

TEORÍA DE LA INEXISTENCIA Y SUS CRÍTICAS. NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS:

TEORÍA DE LA INEXISTENCIA: En el derecho canónico todos los elementos de fondo del matrimonio se recogieron bajo el nombre de impedimentos matrimoniales, a la falta de estos impedimentos se le atribuyeron distintas consecuencias, siendo que en algunos casos se producía la nulidad y en otros casos no, de allí que algunos impedimentos eran llamados impeditivos y otros dirimentes. La expresión del derecho canónico era *no hay nulidad sin ley que la establezca, porque la nulidad es excepcional*.

En el derecho civil existen las llamadas nulidades virtuales, que son aquellos casos en los que se produce una nulidad sin que la ley lo exprese (lo establezca taxativamente), pero que, sin que la ley lo establezca, sin embargo, queda claramente establecido que esa hubiese sido la intención del legislador **Ej.** En Francia no estaba prohibido el matrimonio entre homosexuales, sin embargo, tampoco se había legalizado, pero se sabía que uno de los requisitos fundamentales del matrimonio era la diversidad de sexo, por ello se llegó a la conclusión de que, aunque la ley nada estableciera al respecto, el matrimonio entre dos hombres era nulo.

Algunas consideraciones:

- No hay nulidad del matrimonio, sin texto que la establezca.
- El capítulo del Código Francés que establece las nulidades, no establece nulidad alguna cuando falta un elemento esencial para la celebración del matrimonio, en esos casos, ellos no hablan de nulidad sino de que no hubo matrimonio.
- Podían declararse las nulidades sin que mediara una declaración judicial **Ej.** Yo digo que nunca me casé, así que el matrimonio es nulo.

Crítica a la teoría: Los argumentos esgrimidos en el párrafo anterior son falsos, además de que esto acarrea consecuencias más graves que las ocasionadas por la nulidad, como que por ejemplo, a la luz de la Teoría de la Inexistencia no podría existir una figura como nuestro Matrimonio putativo Hoy en día la teoría es inaceptable, tanto en el derecho civil, como en el canónico, por lo cual el profesor afirma que, nos quedamos con la Teoría de las Nulidades.

PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LAS NULIDADES DEL MATRIMONIO: Son principios que se aplican en nuestro país en cuanto a las nulidades

- La Nulidad del matrimonio por sus tantos y terribles efectos debe ser declarada por un tribunal, de lo contrario, no hay nulidad.
- Siempre que haya apariencia de matrimonio, dicha apariencia deberá ser destruida por un tribunal, no se puede hacer de otra forma **Ej.** La pareja pasa 10 años viviendo como matrimonio pero resulta que el acta tiene errores que hacen que pierda su validez.

Una vez declarada la nulidad absoluta (proviene de violaciones al orden público) o la relativa (sólo atiene a las partes), ambas producen los mismos efectos. La convalidación de la nulidad relativa sólo puede hacerse antes de la declaración judicial de nulidad, por razones obvias, y es que si se pretendiera hacer después no tendría ningún sentido, puesto que la nulidad tiene validez desde que la declara el juez.

La acción por nulidad absoluta no es prescriptible, precisamente porque no es convalidable, además si fuera prescriptible yo pudiera convalidar el matrimonio indirectamente, no ejerciendo la acción en el lapso correspondiente, esta situación hace que el Art. 1977 de nuestro código no sea totalmente cierto **Art. 1977 CC:** *Todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la Ley.*

La acción que nace de una ejecutoria se prescribe a los veinte años, y el derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por diez años.

La nulidad relativa es convalidable, porque ésta se dicta para proteger a un sujeto determinado y, si dicho sujeto no ejerce su acción de nulidad el acto queda convalidado.

NULIDADES DEL MATRIMONIO:

NOTA: El profesor sólo nombró los casos, no habló de lapsos de prescripción o de caducidad, ni de a quién corresponde el ejercicio de la acción en cada caso, sin embargo, yo se los estoy colocando primero porque no está demás y, segundo porque uno nunca sabe.

- **Nulidad Absoluta:** No es convalidable, ni tácita ni expresamente, no prescribe ni caduca, puede ser ejercida por ambos cónyuges. Los ascendientes siempre pueden ejercerla, el cura que celebró la boda (si se casaron por la iglesia), quien tenga interés actual en que se declare la nulidad de dicho matrimonio y el Síndico Procurador Municipal, salvo que uno de los cónyuges haya fallecido.

Excepción: En la bigamia el bigamo no puede pedir la nulidad absoluta **Art. 122 CC:** *La nulidad del matrimonio celebrado en contravención al primer caso del artículo 50, puede declararse a solicitud de los cónyuges inocentes de ambos matrimonios, de los ascendientes de éstos, como de los del cónyuge culpable, de los que tengan interés actual en ella y del Síndico Procurador Municipal. Si los nuevos cónyuges o cualquiera de los interesados, sostuvieron la invalidez del matrimonio anterior, deberá decidirse sobre la validez o invalidez de ambos matrimonios en un mismo expediente.*

En el caso de este artículo, el matrimonio contraído por el cónyuge de un presunto o declarado ausente, no puede atacarse mientras dure la ausencia.

Si la nulidad fuere por contravención al segundo caso del artículo 50, podrá declararse a solicitud de la esposa, de los ascendientes de ambos cónyuges, de los que tengan interés legítimo y actual en ella, del Síndico Procurador Municipal y del correspondiente Prelado, en este caso el profesor hizo mención a que la bigamia no siempre ocurre de mala fe por parte del bigamo, y eso es algo que debemos tener en cuenta Ej. Que la persona tenga un accidente y sufra de amnesia, por lo cual no recuerda que ya estaba casada.

Cuando se haya violado el impedimento de orden (caso de que se case un cura), la acción corresponde al cónyuge del ministro (cura).

Casos de Nulidad Absoluta:

- Ausencia del funcionario público, salvo que el matrimonio se realizara en artículo de muerte (Art. 98 CC),
- Cuando falte alguno de los elementos esenciales del matrimonio (Ej. que no haya diversidad de sexos),
- Cuando el matrimonio se celebre en ausencia de consentimiento matrimonial (cuando no hubo consentimiento, o no se expresó o se le sometió a un término o a una condición, o no fue dado seriamente)*,
- Cuando se contrae matrimonio violando uno de los impedimentos dirimentes.
- Finalmente será nulo absolutamente el matrimonio contraído con transgresión de algunas formalidades (sólo en el caso del Art. 98 CC Matrimonio en artículo de muerte).

*Recuerden que el consentimiento ha de ser puro, serio, expreso y simple

- **Nulidad Relativa:** Es la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una norma que, si bien es de orden público, como todas las que regulan los requisitos de fondo y de forma para contraer matrimonio, ha sido establecida por el

legislador con el objeto de proteger especialmente los intereses de un contrayente o de ambos. El matrimonio afectado de nulidad relativa se puede convalidar, es posible incluso la convalidación expresa **Ej.** Cuando el matrimonio se obtiene gracias a un rapto, se presume que el consentimiento de quien ha sido raptado se obtuvo mediante violencia, razón por la cual queda afectado de nulidad relativa; pero si después de haber recuperado su libertad el cónyuge que fue raptado, confirma o ratifica su deseo de casarse, entonces el matrimonio será válido.

Sin embargo lo normal es que la convalidación del matrimonio se de en forma tácita, cuando a quien le corresponda la acción omita ejercerla, en cuyo caso se entiende que se está convalidando el matrimonio.

En este punto Grisanti afirma que el matrimonio en el cual una de las personas sea incapaz sexualmente, dicho matrimonio queda afectado de nulidad relativa y sin posibilidad de ser convalidado, aún expresamente, porque según ella nuestra legislación no prevé un mecanismo de convalidación del mismo. El profesor no está de acuerdo con esto último, puesto que él considera que no siempre el matrimonio busca fines sexuales, tal es el caso del matrimonio *mortis causa*, que normalmente es celebrado para reconocer herencias, pero en el cual además, lo lógico es que el cónyuge que está en grave peligro de muerte carezca de potencia sexual, la cual incluso es conocida por su pareja pero aún así contraen matrimonio, este sería para él un ejemplo de convalidación. El profesor acotó además, que en el derecho francés, el matrimonio celebrado cuando el otro cónyuge conocía el vicio es válido **Ej.** Si Vane se casa con Juancho, sabiendo que él es impotente, el matrimonio es válido, porque se entiende que ella acepta el vicio (me debe estar odiando en este momento jajaja).

Otro caso en el cual el matrimonio carece de fines sexuales, es el del Matrimonio Blanco, al cual se hizo referencia anteriormente (si no se acuerdan, es cuando la pareja decide de mutuo acuerdo no tener relaciones sexuales).

Casos de Nulidad Relativa: Siempre son convalidables tácitamente, cuando no se ejerce la acción en el lapso correspondiente.

- Matrimonio realizado entre quienes son incapaces por razón de su edad (**Art. 46 CC:** *No pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años*), salvo cuando la mujer haya quedado embarazada. Entonces, si la mujer era incapaz (menor de 14 años) pero está embarazada el matrimonio es válido, lo mismo ocurre cuando el varón es incapaz (menor de 16 años), pero su esposa haya quedado embarazada y él reconociere que el hijo es suyo, o cuando en el mismo caso, la paternidad haya sido declarada judicialmente **Art. 62 CC:** *No se requerirá la edad prescrita en el artículo 46: 1. – A la mujer menor que haya dado a luz un hijo o que se encuentre en estado de gravidez; 2. – Al varón menor cuando la mujer con la que quiere contraer matrimonio ha concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal.* **Acción:** Caduca cuando los contrayentes alcanzan la edad requerida para contraer matrimonio, sin que se haya iniciado el juicio y, cuando la mujer que no tenga la edad requerida haya concebido. Titularidad de la acción: Los cónyuges, los ascendientes salvo que hayan prestado su consentimiento (**Art. 120 CC:** *Este matrimonio no puede impugnarse por los ascendientes ni por el tutor que hayan prestado su consentimiento*), el Síndico Procurador Municipal y toda persona que tenga interés actual en la declaración de nulidad.
- El matrimonio celebrado por un funcionario incompetente en razón del territorio. En este caso la acción compete a todo aquel que tenga interés actual y tiene un lapso de caducidad de un año (a partir de la celebración del matrimonio) **Art. 117 CC:** *La nulidad del matrimonio celebrado en contravención a los artículos 46, 51, 52, 55 y 56, puede demandarse por los mismos cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por todos los que tengan interés actual. Las mismas personas pueden impugnar el matrimonio autorizado por un funcionario incompetente o sin asistencia de los testigos requeridos. Transcurrido un año de la celebración del matrimonio, no se admitirá la demanda de nulidad por la incompetencia del funcionario que lo presenció o por inasistencia de los testigos requeridos.*

- Matrimonio celebrado sin la presencia de los testigos, en cualquier caso, cuando falten los testigos o cuándo alguno o todos ellos no cumplan con los requisitos, el matrimonio quedará afectado de nulidad relativa **Art. 117 CC:** *La nulidad del matrimonio celebrado en contravención a los artículos 46, 51, 52, 55 y 56, puede demandarse por los mismos cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por todos los que tengan interés actual. Las mismas personas pueden impugnar el matrimonio autorizado por un funcionario incompetente o sin asistencia de los testigos requeridos. Transcurrido un año de la celebración del matrimonio, no se admitirá la demanda de nulidad por la incompetencia del funcionario que lo presenció o por inasistencia de los testigos requeridos. Acción:* Prescribe al año contado a partir de la celebración del matrimonio y pueden realizarla todos aquellos que estén autorizados por el Art. 117 CC. **Ojo:** Según el tipo de matrimonio será el número de testigos que se requiera: **1.-** Si el matrimonio es ordinario y se celebra en el despacho del funcionario, se requerirán dos (2) testigos, **2.-** Si el matrimonio es ordinario, pero se celebra fuera del despacho del funcionario se requerirán cuatro (4) testigos, de los cuales dos no pueden ser parientes en 4º de consanguinidad (o menor obviamente) con los contrayentes, **3.-** Si el matrimonio es *mortis causa*, se requieren dos (2) testigos y no importa el vínculo que tengan con los contrayentes.
- Matrimonio celebrado por el incapaz en razón de su cordura: **Art. 121 CC:** *El matrimonio celebrado por un entredicho, o cuando ya sufría la enfermedad por la cual se pronunció la interdicción, puede ser impugnado por su tutor, por el mismo entredicho ya rehabilitado, por el otro cónyuge y por el Síndico Procurador Municipal. La anulación no podrá pronunciarse si la cohabitación continuó por un mes después de revocada la interdicción* La acción corresponde al incapaz después de su rehabilitación, al tutor, al cónyuge sano y al Síndico Procurador Municipal. Si los cónyuges continuaron cohabitando durante un mes o más tiempo después de que se hubiere revocado la interdicción, no podrá ejercerse la acción.
- Matrimonio celebrado por incapaz en razón de la potencia sexual: Es el caso del que sufre de impotencia manifiesta, permanente y anterior a la celebración del matrimonio. La acción sólo podrá ser ejercida por el otro cónyuge y no tiene lapso de caducidad, aún cuando hayan pasado muchos años de vida en común (no importa si después de 30 años de casada yo ejerzo la acción), aunque Grisanti dice que este es un caso difícil de imaginar **Art. 119 CC:** *La nulidad por impotencia manifiesta y permanente anterior al matrimonio sólo puede demandarse por el otro cónyuge.* **OJO:** Muchachos recuerden aquí lo que les coloqué en la introducción a la Nulidad Relativa, acerca de la opinión del profesor en este punto (léanlo de nuevo es donde puse el ejemplo de Vane y Juancho), pero además de eso el profesor dijo que para él esto no debería ser un caso de nulidad, sino un caso de vicio en el consentimiento.
- Matrimonio con vicios del consentimiento: Cuando hubo error en la identidad del contrayente, o se arrancó el consentimiento por violencia. El matrimonio no podría impugnarse si después de cesar la violencia o después de haberse descubierto el error, los cónyuges cohabitan durante un mes o más tiempo. La acción sólo puede ser ejercida por el cónyuge que incurrió en el error o al que se le arrancó el consentimiento con violencia, según sea el caso **Art. 118 CC:** *La nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento libre, sólo puede demandarse por aquél de los cónyuges cuyo consentimiento no fue libre. Cuando hubiere error en la persona, la acción de nulidad sólo puede intentarse por el cónyuge que fue inducido a error. No es admisible la demanda de nulidad por las razones expresadas, si hubo cohabitación por un mes después que el cónyuge recobró su plena libertad o reconoció el error.* La convalidación puede hacerse en forma tácita (no ejerciendo la acción) o en forma expresa, cuando después de cesar la causa de la anulabilidad, el cónyuge ratifica su consentimiento (recuerden el ejemplo del rapto).

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LA LOPNA Y EL CC: Está en cuadro anexo.

MANIFESTACIÓN ESPONSALICIA. QUIÉNES LO HACEN, CONTENIDO Y RECAUDOS PARA LA MISMA:

Los carteles deben estar fijados por 8 días continuos, el noveno día se puede efectuar el matrimonio.

Expediente sponsalicio: Es el conjunto de recaudos que deben reunirse con anterioridad a la celebración del matrimonio, mediante los cuales se comprueba el cumplimiento de los requisitos de fondo exigidos por la ley.

El expediente esponsalicio debe contener Art. 69 CC: *El funcionario ante quien se haga manifestación de la voluntad de contraer matrimonio, formará un expediente, que deberá contener:*

1 ° El acta de esponsales.

2° Todo lo relativo a la fijación de los carteles.

3° Copia de las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes, las cuales no deberán datar de más de seis meses antes de la celebración del matrimonio.

4° Los documentos que acreditan la dispensa de los impedimentos que pudieren existir para la celebración del matrimonio.

5° En el caso de segundo o ulterior matrimonio, copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido, o copia certificada de la sentencia firme que declare nulo o disuelto el matrimonio anterior, con la constancia de estar ejecutoriada.

6° Las pruebas que exige el artículo 111 de este Código.

7° En los casos de oposición al matrimonio, copia certificada de la decisión firme que la haya declarado sin lugar.

8° Los documentos que exige el artículo 108 de este Código, si se trata de extranjeros.

Las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes y la copia certificada de las actas de defunción de los cónyuges fallecidos podrán suplirse con una justificación evacuada ante un Juez. Los testigos deberán ser de notoria honorabilidad y darán razón circunstanciada de su dicho.

El mismo funcionario ante quien se haga la manifestación a que se contrae el presente artículo, advertirá a los contrayentes la conveniencia a de comprobar su estado de salud previamente a la consumación del matrimonio, a los fines de asegurar en la mejor manera posible una buena procreación. De todo lo cual dejará constancia en el expediente.

En el caso de que el funcionario ante quien se haya hecho la manifestación no sea el escogido para celebrar el matrimonio, el expediente expresado deberá ser remitido a este último, una vez vencido el lapso señalado en el artículo anterior.

Según el profesor:

- Identificación de los contrayentes.
- Identificación de los padres de la pareja.
- Partida de nacimiento con seis meses de vigencia, caso de faltar ésta, se admiten los justificativos de testigos.
- Si alguno de los contrayentes es viudo, se requerirá entonces la partida de defunción.
- En caso de que alguno de los contrayentes sea divorciado, se requerirá la Sentencia de Divorcio.
- En caso de que hayan menores de por medio, se requerirá además el inventario de los bienes del menor, del cual se hablaba en clases anteriores.
- Si hubiesen existido impedimentos impedientes al matrimonio, la pareja deberá consignar la respectiva dispensa.
- En caso de que uno de los contrayentes, o los dos, sean extranjeros, el extranjero deberá comprobar su estado civil y deberá demostrar además, que conforme a la legislación de su país es capaz de contraer matrimonio. Para ello se puede utilizar la figura del justificativo de testigos otorgado por un Juez o por un Notario, para dicho justificativo se requiere un mínimo de tres testigos.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES:

Capitulaciones Matrimoniales: Son unas convenciones existentes entre los futuros cónyuges con el fin de reglar el régimen patrimonial que va a regir su matrimonio. Las capitulaciones, dicho de otra forma son pactos o convenios perfeccionados por los futuros contrayentes con el objeto de determinar el régimen económico o patrimonial del matrimonio:

1.- Constituyen un contrato previo al matrimonio, que sólo puede ser modificado antes de que se efectúe el mismo, puesto que después del matrimonio dicho contrato es inmutable, es decir que no podrá ser modificado durante el matrimonio. De las modificaciones hechas a las capitulaciones antes del matrimonio, deberá dejarse constancia en el Registro, porque de lo contrario, dichas modificaciones carecerán de valor. Ningún valor tienen las modificaciones hechas a las capitulaciones después del matrimonio, porque como ya se dijo, una vez que se ha celebrado el matrimonio, las capitulaciones son inmutables. **Art. 143 CC:** *Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad.*

Art. 144 CC: *Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones presten su consentimiento a la modificación.*

Art. 145 CC: *Toda modificación en las capitulaciones matrimoniales, aunque revestida de las formalidades preceptuadas en el artículo anterior, queda sin efecto respecto a terceros, si al margen de los protocolos del instrumento respectivo no se ha anotado la existencia de la escritura que contenga la modificación.*

No se dará copia del instrumento de capitulaciones matrimoniales sin la inserción de la predicha nota, so pena para quien lo hiciere de pagar una multa, que le será impuesta por su superior, de cien a mil bolívares, quedando a salvo las acciones civiles o penales a que dicha omisión diere lugar.

2.- Tienen pocas limitaciones **Art. 142 CC:** *Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes*

o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria.

3.- El pacto sobre sucesión futura está prohibido y, por tanto, será nula la cláusula de las capitulaciones que establezca algo sobre sucesiones futuras, sin embargo, el resto de las capitulaciones mantienen su validez. Dicho de otra forma, la nulidad sólo alcanza a la cláusula que contenga alguna disposición sobre sucesiones futuras.

Sentencia: 13/X/1994 Sala de Casación Civil En esta ocasión la sala contó con los refuerzos de personalidades del Derecho Civil, como lo son Parra Aranguren y Francisco López Herrera, y el resultado fue una sentencia que resuelve el problema acerca del carácter de las capitulaciones matrimoniales, la mayoría de los magistrados fueron de la opinión de que las capitulaciones sí son contratos, puesto que el objeto de las mismas en nuestro país es netamente patrimonial, además hay una gran libertad para escoger el régimen económico, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en este caso, están referidas a la prohibición de pactos sobre sucesiones futuras, y a la conocida limitación en respeto del orden público y las buenas costumbres.

¿Qué estableció? Si sólo se dice que el régimen es Capitulaciones Matrimoniales, sin hacer especificación distinta y específica, se considera que el objeto del contrato no está determinado, ni tampoco es determinado como lo exige el código civil (**Art. 1155 CC:** *El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable*), al no cumplir el objeto con lo establecido en el Art. 1155 CC el contrato carece de validez. En este caso se considera además, que el contrato carece de manifestación de voluntad **Jurisprudencia de Pierre Tapia**, Tomo 10, Página 101, año 1994 (Si alguien la tiene por favor que me la facilite).

Pacto sobre sucesión futura: Es lógico que a la muerte de uno de los cónyuges el otro herede una cantidad de bienes que pertenecieron al finado, pero la facultad de testar es personalísima y no puede estar sometida a limitación alguna, así como yo no puedo someter mi consentimiento matrimonial a ciertas condiciones, tampoco puede hacerse en caso de sucesiones.

Las capitulaciones entonces son:

- Un contrato sinalagmático perfecto (bilateral): Porque su finalidad es determinar el régimen conyugal de bienes, régimen del cual derivan obligaciones para ambos cónyuges.
- Accesorias al matrimonio: porque están subordinadas al matrimonio que es el contrato principal, tanto así que de no realizarse éste ellas carecen de validez.
- Solemnes: porque para su perfeccionamiento deben cumplirse todas las formalidades previstas en la ley.

En cuanto a la solemnidad se ha discutido acerca de cuál es el funcionario competente para darle validez y fe pública a las capitulaciones, puesto que el Código establece que es el Registrador (Art. 143 CC) y La Ley del Registro Público y Notariado, establece que el notario también será competente (Art. 74 Ley de Registro y Notariado). Como el profesor no quiso entrar en polémicas, dijo que su mejor consejo es no fiarse y darle fe pública a las capitulaciones por ambas vías, notariándolas primero y luego registrándolas. **Art. 143 CC:** *Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad y* **Art. 74 N° 8 Ley de Registro:** *Los Notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 8º. – Capitulaciones matrimoniales.*

Una vez que las capitulaciones son aprobadas en el registro o en la notaría, pueden ser modificadas, pero dicha modificación sólo tendrá efecto cuando se haya dejado la correspondiente nota marginal en el

documento inicial y se haga referencia a dicho documento, en las nuevas capitulaciones, es decir, en el documento de modificación. Es importante resaltar que si no se cumple con este procedimiento las nuevas capitulaciones carecerán de oponibilidad frente a terceros **Art. 144 CC:** *Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones presten su consentimiento a la modificación.*

Art. 145 CC: *Toda modificación en las capitulaciones matrimoniales, aunque revestida de las formalidades preceptuadas en el artículo anterior, queda sin efecto respecto a terceros, si al margen de los protocolos del instrumento respectivo no se ha anotado la existencia de la escritura que contenga la modificación.*

No se dará copia del instrumento de capitulaciones matrimoniales sin la inserción de la predicha nota, so pena para quien lo hiciere de pagar una multa, que le será impuesta por su superior, de cien a mil bolívares, quedando a salvo las acciones civiles o penales a que dicha omisión diere lugar.

Como ya se dijo, las capitulaciones no pueden ser modificadas una vez que se ha realizado el matrimonio y, según la doctrina dominante, esto responde a que el legislador busca proteger a los terceros que contraten con la pareja. El profesor no está de acuerdo con esto por considerar que si el argumento es ese, debería existir la misma limitación en cuanto a la modificación de estatutos de las compañías mercantiles.

Finalmente, en caso de incumplimiento por parte de uno de los cónyuges, el otro cónyuge puede demandar la nulidad del contrato contenido de las capitulaciones, como sucedería en caso de incumplimiento de cualquier otro contrato **Art. 1167 CC:** *En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello.*

Es importante entender que:

- Que es un régimen que se aplica si NO se hacen capitulaciones matrimoniales.
- Este Régimen empieza a entrar en vigencia a partir del momento del matrimonio. De hecho el propio Código reza lo siguiente: *desde el mismo día del matrimonio.* (149 del CC).
- No se extingue sino por las causales taxativamente señaladas en el Código Civil que ya se verán y por lo tanto cualquier pacto que se haga al respecto será nulo; la regla general es que se extingue cuando el matrimonio se disuelve, bien por muerte o divorcio o cuando se anula, pero también hay casos, además de estos en que también se extingue el régimen de comunidad e gananciales.

Caducidad: Las capitulaciones otorgadas válidamente caducarán en caso de que la pareja nunca llegue a casarse, la misma consecuencia acarrea la declaratoria de nulidad del matrimonio válidamente celebrado.

EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES (CAUSALES) Y PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD (EFECTOS Y LIQUIDACIÓN):

Al extinguirse la comunidad el régimen deja de producir sus efectos patrimoniales, en principio la Comunidad de Gananciales sólo se extingue con la extinción del matrimonio, pero en casos excepcionales puede ocurrir que se disuelva ésta sin disolverse el matrimonio. Es importante resaltar que la Comunidad de Gananciales sólo se disolverá por las causas establecidas taxativamente en la ley, causas que además, son de interpretación restrictiva. También se extingue la comunidad por la declaración de nulidad del matrimonio; cuando hay matrimonio putativo la comunidad produce plenos efectos hasta la declaración de nulidad, si uno de los cónyuges es de buena fe los gananciales corresponden a éste, si ambos son de mala fe corresponden a los hijos y de no haber hijos, corresponderán a ambos de por mitad **Art. 173 CC:** *La comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse éste o cuando se le declare nulo. En este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fe no tendrá parte en los gananciales.*

Si hubiere mala fe de parte de ambos cónyuges, los gananciales corresponderán a los hijos, y sólo en defecto de éstos, a los contrayentes.

También se disuelve la comunidad por la ausencia declarada y por la quiebra de uno de los cónyuges, y por la separación judicial de bienes, en los casos autorizados por este Código.

Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190.

CASOS DE EXTINCIÓN:

- **Disolución del matrimonio:** El matrimonio se extingue al disolverse el matrimonio, ya sea por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio, pero en éste caso es necesario que la sentencia declare expresamente la extinción de la comunidad.
- **Nulidad del matrimonio:** Será causal de extinción de la comunidad cuando la nulidad sea declarada por una sentencia definitivamente firme, aún cuando la sentencia no lo declare en forma expresa.
- **Ausencia declarada de uno de los cónyuges:** Este es un punto que será explicado con calma porque debemos ser cuidadosos con él. En principio diremos que para que la comunidad se extinga por esta vía debe ser declarada la ausencia (cuando existen dudas razonables acerca de la vida o muerte de la persona) por sentencia definitivamente firme, no bastará con la presunción de ausencia.
Refresquemos conceptos: Este es un recordatorio a grandes rasgos, en todo caso la institución se encuentra en los Arts. 421 y siguientes del Código Civil.

La no presencia existe cuando la persona tiene menos de dos o tres años desaparecido, si la persona dejó algún mandatario éste lo representará, puesto que se presume que esa es la persona de su confianza y que si dejó mandatario es porque planeaba ausentarse por un cierto tiempo. Pasados dos o tres años de la No presencia los herederos podrán solicitar que se haga la declaración de ausencia, si la persona dejó mandatario se deben esperar tres años y si no lo ha hecho con esperar dos años bastará **Art. 421 CC:** *Después de dos años de ausencia presunta o de tres, si el ausente ha dejado mandatario para la administración de sus bienes, los presuntos herederos ab-intestato y contradictoriamente con ellos los herederos testamentarios, y quien tenga sobre los bienes del ausente derechos que dependan de su muerte, pueden pedir al Tribunal que declare la ausencia.*

La declaración de ausencia produce efectos importantes en cuanto a la administración de los bienes, entre ellos, que se le entrega la provisional posesión de los bienes a los presuntos herederos **Art. 426 CC:** *Ejecutoriada la sentencia que declare la ausencia, el Tribunal, a solicitud de cualquier interesado ordenará la apertura de los actos de última voluntad del ausente.*

Los herederos del ausente, si éste hubiese muerto el día de las últimas noticias de su existencia, o los herederos de aquéllos, pueden pedir al Juez la posesión provisional de los bienes.

También todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la condición de su muerte, pueden pedir, contradictoriamente con los herederos, que se les acuerde el ejercicio provisional de esos derechos.

Ni a los herederos ni a las demás personas precedentemente indicadas, se les pondrá en posesión de los bienes ni en ejercicio de sus derechos eventuales, sino dando caución hipotecaria, prendaria o fideyusoria, por una cantidad que fijará el Juez, o mediante cualesquiera otras precauciones que estime convenientes en interés del ausente, si no se pudiere prestar la caución.

La presunción de muerte ocurre después de los 10 años de ausencia de la persona, en cuyo caso: Si el cónyuge del ausente se casa el matrimonio no es nulo, salvo que se compruebe la existencia de la bigamia o que aparezca el ausente, esto sucede porque la presunción de muerte NO extingue el matrimonio **Art. 434 CC:** Si

la ausencia ha continuado por espacio de diez años desde que fue declarada, o si han transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a petición de cualquier interesado, declarará la presunción de muerte del ausente, acordará la posesión definitiva de los bienes y la cesación de las garantías que se hayan impuesto. Esta determinación se publicará por la imprenta. Nuestro Código establece además la llamada Presunción de muerte por accidente, que tiene lugar cuando la persona ha desaparecido luego de que ha ocurrido una catástrofe (Ej. Deslave de Vargas), razón por la cual, el tiempo exigido para la declaración de la misma es más corto y su declaración produce los mismos efectos que la declaración de ausencia **Art. 438 CC:** *Si una persona se ha encontrado en un naufragio, incendio, terremoto, guerra u otro siniestro semejante, y a raíz de éste no se ha tenido noticia de su existencia, se presume que ha muerto. Esta presunción será declarada por el Juez de Primera Instancia del domicilio, a petición de cualquier presunto heredero ab-intestato o testamentario, o de quienquiera que tenga acciones eventuales que dependan de la muerte de aquella persona, previa la comprobación de los hechos.*

La solicitud se publicará por la prensa durante tres meses, con intervalos de quince días por lo menos. Pasado dicho período se procederá a la evacuación de las pruebas y a la declaración consiguiente.

- Quiebra de uno de los cónyuges: En caso de quiebra la administración de los bienes del fallido la tienen los acreedores y como es lógico no tiene ningún sentido que subsista la comunidad, razón por la cual, una vez que uno de los cónyuges es declarado en quiebra por sentencia definitivamente firme, se extingue la comunidad.
- Separación Judicial de Bienes: Según el profesor esta separación judicial se produce en tres casos: Separación de mutuo acuerdo, separación por acción judicial y por mala administración de los bienes por parte de uno de los cónyuges.
- Administración irregular de los bienes comunes: Cuando uno de los cónyuges administre en forma irregular los bienes comunes, el otro puede acudir ante el juez para ponerlo en conocimiento de la situación y que éste tome las medidas que considere pertinentes. Si las medidas acordadas por el juez no fueren suficientes, el otro cónyuge puede pedir la separación de bienes, la cual será tramitada por el Procedimiento Ordinario (se debe registrar el libelo de la demanda, porque si la sentencia declara con lugar la acción, los efectos se cuentan a partir del registro del libelo) **Art. 171 CC:** *En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oírán apelación en un solo efecto, si se acordaren las medidas y libremente, en caso contrario. Si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir separación de bienes.*

EFFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD: El efecto principal es que se sustituye la comunidad de gananciales por una comunidad ordinaria, entre los cónyuges o ex-cónyuges (recuerden que se puede disolver subsistiendo el matrimonio) o sus herederos. Esa comunidad ordinaria se rige por las disposiciones relativas a la comunidad ordinaria y sólo termina con la liquidación de la misma, es posible que se nos remita a las normas de partición de herencias, esto es así, porque la comunidad de gananciales es un régimen supletorio.

- Desaparece la comunidad de los frutos de los bienes propios.
- Todo lo adquirido por los cónyuges con su trabajo es propio.
- La comunidad se sustituye por una comunidad ordinaria.
- Cesan las limitaciones en cuanto a disposición de bienes, herencias y legados.
- En principio, se mantiene la situación frente a terceros, porque las deudas no se dividen.
- Subsisten los deberes frente a la familia y el derecho a alimentos entre esposo.

LIQUIDACIÓN DE BIENES COMUNES: Debemos recordar que el concepto de comunidad, implica que

dos o más personas tienen derechos sobre un mismo bien. Al liquidarse la comunidad conyugal los derechos sobre los bienes comunes dejan de ser de por mitad y lo que se persigue es que cada cónyuge se quede con la totalidad de cierto grupo de bienes, sacrificando otros **Ej.** El matrimonio tenía los apartamentos 1 y 2, sobre los cuales cada cónyuge era propietario del 50%, al liquidarse la comunidad, se le entregaría un apartamento a cada cónyuge, con lo cual cada uno sería propietario del 100% sobre uno de los apartamentos, sacrificando el otro. Aclara el profesor que no se trata de una operación tan sencilla como se ve en el ejemplo anterior, puesto que los patrimonios de los cónyuges suelen ser heterogéneos (conformados por distintos tipos de bienes). Recuerda además que al legislador no le gustan las comunidades, por razones económicas y de paz social, es por ello que la Comunidad de Gananciales es el régimen supletorio, que además el profesor recomienda liquidar lo antes posible.

Art. 768 CC: *A nadie puede obligarse a permanecer en comunidad y siempre puede cualquiera de los partícipes demandar la partición.*

Sin embargo, es válido el pacto de que se deba permanecer en comunidad por un tiempo determinado, no mayor de cinco años.

La autoridad judicial, sin embargo, cuando lo exijan graves y urgentes circunstancias, puede ordenar la división de la cosa común, aun antes del tiempo convenido. Quien pretenda formar parte en un juicio de partición requerirá de plena capacidad, ya que éste supone actos de disposición.

Caracteres de la liquidación:

- Cualquiera de los cónyuges tiene derecho a exigir la partición de los bienes comunes, ya que a nadie puede obligarse a permanecer en comunidad y sabemos que, cuando se disuelve la comunidad de gananciales, es sustituida por una comunidad ordinaria.
- La liquidación y partición de la disuelta comunidad de gananciales es un acto de disposición por lo que se requiere plena capacidad de las partes, si alguna de ellas fuere incapaz, debe ser representada, asistida o autorizada según el régimen de protección que le corresponda.
- La liquidación de la extinguida comunidad de gananciales puede hacerse judicial o extrajudicialmente.

Etapas de la liquidación:

- Levantamiento del inventario: En primer lugar se determina y avalúa el *activo en común* (muebles, inmuebles y créditos contra terceros), incluyendo por ejemplo los frutos producidos por los bienes propios de cada cónyuge que contribuyen a formar los bienes comunes. Luego se determina el *pasivo en común*, es decir las deudas comunes que no hubieren sido satisfechas para el momento de la liquidación, en la determinación del pasivo hay que tomar en cuenta las cargas comunes no compensadas **Ej.** El caso de la operación de uno de los hijos pagada completamente por uno de los cónyuges. Finalmente se determinan los *activos líquidos*, es decir la diferencia entre los activos y los pasivos.
- Formación de Lotes: Estos se forman integrando grupos de bienes que han de ser adjudicados en propiedad exclusiva a cada uno de los cónyuges. En principio, los dos lotes deberían ser iguales, para no perjudicar a ninguno de los cónyuges, el problema se encuentra en que no siempre se puede hacer así (porque por ejemplo los cónyuges tenían una sola casa, que vale más que todos los demás bienes), por lo tanto se ha llegado a la conclusión de que los lotes deben ser equivalentes en valor económico y en tipos de bienes. Si a uno de los cónyuges se le debe una compensación por haber satisfecho con bienes propios deudas comunes, debe entregársele; si uno de los esposos ha asumido una carga común frente a un tercero, queda personalmente responsabilizado por su deuda y en su lote deben incluirse bienes suficientes para satisfacerla. Existe la figura conocida como las *vuelatas*, que son empleadas cuando las personas no se ponen de acuerdo **Ej.** Si el lote A, vale 50 millones más que el lote B, yo puedo pagarle a mi ex-cónyuge los 50 millones de mi propio peculio, para yo quedarme con dicho lote. Esto sucede si yo tengo especial interés en

algunos bienes que le adjudicaron al otro.

- **Adjudicación de Lotes:** Es la atribución en propiedad exclusiva a cada uno de los comuneros, de los bienes que integran su lote. La partición puede ser amistosa o judicial. Cuando es amistosa, el traspaso de propiedad de cada lote a su adjudicatario se produce con la aprobación definitiva de la partición. Cuando ésta es judicial, la transmisión de la propiedad ocurre cuando el tribunal declara terminada y sellada la partición.

Efectos de la liquidación:

- ◇ Cesación del estado de indivisión. Cada cónyuge o ex cónyuge se hace propietario exclusivo de los bienes que integran su lote.
- ◇ Efecto declarativo de la partición. Se presume que cada parte se hace propietario exclusivo de los bienes constitutivos de su lote de partición, con efecto desde la fecha de la disolución de la comunidad y que, desde entonces, no tuvo derecho alguno sobre los bienes que componen la porción del otro.
- ◇ Garantía de los lotes. Los cónyuges o ex –cónyuges se deben mutuo saneamiento por las evicciones y perturbaciones procedentes de causa anterior a la partición, a menos que la evicción se verifique por culpa de quien la sufre. Se garantizan además la existencia de los créditos y la solvencia de los deudores de éstos.
- ◇ Si alguna de las partes resulta perjudicada en más de la cuarta parte en la partición, tiene derecho a pedir la Rescisión por Lesiones (institución que tiende a desaparecer, porque causa una gran inseguridad jurídica, ya que en definitiva nadie sabe cuánto vale un bien) **Ej.** Si voy a vender algo en 100Bs me parece que está barato, pero si lo voy a comprar en ese precio me parece que está caro **Art. 1.120 CC:** *Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que dan lugar a la rescisión de los contratos.*

Puede también haber lugar a la rescisión, cuando uno de los coherederos ha padecido lesión que exceda del cuarto de su parte en la partición. La simple omisión de un objeto de la herencia, no da lugar a la acción de rescisión, sino a una partición suplementaria.

- **Art. 179 CC:** *En caso de restablecerse la comunidad, sus efectos son como si la separación no se hubiere efectuado, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros durante la separación. El restablecimiento deberá constar en instrumento registrado* En todo caso siempre queda a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe durante el tiempo intermedio. En cuanto a la posibilidad de reestablecer la comunidad, existe una gran discusión en la doctrina:

Isabel Grisanti, Dominici y Barrios Guzmán: Consideran que la comunidad conyugal puede reestablecerse en todo caso que se haya disuelto por causa diferente a la disolución del matrimonio (por muerte o divorcio), y a la nulidad del mismo. Tal posibilidad se impone en razón de que, desaparecidos los obstáculos que determinaron su disolución, es natural que la comunidad pueda resurgir. En consecuencia, conforme a esta posición siempre que se haya disuelto la comunidad, subsistiendo el matrimonio, aquella puede reestablecerse. Entiéndase que esto es en caso de ausencia, rehabilitación del cónyuge fallido o disolución de la comunidad por sentencia firme y separación de bienes.

López Herrera y el profesor: consideran que no siempre puede reestablecerse la comunidad de gananciales después que ha quedado disuelta y que ello procede sólo cuando la causa de su extinción fue la separación de bienes entre los cónyuges por administración irregular o cuando dicha separación de bienes resulta de la sentencia definitiva y firme que declare la separación de cuerpos y de bienes o del decreto judicial de separación de cuerpos y de bienes, dictado con vista a la solicitud hecha por los cónyuges de mutuo acuerdo. **El profesor respetará la opinión de cada quien en éste aspecto.**

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES EN LA COMUNIDAD DE GANANCIALES:

Una vez más se hace necesario recordar que con la vigencia del Código Civil actual el hombre perdió la administración total de los bienes de la Comunidad y lo común es que los bienes sean administrados por ambos cónyuges (algunos los administra el hombre y algunos los administra la mujer). Esta situación de la doble administración ha generado muchas discusiones en la doctrina puesto que la norma que la establece es muy vaga y prácticamente deja a la interpretación del operador jurídico la decisión de cuáles son los bienes que deberá administrar cada quien **Art. 168 CC:** *Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta.*

El Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente el Juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos.

El principio general es que en la administración de los bienes comunes no se requiere autorización y cada uno de los cónyuges actúa con plenos poderes en representación de la comunidad conyugal, en este punto existe una completa unanimidad doctrinal.

El problema se nos presenta con la administración de aquellos bienes inmuebles o muebles sometidos a publicidad, de los cuales el artículo habla en la siguiente manera: *Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades* ¿por qué se presentan problemas con esto? Porque en un momento dado no se sabe cuáles son los bienes adquiridos por el trabajo o por cualquier otro título legítimo, es decir, a los que se refiere la primera parte del artículo.

Posiciones doctrinales al respecto:

A. – Mélich Orsini: Considera que cada esposo tiene plena facultad para administrar aquellos bienes que no sean inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades, la tesis de este autor nos plantea una gran seguridad jurídica y este es un punto a su favor.

Críticas: A la luz del planteamiento de Mélich la administración de este tipo de bienes SIEMPRE será conjunta, sin que para ello importe cuál de los cónyuges es el propietario del bien, lo cual es contrario a la primera parte del artículo que claramente expresa lo siguiente: *Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo.*

Si se toma esta teoría como cierta, necesariamente debemos creer que cada uno de los cónyuges podría enajenar sin siquiera consultarle al otro alguno de los bienes a los que se refiere el artículo y esto nos plantearía un serio problema en el caso de que ambos cónyuges por separado enajenaran un mismo bien. La

solución que Mélich nos brinda para este caso, sería la de aplicar el **Art. 1162 CC**: *Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha*, con lo cual se aplicaría además necesariamente el **Art. 1924 CC**: *Los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta ya las formalidades del registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros, que por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.*

Cuando la Ley exige un título registrado para hacer valer un derecho, no puede suplirse aquél con otra clase de prueba, salvo disposiciones especiales.

B.– López Herrera (FLH): Se plantea en primer lugar la pregunta de si la administración de los bienes de la comunidad es conjunta o separada y concluye que la administración de los bienes adquiridos por el trabajo personal de un cónyuge le corresponderá a dicho cónyuge, lo cual está muy bien pero nos plantea otro problema: La dificultad que existe para saber cuál de los cónyuges adquirió el bien.

López Herrera frente a esta dificultad de conocer al cónyuge adquirente nos plantea una solución muy práctica:

Si el bien está a nombre de uno de los cónyuges la administración le corresponderá a éste y en caso de que el bien no esté a nombre de ninguno de los dos cónyuges, la administración le corresponderá al cónyuge que lo tenga en su posesión (en el sentido jurídico de poseer, es decir, comportarse como si se fuera el titular de un derecho o de una determinada relación jurídica). Entonces para FLH los bienes que uno de los cónyuges posea o que estén a su nombre, estarán bajo su administración y, en presencia de alguno de estos dos casos, la administración será separada y excluyente (sólo la tendrá ese cónyuge).

Para este autor la enumeración que el artículo hace de bienes inmuebles y otros sometidos a régimen de publicidad es taxativa (*Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades*), según él la Cogestión (gestión conjunta) es excepcional y no se refiere a cualquier acto de disposición.

En doctrina ha habido además grandes discusiones que buscan determinar si los cónyuges pueden otorgarse poderes entre sí. En este tema hay unanimidad en la doctrina en cuanto a que los cónyuges pueden otorgarse poderes especiales, que son aquellos que se refieren a una o varias actividades en específico.

En cuanto a los poderes generales (para todos los actos) gran parte de la doctrina considera que no puede permitirse que se otorguen este tipo de poderes entre los cónyuges, porque esto sería contrario al **Art. 168 CC**: *Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado. Se requerirá del consentimiento de ambos para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta.*

El Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando éste se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente el Juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el Juez decidirá

con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos. ¿POR QUÉ AFIRMA ESTO PARTE DE LA DOCTRINA? Pues porque el Artículo 168 nace como una manera de darle igualdad a la mujer en el matrimonio, barriendo con la disposición del código anterior conforme a la cual el hombre administraba los bienes de la comunidad, entonces el sector de la doctrina que no está de acuerdo con que los cónyuges se otorguen poderes generales afirma, que si la mujer pudiera otorgarle un poder de este tipo al marido, se encontraría en una situación equivalente a la del código anterior y, por lo tanto, el hombre podría aprovecharse de tal situación para colocar a la mujer en situación de inferioridad económica dentro de la pareja.

Ahora bien, López Herrera y el profesor mantienen una posición distinta, porque según ellos es totalmente ilógico que una persona pueda otorgarle un poder general a un extraño pero no pueda otorgárselo a su cónyuge, sobre todo si consideramos que, al menos en principio, la persona de mayor confianza que un individuo tiene es su cónyuge; en tal sentido, si podemos otorgarle un poder a un tercero extraño a nosotros, con más razón debemos poder otorgárselo a quien sea nuestro cónyuge. La afirmación encuentra mayor sustento cuando consideramos que la norma del Art. 168 CC no es de orden público y prueba de ello es que las capitulaciones matrimoniales, no son sino una manera de reglar la administración de los bienes del matrimonio, distinta del Art. 168.

Finalmente, considera López Herrera que si no fueren posibles los poderes generales otorgados al cónyuge se estaría creando una incapacidad, por vía de interpretación, lo cual es completamente absurdo. Si consideramos que el artículo 18 del código civil otorga plena capacidad a las personas mayores de edad, sostener que una persona mayor de edad no podría crear un contrato mediante el cual le otorga a su cónyuge la plena administración de los bienes, sería claramente sostener que esa persona sufriría de una incapacidad, aún cuando cumpliera la edad reglamentaria para dichos contratos **Art. 18 CC:** *Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales.*

López Herrera es sumamente claro al establecer que: *es totalmente absurdo pretender que la admisibilidad de los poderes generales en comentario, afecta el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial matrimonial.*

EXPLIQUE LOS MÉTODOS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA: FERTILIZACIÓN IN VITRO, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, MATERNIDAD SUBROGADA Y FERTILIZACIÓN POST MORTEM: Esta pregunta la tomé de la guía de Agatha

Tipos de reproducción asistida:

1. Inseminación Artificial: Consiste entonces en la colocación de espermatozoides frente al cuello del útero o dentro del mismo por un medio distinto al acto sexual.

- ◆ **Homóloga:** Es el caso en el que se utilizan los gametos de la pareja que intenta tener hijos. Esta a su vez se subdivide en la practicada en vida y la post-mortem. El hijo se de este ultimo seria hijo post póstumo.
- ◆ **Heteróloga:** En este caso se utiliza un gameto de alguno de los integrantes de la pareja y el otro gameto es de un tercero.

2. Fertilización (o fecundación) In Vitro: En el laboratorio se fecunda el óvulo y éste es insertado en el útero de la mujer para que se desarrolle allí, la técnica consiste entonces, en poner en contacto óvulos y espermatozoides extraídos previamente de la mujer y el hombre (hay diferentes técnicas para ello) y colocarlos en un medio extraño al cuerpo de la mujer, donde se produce la fecundación y los embriones se implantan luego en el cuello uterino o en el útero de la mujer.

También puede ser homóloga o heteróloga, puede ocurrir además que ni el óvulo, ni el semen sean de la pareja, sino de terceras personas.

Principales efectos jurídicos de la Inseminación artificial y fecundación in vitro:

a) Si es homóloga: no hay ninguna dificultad en determinar ni la maternidad ni la paternidad. Si se demuestra que el hijo es producto de la inseminación o fecundación in vitro homóloga, el marido no puede desconocer al hijo alegando que le ha sido imposible tener acceso a su mujer durante el periodo de la concepción del hijo, o que para esa fecha vivía separado de ella porque estas previsiones se aplican cuando no se trata de reproducción asistida.

Si las partes en el juicio respectivo no alegan la reproducción asistida, debemos aplicar las normas del Código Civil.

b) Si es heteróloga: no hay problema en cuanto a la maternidad, ya que la que da a luz el hijo y la que produjo el óvulo que fue fecundado y cuyo desarrollo de embrión acabo por producir el hijo fue la misma mujer. Si hay autorización del marido, este tiene prohibido desconocer al hijo aun en caso de impotencia manifiesta

c) De los donantes: si partimos que se debe tener por padre al que biológicamente lo es, debemos pronunciarnos por el no anonimato del dador del semen, por razones de enfermedades que pudieron mantener ocultas, hijos incestuosos, etc., los partidarios de anonimato consideran que crea una gran tranquilidad a los padres que encargaron al hijo porque les dan seguridad de que no serán molestados y porque facilita que el hijo no sepa que provino de otra persona distinta de la que cree que es su padre. Por otra parte, el tercer dador no correría riesgos de demandas de inquisición de paternidad, ni de alimentos ni reclamación de derechos sucesorales (sus herederos).

El contrato sería además nulo por ilicitud del objeto (el negocio de semen u óvulos).

e) Si es post-mortem: la ley española la permite siempre que se efectúe dentro de los seis meses siguientes a la muerte del marido. Se considera que el hijo es solamente de la madre, siendo el padre desconocido salvo que se produzca el reconocimiento de los ascendientes. Tampoco se considera que le deban reconocer derechos hereditarios al hijo porque es contrario al orden natural de las cosas que después de la muerte se produzcan hijos.

(PROFESOR): considera que sería ilógico traer a la vida a un hijo que de antemano está condenado a no tener padre, colocándolo en una situación de inferioridad frente a los demás niños, pero además el niño carecería de herencia puesto que ésta ya se habría repartido, lo cual crearía una gran inseguridad jurídica.

3. Maternidad Subrogada: Es el caso del *vientre en alquiler*, se refiere a la figura por medio de la cual una mujer gesta un hijo por encargo de otra o de una pareja a quienes al nacer el hijo se los entregará como propio o dará en adopción. Esta figura está prohibida en la gran mayoría de los países, castigándose incluso con cárcel a quienes colaboren con la realización de un embarazo en estas condiciones (médicos y enfermeras), pero curiosamente no reciben castigo los implicados directos (quien alquila el vientre y quienes solicitan el alquiler). Sucede que generalmente es una negociación que se hace por dinero, de allí que sea llamada *vientre en alquiler*, sin embargo, se han dado casos (muy excepcionales) en los cuales una mujer engendra al hijo de otra sin que haya algún interés económico de por medio.

Aquí, se pueden dar los siguientes casos:

A. Que la madre sustituta preste únicamente el vientre, pudiendo ser.

- Que geste el óvulo de la mujer que hace el encargo, fecundado por el espermatozoide del marido de la mencionada pareja.
- Que dicho óvulo sea fecundado por espermatozoide proveniente del marido de la madre sustituta.
- Que dicho óvulo sea fecundado con espermatozoide de un tercero, diferente al marido de la pareja que encarga el vientre del marido de la madre sustituta.
- Que geste óvulo proporcionado por una dadora diferente a la mujer en la pareja que hace el encargo, óvulo que a su vez puede ser fecundado con semen proveniente del marido de la que encargó el vientre, del marido de la que presta el vientre o por un tercero diferente a estos dos. En este ultimo caso, habría tres mujeres que podrían reclamar la maternidad del hijo que dará a luz la madre sustituta, y tres hombres que podrían reclamar la paternidad de ese hijo.

B. Que la madre sustituta proporcione además de su vientre el óvulo, caso en el cual podrían darse tres casos:

- Que sea fecundado con espermatozoide proveniente del marido que encargó el vientre.
- Que sea fecundado con espermatozoide proveniente del marido de la madre sustituta.
- Que sea fecundado con espermatozoide proveniente de un tercero.

C. Que el óvulo y el espermatozoide provienen de donantes diferentes a la pareja que encarga el útero y de la mujer que presta el vientre.

Principales efectos jurídicos: Se le atribuye la paternidad o la maternidad a quien genéticamente lo es, aunque ella no sea quien lo dio a luz.

A los efectos de otorgar la guarda se puede tener en cuenta el interés superior del hijo y otorgársela a quien no es su padre o madre genético.

Quizás el reconocer como madre a quien presta el vientre es la forma mas eficaz de combatir esta practica.

CAPACIDAD PARA SUCEDER POR VÍA TESTAMENTARIA:

demuestra (**Art. 836 CC:** *Pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la Ley*), es decir que todo el mundo puede testar a menos que una ley disponga lo contrario. En principio y, como regla, la capacidad debe tomarse en cuenta en el momento en el cual se otorga el testamento, el testamento va a surtir efectos después de la muerte de la persona, pero para saber si la persona era capaz o no en el momento de hacer el testamento, hay que tomar en cuenta el momento en el que otorga el testamento, porque la persona puede hacer el testamento siendo capaz y morir siendo incapaz. **Art. 838 CC:** *Para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento.*

Incapacidades Pasivas: En primer lugar son las mismas incapacidades de la herencia ab-intestato, es decir las referidas a las personas que no son personas **Art. 809 CC:** *Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna.*

Art. 840 CC: *Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab-intestato.*

Sin embargo, pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía Esto en el fondo es un absurdo, porque se estaría nombrando como heredero a una persona que no solamente no existe, sino que no está ni siquiera concebida. La explicación que ha dado la doctrina es que esta disposición se aplica para el caso en que una persona esté molesta con su único heredero pero no desee que sus bienes salgan de la

familia al morir **Ej.** Yo no trato a mi hermana, pero para evitar que mis bienes los hereden extraños o que salgan de la familia, nombro como herederos a los hijos que ella llegue a tener.

En segundo lugar, tenemos el caso de las iglesias y de los institutos de manos muertas, que son aquellos que no pueden enajenar sus propios bienes, pero en base a sus propios estatutos (**Art. 1144 CC:** *No tienen capacidad para adquirir bienes inmuebles los institutos llamados de manos muertas, o sea los que por las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenarlos*) **OJO:** Dice el profesor que hoy en día las iglesias no son institutos de manos muertas, porque desapareció esa limitación para enajenar los bienes, limitación que era auto impuesta.

López Herrera se preocupa mucho en averiguar qué es una iglesia, algo difícil de determinar porque no sólo es iglesia la iglesia católica. Este autor considera que como el idioma oficial en nuestro país es el castellano, debemos ir a la definición del Diccionario de la Real Academia, para entender el concepto El profesor no está de acuerdo con eso, porque no hay ninguna disposición que establezca que las definiciones en castellano están determinadas por lo establecido en dicho diccionario, segundo, en el fondo el lenguaje castellano es el idioma que habla la gente culta cuyo idioma es el español, porque no es el lenguaje de todo el que habla español. Además el diccionario no crea nuevas palabras, porque en él se incluyen palabras que ya existían, lo que sí puede hacer es crear nuevas ortografías, pero es que además el diccionario siempre resulta obsoleto después de cierta cantidad de tiempo porque con el transcurso del mismo, van cambiando las palabras empleadas por las personas.

En definitiva también está prohibido que hereden los ministros de cualquier culto, salvo las excepciones establecidas en el segundo numeral del artículo 841 del código civil. **Art. 841 CC:** *Son igualmente incapaces de heredar por testamento:*

1º Las Iglesias de cualquier credo y los Institutos de manos muertas.

2º Los ordenados in sacris y los ministros de cualquier culto, a menos que el instituido sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive del testador.

Isabel Gristanti Aveledo. Lecciones de derecho de familia.

Curso de Derecho de Familias. López Herrera, Página 533.

OJO!!! Información suministrada de la guía.