun así, la Sala debe escuchar al Legislador por antonomasia – Asamblea Nacional – y al resto de los Poderes constituidos, tales como el Poder Ejecutivo e incluso a todo aquel que tenga algo que aportar a los fines de elaborar una legislación inclusiva, mucho más, en un Estado Social de Justicia y de Derecho donde el ciudadano ejerce un rol central y, la legislatura se practica bajo el principio de participación, protagonismo y corresponsabilidad. En este sentido, es contrario a tales principios, que en un aspecto tan importante de la vida privada, con trascendencia social, se haya omitido el procedimiento establecido.

Como corolario de lo anterior, la decisión de la cual nos deslindamos, implica un solapamiento de funciones con el Legislador ordinario, al cual le corresponde dicha función, en el sentido de la creación de Ley. La norma es una elaboración dentro de un proceso que involucra un complejo de actividades que va desde la consulta popular hasta la dinámica de las discusiones en las respectivas comisiones y en las plenarios de la Asamblea Nacional. No es una, sino dos discusiones, las que deben dárseles a los proyectos de Ley e incluso, pudiera ser sometida a referéndum aprobatorio y finalmente, puesta en ejecútase por el Presidente de la República.”

Por hechos como éste, en donde la Sala Constitucional usurpa funciones y atribuciones de la Asamblea Nacional y la reserva legal para la elaboración de cuerpos y textos normativos, es que el órgano legislativo en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la G.O. Extraordinaria N.º 6.684, en su artículo 25, expresamente estableció que:

“La facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes. En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar.” (Subrayado nuestro).

De esta manera, se trató de poner un límite a la actividad que había venido desarrollando la Sala Constitucional de atribuirse de manera arbitraria la modificación y legislación de textos normativos, violando la reserva legal, aunado a que realiza esa actividad sin sustanciar, notificar o publicar los carteles para la participación de las partes interesadas, lo cual afectaba al colectivo y demás entes y órganos del Estado, que ni siquiera podía participar en un proceso que se sustanciara para presentar sus observaciones, argumentos, oposiciones, afirmaciones y demás defensas o comentarios que se quisieran presentar.

4.2. Carácter poco injerencista del legislador y el derecho de igualdad

La Sala Constitucional, consciente de la violación a la reserva legal del legislador venezolano, utilizó como uno de sus argumentos para justificar tal actuación, el carácter no injerencista del legislador en la materia civil y el derecho a la igualdad de los cónyuges, en tal sentido mencionó:

“Hoy día, cuando las instituciones familiares, y los cónyuges han alcanzado una igualdad y paridad civil en el plano familiar, resulta necesario reconocer la **autonomía de la voluntad de los cónyuges** conforme al **principio de igualdad**, de **manera expresa** (no falsamente tácita) y con reconocimiento de la **plena capacidad** de ambos cónyuges para administrar y disponer de los bienes propios y conyugales sin condicionamiento de su estado civil.

La fundamentación de la lectura constitucionalizada que hace la Sala del régimen pecuniario del matrimonio, y demás instituciones de orden familiar reguladas por el Código Civil vigente hace énfasis en el carácter **no injerencista** del legislador civil cuya regulación en el ámbito privado y familiar se hace **preferiblemente excepcional**; de tal manera, que el intérprete estará obligado a respetar el dogma o axioma base del Derecho Privado: *“Todo lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido”*, por oposición justamente al dogma básico del Derecho Público: *“Todo lo que no está expresamente permitido está prohibido”*.

En esta misma perspectiva no existirían razones para que el legislador en detrimento del **principio de igualdad en la ley** estableciera circunstancias de regulación distintas para que en una misma situación civil (vigente el matrimonio), se permitiera el ejercicio de distintos derechos individuales, como es el caso de que los cónyuges vivan separados de cuerpos de forma declarada (arts. 173, 190 y 185-A del Código Civil), o **de facto** vivan separados de cuerpos. Tampoco así, ignorándose las más elementales reglas de la analogía se impida que el reconocimiento de la unión concubinaria en ausencia de matrimonio, prevista en forma única en el artículo 767 del Código Civil, ignore a su vez e impida el mutuo convenimiento de los concubinos para administrar los bienes pecuniarios propios de cada uno.” (Resaltados originales del fallo).

La Sala Constitucional hace referencia a la autonomía de la voluntad²⁹ de los cónyuges y que entre ellos rige el principio de igualdad

²⁹ La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este principio, pudiéndose ver la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 85 del 24 de enero de 2002. Disponible en; <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>, consultada el 12 de febrero de 2022, en la que señaló que:

“Entre las instituciones y conceptos jurídicos a ser revisados e interpretados de acuerdo al artículo 2 constitucional y a la existencia del Estado Social de Derecho y de Justicia, se encuentra el imperio de la autonomía de la voluntad, y el de la voluntad contractual del Estado y de los particulares.

Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

Omissis

Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.”

Posteriormente la Sala Constitucional en su fallo N.º 0019/0 9.03.2021, indicó:

“Rigiéndose el contrato de concesión comercial por el principio de autonomía de la voluntad, el cual supone su libre ejercicio, es decir, las personas al igual que tienen poder sobre sus bienes, tienen plena soberanía sobre sus decisiones. De allí que, afirme –Grocio– que un contrato es un acto voluntario por el cual una persona promete alguna cosa a otra, con la intención de que ésta acepte y pueda adquirir un derecho. (Grocio citado en Augé, G., *Le contrat et l'évolution du consensualisme* chez Grotius, citado por Claudia Madrid Martínez, en su obra “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”). Por consiguiente, la autonomía de la voluntad se erige como el pilar fundamental de las relaciones contractuales, donde las partes realizan consensualmente las modificaciones que a bien tengan, por lo que la forma y contenido del contrato sólo encuentra limitaciones, en principio, en la propia voluntad de las partes, conforme lo estipulado en el artículo 1.140 del Código Civil, y en el orden público.”

También la Sala Constitucional en su decisión N.º 0169/24.11.2020, estableció que:

“En sentencia N.º 878 del 20 de julio de 2015 (Caso: Sociedad Mercantil Panadería La Cesta de los Panes C.A.), la Sala deja claro que lo determinante siempre será, lo acordado por las partes, ratificando un principio fundamental del derecho privado cual es el de la autonomía de la voluntad, expresando de manera clara que: *“...las partes son libres de determinar y darle contenido a sus intereses como mejor les convenga, por el principio de autonomía de la voluntad...”*, con lo cual se reconoce que, en todo negocio jurídico, son los sujetos de derecho quienes crean, modifican o extinguen sus relaciones jurídicas.

Doctrinalmente, debe señalar esta Sala, que son innumerables los autores que se han dedicado al estudio del referido principio, y todos están contestes en que la voluntad de las partes será la determinante para el desarrollo de la relación jurídico material de la que se trate, y tal como afirma Lupini, “...en una multiplicidad de transacciones comerciales de la vida moderna, el consentimiento raras veces se forma por el cruce de una oferta y de una aceptación, que no venga precedido de conversaciones, tratos y tanteos, con el propósito de prefiar el posible contenido del contrato que se desea celebrar”. (La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Comparado Moderno y en Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014).”

ante la ley para regir los bienes propios y conyugales y sus demás derechos,³⁰ ante lo cual dice, le da pie para hacer una “lectura constitucionalizante” del régimen patrimonial matrimonial, sobre todo porque estima que el legislador no se inmiscuye en esos temas y asuntos, ni se hace distinción sobre si la pareja se encuentra separada de cuerpos legalmente, separada de cuerpo por vía de hecho o si se trata de una unión concubinaria.³¹

En este mismo sentido la Sala Constitucional en fallo N.º 820/06.06.2011, estableció que: “Al respecto, considera esta Sala que asiste la razón a la parte solicitante, toda vez que, en efecto, la declaración de voluntad contenida en el escrito de solicitud de divorcio suscrito por ambas partes, en el que realizan algunos acuerdos y concesiones respecto a los hijos, de conformidad con el artículo 185 A del Código Civil, atiende al principio de autonomía de la voluntad de las partes, según el cual, y de acuerdo con lo que se desprende de la lectura de dicho escrito, los cónyuges habían convenido en que los hijos permanecerían con la madre fuera del país, donde de hecho ya tenían establecida su residencia.”

Finalmente, se quiere hacer mención a la decisión N.º 0625/11.11.2021, en la que mencionó: “En todo caso, esta Sala no puede dejar advertir al solicitante que el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual comporta no sólo la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales la persona se obliga en una relación contractual, sino también la de asumir las consecuencias del ejercicio de sus derechos -sin perjuicio de la intervención del estado en aquellos casos en los que se ‘...pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social...’ (cfr. Sentencia de esta Sala N.º 85/2002), circunstancias que no se verifican en la presente causa- al optar por establecer, por ejemplo, para lo que sería una simple relación contractual para la venta de acciones entre personas naturales o jurídicas, un contrato entre una sociedad irregular con un grupo societario y definir claramente o no, los elementos y características de su relación contractual, para posteriormente pretender la intervención judicial como si se tratara de materias de interés social, o aquellos casos en los cuales, en el marco del derecho privado se advierte un desequilibrio o abuso de derecho de relevancia constitucional, tutelable mediante revisión por violación de derechos constitucionales o de criterios vinculantes de esta Sala.” (Subrayados originales del fallo).

³⁰ Respecto a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 0187 del 24 de noviembre de 2020. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/310792-0187-241120-2020-19-0285.HTML>, consultada el 12 de febrero de 2022, dijo: “No pretende más que significarse que la propia redacción de las capitulaciones matrimoniales aquí analizadas, suscritas en uso de la autonomía de la voluntad de los allí suscribientes, permite inferir claramente los bienes que estarían regulados por ese negocio jurídico, lo cual fue acertadamente precisado por la Sala de Casación Civil para arribar a la decisión que está siendo hoy examinada...”

³¹ También con respecto a la autonomía de la voluntad, se ha de tomar en consideración que existen: a) *sistemas convencionales no plenos*, donde la ley faculta a los futuros contrayentes para optar por uno de los regímenes en ella previstos y en caso de que no hagan ejercicio de tal elección, el sistema aplicable será el que la misma legislación establezca como

Se puede observar, 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, ya que los objetivos de la técnica legislativa como conjunto de reglas o disposiciones de obligada aplicación en el momento de elaborar la ley, entre sus objetivos busca: 1) lograr mayor rigor técnico jurídico; 2) incorporar criterios de la realidad que favorezcan su aplicación; 3) codificar esos criterios y reunirlos en catálogos que los contengan, sea como directrices o normas que, aun cuando en determinados casos no se le quiere dar el carácter jurídico, son prácticamente esenciales para una adecuada preparación de la ley; 4) facilitar su correcta comprensión, interpretación y aplicación; 5) dar mayores garantías de seguridad jurídica, con leyes claras, precisas y adecuadas formalmente y así contribuir con los procesos de gobernabilidad; 6) ayudar a cumplir mejor el principio (relativo) de “nadie puede ignorar el conocimiento de la ley” y 7) en el derecho penal, particularmente, garantizar la correcta elaboración del tipo penal, cuya imprecisión jurídica, es motivo de inconstitucionalidad.³² En general, el legislador debe tener un objetivo; dar una respuesta a una necesidad; reflejar un acto político, jurídico y lingüístico; que refleje unos principios y valores a través de unas disposiciones directivas, definiciones, remisiones, tomando en consideración el impacto económico, el uso y costumbres, el presupuesto, la legislación nacional e internacional, los convenios internacionales, todo con una motivación suficiente y que se brinde una seguridad jurídica.

De lo anterior, se puede observar que el legislador sí reguló de manera suficiente la institución de las capitulaciones matrimoniales para el momento de su elaboración, dejando solamente a elección de los contrayentes si escogían regular el patrimonio de los cónyuges mediante las capitulaciones o por el sistema de comunidad de gananciales parcial

supletorio; b) *sistema convencional pleno*, que concede apertura total a la autonomía de la voluntad, ya que permite diseñar en toda su extensión el sistema que los futuros cónyuges quieren que rija en sus relaciones económicas desde el momento de contraer matrimonio, hasta su terminación o inclusive después de tal disolución; y c) *sistema legal imperativo*, en el que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no puede alterar, modificar o suplir el régimen que la ley ha establecido. Jinyola Blanco Rodríguez, Op. cit. p. 247.

³² Tomado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de la técnica legislativa en Costa Rica*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13037.pdf>, consultado el 20 de abril de 2022.

establecido en el Código Civil, por lo que, decir que como el legislador no reguló a detalle todo y cada uno de los supuestos que se podían dar y prever posibles situaciones del futuro, eso justificara que la Sala Constitucional se sustituyera en el cuerpo legislativo para modificar dicho código de la manera en que lo hizo. Otra cosa es observar la existencia de una necesidad de cambiar y actualizar la manera en que estaba regulada la institución de las capitulaciones o convenciones patrimoniales conyugales y de parejas, para lo cual se debió instar al legislador a que cumpliera con tal función.

En lo que respecta a la autonomía de la voluntad para establecer el régimen patrimonial matrimonial,³³ se debe tener en consideración que la autonomía de la voluntad, es la libertad de toda persona de obligarse por su libre albedrío, por otra parte se cristaliza en la libertad contractual, entendida como una manifestación del poder que, en el orden jurídico, corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta, en su relación con los demás, de allí que el contrato es concebido como el paradigma de este poder inherente a la persona y que en Venezuela tiene su respaldo en lo establecido en los artículos 1.133, 1.140 y 1.159 del Código Civil, siendo que como límites tiene los derivados de la intrínseca significación de los actos que de ella emanan y, los provenientes de circunstancias externas de carácter político, económico o social, así como de la ley, las buenas costumbre y el orden público (ej. artículos 1.164, 1.573 y 1.759 *eiusdem*, entre otros). En este sentido, en lo que respecta a las partes contratantes de las capitulaciones patrimoniales, ya tenía plena aplicabilidad este principio antes de su reconocimiento por la sentencia objeto de estudio, ya que, con la reforma del Código Civil de 1982, este principio junto con el de igualdad entre los cónyuges fue plenamente reconocido, y siendo que se trata de un asunto contractual, en principio, se ha de dar la mayor libertad a las partes de regular su vínculos y negocios jurídicos.³⁴

³³ En este sentido se pueden ver la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias N.º RC.00447 del 21 de junio de 2007, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC-00447-210607-061066.HTM> y la N.º RNYC.00246 del 23 de marzo de 2004, Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RNYC-00246-230304-02879.HTM>, consultadas el 12 de febrero de 2022.

³⁴ Para profundizar más en lo relativo a la autonomía de la voluntad, se sugiere ver a Edilia De Freitas De Gouveia, *La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural*.

De lo anterior, se puede observar que en nada se ve afectado el derecho de igualdad³⁵ de los cónyuges en lo relativo al régimen patri-

Revista de Legislación y Jurisprudencia N.º 1. Caracas, Venezuela, 2013, pp. 37-181. Acá se menciona que si bien actúa la manifestación de la voluntad en el ámbito matrimonial, es el ordenamiento jurídico el que establece cuáles son las consecuencias o efectos de estos actos jurídicos y no los particulares, por lo que las capitulaciones matrimoniales, representan la máxima manifestación de la autonomía de la voluntad, en la determinación del régimen patrimonial de los cónyuges, dentro de los límites exigidos por la ley, tratándose de uno de los supuestos de manifestaciones de voluntad derivadas del *status familiae*, donde obviamente no puede contrariar las normas de orden público, porque aunque la libertad de pacto es amplia no es ilimitada, donde un ejemplo de ello sería el artículo 34 de la Ley de Derecho de Autor, según la cual el derecho de una persona sobre obras de su ingenio o del ingenio de un tercero, de que llegue a ser titular, le pertenece de manera exclusiva, aun cuando tal persona hubiere convenido lo contrario en capitulaciones matrimoniales que hubiere celebrado, pp. 124-126. También se puede consultar a María Candelaria Domínguez Guillén, *Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad*. Revista de Legislación y Jurisprudencia N.º 5. Caracas, Venezuela, 2015, pp. 335-380.

³⁵ Respecto al derecho a la igualdad 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:

“Dicho valor en consecuencia, se encuentra aparejado e íntimamente vinculado a la dignidad del hombre, a su condición y su interrelación con su semejante en su diálogo social, político, económico y más importante aún en el ámbito natural, ya que no existe una diferenciación existencial salvo las condiciones morfológicas propias de cada ser humano, siendo iguales en su concepción como personas poseedores de deberes, garantías y derechos para el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (Vid. Gregorio Peces Barba y otros; *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons).”

Igualmente, se ha desarrollado lo relativo al derecho de igualdad y la actividad del legislador a través de los cuerpos normativos y el artículo 21 de la CRBV, indicando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N.º 266 del 17 de febrero de 2006. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/266-170206-05-1337.HTM>, consultada el 12 de febrero de 2022, que:

“Ahora bien, el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica 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- (vid. sentencia n.º 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (vid. GUI MORI, Tomás. *JURISPRUDENCIA CONSTITU-*

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 INTEGRA 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 pretender 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.º 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.º 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 notaría 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 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.

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://aciropol.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 considera 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 adquiera 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 propter 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.º 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.