



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y EL NIÑO

TRABAJO DE GRADO DE ESPECIALISTA

**DECLARACIÓN, PRUEBA Y PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD
CONCUBINARIA EN VENEZUELA**

Presentado por:
Rodríguez, Sinayini

Para optar al Título de:
Especialista en Derecho de Familia y el Niño

Asesor:
Chacón Herrera, Camilo

Caracas. Julio 2013.



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y NIÑOS

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el trabajo especial de grado, presentado por la ciudadana Abg. **Sinayini Rodríguez**, para optar al título de especialista en derecho de Familia y Niños, cuyo título tentativo es: **Declaración, prueba y partición de la comunidad concubinaria en Venezuela**; y manifiesto que asesoré a la estudiante durante la etapa de desarrollo del Trabajo, sintiéndome orgulloso de su presentación final y certificando que el mismo reúne las exigencias y méritos suficientes para ser sometido a evaluación.

En la ciudad de Caracas, a los 17 días del mes de Julio de 2013.

Abg. Camilo Chacón Herrera

C.I. N° V-13.626.828



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

APROBACIÓN DEL JURADO

Por la presente hacemos constar que hemos leído el trabajo especial de Grado, presentado por la ciudadana Abg. **Sinayini Rodríguez**, para optar al título de especialista en derecho de Familia y Niños, cuyo título es: **Declaración, prueba y partición de la comunidad concubinaria en Venezuela**; y determinamos que la investigación hecha por la aspirante reúne los requisitos suficientes para ser aprobado, certificando con nuestra rubrica la satisfacción de su presentación final y acreditando que el mismo merece la siguiente mención: _____.

En la ciudad de Caracas, a los 17 días del mes de Julio de 2013.

El Jurado

Firmas

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	iv
LISTA DE SIGLAS	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	11
LA TUTELA DEL ESTADO RESPECTO A LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO Y EN ESPECIAL DEL CONCUBINATO	11
El Concubinato.....	11
Inicio al estudio de los fundamentos del concubinato	13
Postulados constitucionales.....	16
Concubinato y uniones estables de hecho.....	17
Sentencia que niega protección reforzada a uniones de hecho homosexuales...	19
Código Civil Venezolano (1982)	22
Ley del Seguro Social	27
Régimen aplicable al concubinato	28
Responsabilidad del concubino.....	29
CAPÍTULO II	34
PROCEDIMIENTO DECLARATIVO DEL CONCUBINATO.....	34
Las sentencias declarativas	34
Sentencias Merodeclarativas.....	37
Interés jurídico actual.	38
Interés de un tercero	41
Procedimiento Ordinario.....	41
Protección Cautelar	43
Efectos de la sentencia declarativa del concubinato	46
CAPÍTULO III	54
COMPETENCIA MATERIAL PARA CONOCER DE ACCIONES MERODECLARATIVAS DE CONCUBINATO	54
La competencia por la materia	54
El Juez Natural	57
Juez competente en materia de declaración de concubinato.....	60
CAPÍTULO IV	69
PRUEBAS PERTINENTES PARA LA DEMOSTRACIÓN DE LA RELACIÓN CONCUBINARIA EN JUICIO	69
Las Pruebas y los medios de pruebas.....	69
De las Constancias de concubinato	74
De los justificativos de perpetua memoria	76
La confesión y las Posiciones Juradas	78
De la prueba testimonial.....	88

De las Actas de nacimiento	91
De las inscripciones en el Seguro Social Obligatorio	92
De las pruebas libres	93
CAPÍTULO V	95
PROCEDIMIENTO DE PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD CONCUBINARIA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA	95
De la comunidad concubinaia.....	95
De la partición en general	102
Procedimiento de partición de la comunidad concubinaia	107
Especificaciones en torno al procedimiento de Partición	112
Procedimiento de Partición ante los Tribunales de Protección.....	121
CAPÍTULO VI.....	130
COMPETENCIA MATERIAL PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE PARTICIÓN DE COMUNIDADES CONCUBINARIAS.....	130
Competencia del juez civil	130
Competencia del Juez de Protección.....	135
CONCLUSIONES	137
RECOMENDACIONES	146
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	148
ANEXO.....	152

LISTA DE SIGLAS

CPC: Código de Procedimiento Civil

LOPNA: Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

LOPNNA: Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas y Adolescente.



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y NIÑOS

DECLARACIÓN, PRUEBA Y PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD CONCUBINARIA EN VENEZUELA

Autora: Sinayini Rodríguez
Asesor: Camilo Chacón Herrera
Fecha: Julio, 2013.

RESUMEN

Este trabajo de investigación versa sobre la declaración y demostración del concubinato como unión estable de hecho protegida constitucionalmente, así como el procedimiento de partición de la comunidad concubinaria, siendo su objetivo general analizar la declaración, demostración y partición de la comunidad concubinaria en Venezuela y sus objetivos específicos: Analizar como el Estado tutela las uniones estables de hecho y en especial al concubinato, precisar el procedimiento idóneo para la declaratoria de existencia del concubinato, determinar el tribunal competente para conocer de las demandas merodeclarativas de concubinato, precisar las pruebas pertinentes para lograr la demostración del concubinato, establecer el procedimiento adecuado a seguir para partir los bienes de la comunidad concubinaria y establecer el tribunal competente para conocer de las demandas de partición de la comunidad concubinaria. La investigación es documental de tipo monográfico, a nivel descriptivo sobre la base del análisis de contenido, tomando en cuenta la realidad social y jurídica y las características del problema planteado, examinando las diversas fuentes bibliográficas de autores nacionales que tratan el tema. El primordial aporte radica en la opinión de la autora, así como en las conclusiones obtenidas, tanto en materia de declaración del concubinato y la especial competencia establecida vía jurisprudencial, así como en relación a los procedimientos de partición de comunidad concubinaria llevados por los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes, las recomendaciones que se abordaron fueron dirigidas a los tribunales de mediación y juicio de protección, a la Asamblea Nacional, a los abogados litigantes, entre otros.

Descriptores: concubinato, declaración, prueba, partición, comunidad concubinaria.

INTRODUCCIÓN

Las sociedades modernas se encuentran en constante evolución, desde épocas prehistóricas el hombre y la mujer se han unido para hacer frente a las vicisitudes de la vida; bíblicamente la mujer es creada de la costilla del hombre para acompañarlo y perpetuar la especie, pero como todo en esta vida esta reglado por leyes morales, religiosas o jurídicas, nació según las leyes de Dios el sacramento del matrimonio, según el cual Dios a través de sus apóstoles bendicen ante sus ojos la unión del hombre y la mujer que desde ese momento se convertirán en una sola carne.

Paralelamente a estas reglas religiosas, se ha creado en la sociedad de los últimos tiempos el mito del matrimonio civil que es el que vale antes las leyes de los hombres, así pues durante muchos años sólo era respetada socialmente la mujer que contraía validamente matrimonio civil, lo cual se tradujo en discriminación, pues el vocablo concubina era empleado peyorativamente.

Sin embargo, los cambios sufridos por la sociedad moderna transformaron en buena medida estas concepciones arcaicas y prejuiciosas para abrir paso a un nuevo pensamiento, que se adapta a la realidad cultural y económica del país. De esta forma, a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el concubinato es tutelado constitucionalmente al punto de surtir efectos de carácter patrimonial equiparables a los que produce el matrimonio, inclusive se habla de concubinato putativo.

En este sentido, el texto constitucional se ha adaptado a lo que ya se veía reflejado como una realidad social. Y es que en efecto un gran porcentaje de familias venezolanas se encuentran constituidas por uniones estables de hecho, lo que a lo

largo del tiempo ha ido creando conflictos de difícil solución jurídica, precisamente por la falta de una regulación extensiva de la institución del concubinato.

En este orden de ideas, es posible afirmar que con ocasión a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y la sentencia dictada en fecha 15 de Julio de 2005, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, que interpreta el alcance, constitución y efectos del concubinato, se ha dado un paso de gran importancia para la sociedad moderna.

Sin embargo dentro del tema del concubinato aún existen muchas lagunas e imprecisiones que intrigan y preocupan a la colectividad ya que para ciertas instancias es necesaria la demostración judicial de la existencia del concubinato, la cual se logra a través de la acción merodeclarativa que debe intentarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (1987) en concordancia con el 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) lo cual se aborda en el presente trabajo.

Dentro del desarrollo de los objetivos, se abordó primeramente en su capítulo I, lo atinente a la figura del concubinato como unión estable de hecho, su fundamento constitucional y legal, así como la doctrina y la jurisprudencia que en torno a esta importante institución se ha tejido en Venezuela.

En el capítulo II, se analizó la acción merodeclarativa, primeramente en el plano general, y seguidamente la demanda merodeclarativa de concubinato, profundizando en este tipo de procedimiento, su admisión, tramitación, decisión y efectos.

En el capítulo III, se abordó cuales son las pruebas conclusivas para demostrar la existencia de la unión estable de hecho y el papel que juegan en este sentido las actas de nacimiento, las constancias de concubinato, las pruebas libres, la prueba testimonial y de posiciones juradas, entre otras.

En el capítulo IV, se reflexiona en relación a la determinación del juez competente para conocer de estas demandas declarativas de concubinato a la luz de la jurisprudencia actual.

En el capítulo V, se desarrolla el procedimiento de partición en general, ante el juez civil y se realizó una interesante propuesta en torno a lo que debe ser el trámite de la partición en los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes.

Finalmente en el capítulo VI, se analizó la competencia para conocer de las particiones, en relación a los sujetos que se presentan como partes o en caso de que tengan hijos niños, niñas o adolescentes.

De tal suerte, que esta investigación se planteó como problemática fundamental la necesidad de definición, aclaratoria y explicación de los procedimientos legales y judiciales que debe realizar el concubino para pretender exigir los derechos que le asisten, en virtud de su condición de tal, así como la forma en que ha de demostrar la existencia de dicho concubinato y como procederá a la partición de la comunidad concubinaria. Estimando que se logró el desarrollo de los objetivos propuestos, divididos organizadamente.

Finalmente se arribaron a las conclusiones de la investigación y se realizaron las recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO I

LA TUTELA DEL ESTADO RESPECTO A LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO Y EN ESPECIAL DEL CONCUBINATO

El Concubinato

Bajo la misma apariencia de una unión legítima entre dos personas, se observa el concubinato, siendo que presenta los mismos fines primarios y secundarios atribuidos al matrimonio, más como característica distintiva está la ausencia del mismo. En este sentido, al hablar de concubinato se hace referencia a una pareja de sexo diferente que decide hacer una vida en común de forma permanente sin contraer matrimonio, a pesar de no presentar impedimentos para concretar el mismo (Sojo, 1984, 181).

El concubinato está referido a una idea de relación monogámica, de cohabitación permanente, mediante el cual públicamente dos personas de distinto sexo aparentan ser marido y mujer. De allí que los caracteres del concubinato sean: “a) Público y notorio...; b) Regular y permanente...; c) Singular entre un solo hombre y una sola mujer...; y d) Debe tener lugar entre personas de sexo opuesto...” (Sojo, 1984, 181).

De esta forma, el concubinato pasa a representar una unión extramatrimonial, que debe calificarse como concubinato si cumple con ciertos requisitos. Así, a pesar de la no legitimidad de esta unión *strictus sensus*, no deja de ser necesaria la declaración de su existencia mediante sentencia declarativa de concubinato, ya que no son suficientes las constancias o cartas de concubinato que actualmente las jefaturas Civiles del país expiden, luego se hará referencia a las actas de Registro, sino la utilización de éstas y otros medios de prueba como indicios que derivarán la sentencia

definitiva de declaración del concubinato dentro del procedimiento declarativo del mismo. En suma, todo ello con la finalidad de resguardar las consecuencias jurídicas producto de esta unión, por considerarla un hecho jurídico con repercusiones importantes a nivel social;

Así, se tiene que el Estado concibe que “...el concubinato es también fuente de la familia y por tanto se hace necesario dictar normas que sitúen a sus miembros en una relativa posición de justicia y equidad...” (Sojo, 1984, 182), todo ello, sin significar que el Estado “...tenga interés en fomentarlo; sino que por ser el derecho el orden social justo y teniendo en cuenta que las normas se establecen para realizar los postulados que el grupo social preconizado, no es posible soslayar esta realidad social” (Sojo, 1984, 182).

Bajo esta perspectiva, el Estado se coloca dentro de la tendencia actual que tiende a equiparar al concubinato con el matrimonio, para que con ello se evite la discriminación producto de las diferencias entre hijos legítimos y naturales, así como el resguardo de los derechos, principalmente de la mujer, sobre aquellos bienes obtenidos durante la unión extramatrimonial que puedan ser liquidados de ocurrir el fin de esta unión, de esta forma, aparece una figura equivalente a la llamada comunidad conyugal que se conoce como comunidad concubinaria.

El efecto principal e inmediato de la existencia de la comunidad concubinaria, está referido al reconocimiento de que los bienes adquiridos durante la permanencia de esta comunidad no matrimonial, pertenecen de por mitad a los concubinos; tal demostración de existencia lo que hace es que surjan derechos de propiedad de éstos respecto a los bienes que integran la comunidad en referencia. Haciendo énfasis en lo anterior, Sojo (1984) señaló que:

Antes de 1942, el concubinato era prácticamente ignorado por la legislación venezolana, pese a que constituía, y aun constituye, la mayoría de las uniones mediante las cuales se procrean hijos: vale decir que existían y todavía existen más uniones concubinarias que matrimoniales. Hasta la promulgación del Código Civil de 1942, pues solo había existido intentos doctrinarios y jurisprudenciales, que trataban de deducir derechos a favor de la concubina que trabajaba, sobre los bienes adquiridos por el hombre durante el concubinato (p. 182).

Continúa comentando Sojo (2001) pero esta vez en relación a la disolución y liquidación de la comunidad concubinaria, lo siguiente:

Evidentemente cuando deja de existir la unión concubinaria, quedará de hecho extinguida la presunta comunidad que de ella deriva. Y siendo esta extinción una cuestión de hecho y no de derecho, por tratarse de una unión esencialmente disoluble, sin otro requisito que la voluntad de ambas partes o de una sola de ellas, se entiende que bastará la sola prueba de la definitiva separación de los concubinos, o la muerte de uno de ellos, para que quede disuelta la comunidad concubinaria y por ende pueda procederse a su liquidación (p.184).

Finalmente, se hace relevante destacar la importancia de probar la existencia de dicha comunidad concubinaria, hecho concatenado a la declaración del concubinato como tal, y que pasa a constituir la vía para asegurar los derechos personales y patrimoniales que podrían ser vulnerados ante la no existencia del matrimonio, y que hoy en día son considerados legalmente por el Estado.

Inicio al estudio de los fundamentos del concubinato

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) declara que “...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que

el matrimonio”, así, el concubinato pasa a equipararse en buena medida con el matrimonio, aunque, además de los aspectos socio-culturales que aún influyen en la percepción del colectivo acerca de esta unión, existan vías legales y sutilezas jurídicas para abordar el mismo más aún cuando ocurre la ruptura de la unión y aparecen elementos varios en litigio.

Enfocándose en los aspectos legales que envuelven los elementos antes expuestos, se tiene que existen derechos personales y patrimoniales, que son resguardados por el Estado para la protección de los concubinos y de los hijos derivados de esta unión no matrimonial. En este sentido, el amparo social de la concubina y de los hijos habidos de esta unión se dispone en la Ley del Seguro Social Obligatorio, no existiendo alguna disposición directa en el Código Civil que reconozca y, más aún, resguarde tales derechos. Respecto a ello, Sojo (2001) señaló que el Código Civil de 1942:

...sancionó la disposición del artículo 767 que consagra la llamada comunidad concubinaria, debiendo observar que se trató sólo del reconocimiento de derechos patrimoniales; mientras que en el campo de los derechos personales, no existe ninguna disposición en la reforma a que antes aludimos. Más amplio es el criterio contenido en otras disposiciones legales, como ocurre por ejemplo con la Ley del S.S.O., que prevé el amparo social de la concubina y de los hijos habidos de esta unión (p.241).

Así se observa como en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, destaca como disposiciones que protegen legalmente estos derechos personales:

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).

En este mismo orden de ideas, se tiene que estas disposiciones legales no estipuladas en el Código Civil (1982), son tomadas en algunos de los casos como fundamentos legales dentro del procedimiento de declarativo del concubinato para la estimación de duración de la unión concubinaria para la calificación de la permanencia contemplada como mínima de dos años por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia; aspectos a ampliar en el desarrollo de la investigación.

Por otra parte, en lo que respecta al amparo de los derechos patrimoniales, se tiene que éstos están explícitamente tutelados en el artículo 767 del Código Civil (1982), donde aparece la comunidad concubinaria como una presunción legal *iuris tantum*, por admitir prueba en contrario, que textualmente dispone:

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.

De allí surgen los supuestos que deben concurrir y ser probados para la procedencia de esta presunción legal de comunidad concubinaria, estos son, a saber: A) Convivencia no matrimonial permanente; b) Formación de patrimonio; y c) Contemporaneidad de la vida en común y la formación del patrimonio; asimismo, estos supuestos han sido y deberán ser empleados para la declaración misma del concubinato.

Postulados constitucionales

En la República Bolivariana de Venezuela existe una legislación medianamente avanzada en materia de uniones estables de hecho y más específicamente en relación al concubinato, ya que a la normativa si se quiere obsoleta que se encuentra aún consagrada en el Código Civil venezolano (1982) se ha complementado con los nuevos postulados contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), abriendo paso a la sanción de nuevas leyes que incorporen la institución del concubinato.

Según Rodríguez (2010) dentro de los requisitos para que exista concubinato, se resaltan los siguientes:

A- Diversidad De Sexo De Los Concubinos. El Art.77 de la constitución es muy claro en que el Estado protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, al igual que la unión de hecho estable entre un hombre y una mujer, de modo que hay una total armonía con las normas establecidas en el Código Civil, en el cual se establecen los requisitos para contraer el vinculo matrimonial, y uno de ellos es el detallado en el Art.44 eiusdem que solo puede realizarse el matrimonio entre un hombre y una mujer, luego, por analogía debe ser aplicable a la unión de hechos.

B-Unicidad. Se conceptúa como una de las condiciones de la unión de hecho concubinaria el que éste efectúe entre un solo hombre y una sola mujer. Ello de acuerdo a los mismas razones que esgrimimos en el literal anterior, pero, además, es criterio de la Sala Constitucional, que: ... Si la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentre prohibida, a juicio de esta Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones. Y añade en otra parte del texto eiusdem

... Unión estable (...) Se trata de una relación permanente entre un hombre y una mujer, y no entre un hombre y varias mujeres (así todas ellas estén en igual plano) y viceversa.

C- Existencia De La Índole Marital En La Unión. Para que las uniones de hecho que estamos estudiando puedan tener efectos de tipo matrimonial, además de las otras condiciones que detallamos aquí, debe existir en la pareja que configura la unión, en el ánimo marital. (p. 47 y ss)

Es decir, se unen como marido y mujer, cualquier otra asociación entre hombre y mujer será familiar, amistosa o comercial, pero no podrá conceptuarse como unión de hecho, si, al menos al iniciarse la unión, no existe la índole marital.

La índole marital sugiere una relación hombre-mujer con las características de vida y de costumbres que normalmente desarrolla su pareja. Vale decir, participación mutua en los eventos de la vida diaria por similitud de intereses, aunque no es necesariamente esto represente términos absolutos de identidad, porque ello sería negar el principio de coexistencia entre dos seres de sexo opuesto, con sendos criterios y personalidades distintas.

Concubinato y uniones estables de hecho

A raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), tal como se comentó *ut supra* el concubinato es tutelado constitucionalmente en su artículo 77, que aún cuando se refiere a uniones estables de

hecho, según sentencia de interpretación de la sala Constitucional dictada en fecha 15 de Julio de 2005, bajo la ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, sólo protege las uniones concubinarias, al punto de surtir efectos de carácter patrimonial equiparables a los que produce el matrimonio, inclusive en dicha sentencia se habla de concubinato putativo.

En este sentido la norma jurídica constitucional se ha adaptado a lo que ya se reflejaba como una realidad social. Y es que en efecto un gran porcentaje de familias venezolanas se encuentran constituidas por uniones estables de hecho, que con el paso del tiempo ha ido creando conflictos de difícil solución jurídica, precisamente por la falta de una norma protectora y reguladora del concubinato. De seguida se trae a colación la importante sentencia:

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz unión estable entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 eiusdem; y ello es así porque 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.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica –que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común. (...)

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.

“Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio.

Dicha decisión regula que el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, y por ello la Sala se refiere indistintamente como unión estable o concubinato, pero reconociendo que dentro del concepto de unión estable pueden existir tipos diferentes al concubinato. Por ello la Sala con fines de abarcar ambas clases de uniones, y por tanto al género, utilizará el término de unión estable en este fallo, para referirse a todas las posibilidades, incluida el concubinato.

Por tales motivos, la sentencia en cuestión desconoce protección reforzada a uniones de hecho distintas a la concubinaria, es decir, aquella que se produce entre un hombre y una mujer sin impedimentos para contraer matrimonio. Es así como se excluye en consecuencia del ámbito de protección constitucional, las uniones de hecho incestuosas, homosexuales, bígamas salvo en los casos específicos de concubinato putativo, y demás relaciones de hecho en las que exista la imposibilidad de ambos o alguno de los miembros de la pareja para contraer matrimonio.

Sentencia que niega protección reforzada a uniones de hecho homosexuales

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia decidió que si bien las parejas homosexuales tenían todos los derechos, tanto civiles y políticos, como económicos,

sociales y culturales, la constitución no les reconocía protección especial equiparable al matrimonio o concubinato entre un hombre y una mujer, considerando que no se les puede privar de los derechos económicos y sociales, ya que hacerlo sería considerado discriminatorio y un trato de inequidad ante la ley. Sin embargo, apunta la decisión, que es la asamblea nacional la que puede emitir legislación que reconozca y proteja estos derechos en parejas homosexuales. Se trata de la sentencia N° 190 de fecha 28 de febrero de 2008, dictada en Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se sostuvo:

...el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y que esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones... En el supuesto de autos, el constituyente optó, como se dijo, por la atribución de una protección reforzada a una institución jurídica en concreto, como lo es el matrimonio entre un hombre y una mujer, y su equiparación con las uniones de hecho que le son iguales, esto es, entre un hombre y una mujer....

Por tanto, a la Sala le interesa destacar que la protección reforzada que, por vía de consecuencia, el Constituyente atribuyó a las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no implica, en sí misma, un trato discriminatorio respecto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En efecto, la equiparación de las uniones estables entre un hombre y una mujer a los matrimonios entre un hombre y una mujer, busca, como se dijo, igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas; similitud que no existe respecto de uniones entre personas con impedimento para contraer matrimonio (uniones adulterinas) –por ejemplo- o entre personas de un mismo sexo. Debe, así, diferenciarse entre las condiciones individuales de las personas que las distinguen de otras, y su no discriminación en razón de su orientación sexual y la condición de pareja, porque no cabe la concepción de que en el trato desigual a situaciones jurídicas también desiguales, exista colisión constitucional ni discriminación alguna.

Pero como quiera que no es raro oír la expresión de que en el voto salvado está el derecho, es preciso traer a colación la tesis sostenida por la Magistrada

Carmen Zuleta de Merchán quien de manera brillante salvó su voto en los siguientes términos:

Quien suscribe (...) salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que interpretó el artículo 21 de la Constitución, en el sentido de que no es posible la discriminación individual en razón de la orientación sexual de la persona, y declaró que no existe colisión alguna entre dicho precepto y la norma contenida en el artículo 77, también de la Carta Magna.

En criterio de quien disiente, la interpretación que realizó la mayoría sentenciadora acerca del alcance de la prohibición constitucional de no discriminación en razón de la orientación sexual no sólo simplificó con una metodología de interpretación literal la cuestión de la diversidad de género sometida a interpretación bajo la luz de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que dejó invisibilizado el problema de la intolerancia, del menosprecio o tratamiento degradante; y en general, de la exclusión social que afrontan las personas homosexuales o de identidad de género diversa; no por falta de reconocimiento de los derechos fundamentales, sino por la falta de garantías a todos y cada uno de esos derechos.

...La interpretación de la mayoría, a mi modo de ver, parte de una falsa premisa: no obstante no prohibir ni condenar las uniones de hecho entre personas de igual sexo niega las consecuencias jurídicas del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, dando por implícito un modelo constitucional de heterosexualidad obligatoria que desconoce los valores del Estado pluralista en los cuales se fundamentó el Estado Social de Derecho y de Justicia que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el voto salvado la Magistrada supra mencionada analiza lo que es hoy una realidad social en muchos países del mundo, punto no abordado en ningún momento por la mayoría sentenciadora a lo largo de su discurso. La sentencia en cuestión con excepción del voto salvado, constituye un claro retroceso en materia de igualdad de género, libertad e identidad sexual, quedando el Estado Venezolano, muy por debajo de los estándares internacionales que han reconocido y han vindicado a la comunidad

sexo género diversa, permitiendo las uniones estables de hecho, el matrimonio homosexual, el cambio de sexo y nombre e incluso la adopción homoparental.

Código Civil Venezolano (1982)

Lo más importante, en el sentido estricto de la analogía de la norma sobre el matrimonio con la unión de hecho es: el *animus* marital, que determina, que al menos al inicio de la unión, deba contemplarse la existencia de relaciones sexuales entre los dos concubinos; y se basa en la interpretación analógica del artículo 47 del Código Civil (1982), en el cual se instituye a la impotencia manifiesta y permanente como un impedimento de fondo para contraer el matrimonio, La cohabitación es importante para calificar a la unión de hecho como estable, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia.

Por su parte el artículo 137 del Código Civil (1982) dispone que con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos deberes, Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nueva nupcias. La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la Ley por efecto del matrimonio.

Así las cosas, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero dictaminó lo siguiente:

Debido a lo expuesto, pasa la Sala a examinar los efectos del matrimonio aplicables a las uniones estables y al concubinato, y ella considera que los deberes que el Art. 137 del Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio (ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1º y 2º), no existen en el concubinato ni en las otras uniones.

A este respecto el artículo 185 del Código Civil (1982) dispone: “Son causales únicas de divorcios. 1º El adulterio. 2º El abandono voluntario...” Es decir, que según esta última interpretación, un tanto contradictoria, a pesar de ser la cohabitación relevante para la determinación de estabilidad de la unión, puesto que se necesita cohabitar para llegar a una vida en común con carácter de permanencia, justo como lo afirmó la Sala Constitucional en la misma sentencia: “...siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o en vida común, con carácter de permanencia...”

A partir de esta nueva opinión, en el concubinato no tiene por qué exigirse como obligación de los concubinos la relación carnal entre ellos, inherente al deber de vivir juntos en el matrimonio, porque según la Sala Constitucional: cuando se vive en concubinato, no hay posibilidad legal de cometer adulterio, o abandono voluntario.

Por otra parte, de acuerdo a los principios tradicionales que rodean la institución del matrimonio, cuyos efectos debe reproducir la unión de hecho estable, para conciliar una aceptable analogía con esa institución, el deber y derecho de los cónyuges en el matrimonio, es decir, el delito conyugal, está inmerso en el texto del artículo 137 del Código Civil (1982). De allí que se sostenga que el deber de cohabitación tiene y comprende dos aspectos fundamentales la obligación de hacer vida en común y el débito conyugal, es decir, el derecho-deber del marido y de su

mujer de realizar entre si el acto sexual. A este respecto sostiene Rodríguez (2010) lo siguiente:

Obsérvese que no hemos hablado aquí de afecto marital, ni de nada que pudiera ser sinónimo. Ni en el sentido coloquial del afecto entre dos personas de diferente sexo, simplemente, hemos establecido de manera general la índole marital como una característica integral de vida presente en las uniones de hecho, concretamente, en el concubinato, al menos al principio de su formación, y acorde a lo que hemos definido como tal. En nuestro concepto, en sentido estricto, puede existir el animus marital sin que surja efecto alguno.

Como nos toca armonizar por analogía lo establecido como requisito para el matrimonio con las condiciones que debe llenar la unión de hecho estable, nos parece que en el concubinato la cohabitación, sobre todo cuando se dilata en el tiempo, puede prescindir de la actividad sexual, y de allí que se pueda explicar la cohabitación sin débito entre los unidos en la unión de hecho estable. En realidad, por tratarse de la esfera privada de las personas, no creemos que sea factible para un tercero interesado el insertarse en la intimidad de la pareja, y objetar sobre la vida sexual de los unidos; y mucho menos opinar si la relación sexual se produjo o no al inicio de la formación del vínculo concubinario, salvo cuando haya hijos, caso que permite una más acertada presunción sobre el tema. (p. 49 y ss)

Es preciso destacar el interesante tópico desarrollado por Rodríguez (2010) relacionado con la posesión de estado de pareja, quien sostiene:

Posesión de estado de pareja, es decir, que la pareja sea conocida como tal, de vista, forma y trato. Es un elemento importante a la hora de probarse la unión de hecho. En el caso de las uniones de hecho concubinarias, la posesión de estado de pareja es resaltada cuando en el Código se refiere al concubinato notorio en el Art. 211, y en el criterio de la Sala Constitucional en la sentencia de interpretación del Art. 77 constitucional:

... Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo aunque esto sea un símbolo de ella, sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas –terceros- que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común...

La ambigüedad que caracteriza la sentencia de interpretación del Art. 77 constitucional, que hemos vivido comentado, cuando incursiona en el Art. 137 del CC, tiene un nuevo giro, pues pasa de afirmar:

a) que se necesita de la cohabitación para constituir la estabilidad de la unión:

...siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia..."A decir:

b) que no hay obligación ni de fidelidad ni de convivencia, puesto que la sala:

...considera que los deberes que el artículo 137 de Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio -ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1º y 2º- no existen en el concubinato ni en las otras uniones.

Hasta llegar a decir que la pareja no tiene por qué compartir el mismo techo, sino que basta la opinión de terceros, según la apariencia que transmitan para conformar estabilidad: Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo aunque esto sea un símbolo de ella, sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas –terceros- que se está ante una pareja, que actúan como apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común... (p.50)

Indudablemente que el aspecto exterior de un matrimonio no siempre es un estado de armonía y compenetración constante, ya que en realidad cada pareja presenta una fisonomía de matrimonio propia de la vida en común que lleva, no siempre irradiante de apariencia de pareja, sino que, por el contrario, muchas veces inclusive impregnada de resentimientos, que transmiten una imagen de inexistencia de ese matrimonio idílico que plantea la Sentencia muchas veces mencionada, pudiéramos en algunos casos visualizarlo como de discordia continua. Por lo que continúa advirtiendo Rodríguez (2010) lo siguiente:

De manera que si la determinación de la estabilidad de una unión de hecho estable dependiera de las apariencias matrimoniales, habría que implementar un extenso catálogo contentivo de las variantes que tiene el trato entre dos personas, especialmente si están unidas por algún vínculo estable o pasajero. Es necesario agregar que esa interpretación fundamentada en apariencias ante terceros, abre la puerta para que personas inescrupulosas, a base de testimonios pagados, pudiesen pretender la existencia de vínculos de uniones de hecho, realmente ficticios, con personas en estado de soltería para el momento del fallecimiento, de vida solitaria y con esporádica afluencia de visitas de miembros del sexo opuesto, ya que ni siquiera se requeriría vivir juntos. (p. 50)

En otro sentido destaca Rodríguez (2010) otro requisito de interés para el establecimiento de la relación concubinaria, a saber:

Dado que el concubinato es una unión de hecho, encontrada dentro de las estipulaciones que estudiamos supra, debemos incluir otra de sus características, y es la del estado de soltería de ambos concubinos. Esta soltería se entiende por capacidad de contraer matrimonio, luego, puede provenir de no haber contraído matrimonio con anterioridad, de haberse divorciado, o de haber enviudado.

...El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como características – que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial, en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio, entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común -la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7 literal a de la ley del Seguro Social. (p.51)

Por analogía con el matrimonio rige lo dispuesto en el artículo 173 del Código Civil Venezolano (1982) que dispone “Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190”, es decir, la disolución de la comunidad

concubinaria queda totalmente en manos de los concubinos, salvo las reclamaciones de una de las partes por la no ocurrencia de una división de bienes comunitarios justa.

Es así como, en atención a las Providencias judiciales: A tenor de lo dispuesto en el artículo 174 del Código Civil Venezolano (1982) no es necesario demandar la separación en la unión concubinaria, sin embargo, de acuerdo a decisión de la Sala Constitucional, Sentencia N° 1682 Exp. 04-3301 del 15/7/2005. Gaceta oficial N° 38.295 del 18/10/2005, para reclamar los efectos civiles del concubinato se requiere de sentencia firme.

Liquidación de la comunidad concubinaria: En relación al artículo 175 del Código Civil Venezolano (1982), si todavía prevalece la confianza entre los concubinos ellos mismos pueden hacer la partición de la comunidad de acuerdo a lo que consideran justo. En caso contrario será necesario recurrir a la vía judicial.

Oportunidad Registral: En atención a ello, el artículo 176 del Código Civil Venezolano (1982) dispone que en el caso de que algún bien, por efectos de la disolución de la comunidad concubinaria, cambie de manos será necesario realizar el respectivo registro a nombre del nuevo propietario.

La Reconciliación: Al igual que en el divorcio la reconciliación en el concubinato restablece la comunidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 179 del Código Civil Venezolano (1982).

Ley del Seguro Social

El artículo 7 de la Ley de Seguro Social (1991) dispone: “Tiene derecho a recibir del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, atención médica integral:

(...) Los asegurados, los familiares que determine el Reglamento, y la concubina, si no hubiese cónyuge.”

De esta manera la Ley del Seguro Social (1991) protege al concubino o a la concubina y a tal efecto se les provee atención médica integral, cuya inscripción, las más de las veces ha servido de prueba para la comprobación de las uniones concubinarias.

De igual forma esta ley es la que prevé la duración de dos años, tiempo este que ha tomado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como marco de referencia para la concreción de los derechos derivados de la relación de hecho.

Régimen aplicable al concubinato

El concubinato se encuentra fundamentado en el libre consentimiento, como requisito para la formación de la unión, ya que el propio artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), lo confirma al indicar: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer fundado en el libre consentimiento...”

Lo que permite decir que el matrimonio, para ser considerado como tal, deberá ser contraído con el libre consentimiento de ambos. Esto será válido, igualmente, para que la unión de hecho estable pueda ser considerada como tal. Ello remite a las normativas establecidas en torno a la materia del libre consentimiento, es decir, al artículo 49 del Código Civil Venezolano (1982).

La concepción constitucional del matrimonio pasa por la premisa indispensable que los formadores del vínculo posean una absoluta igualdad de

derechos y de obligaciones, entre ellos dos, como entes con personalidad jurídica, y ante terceros.

Esto, por supuesto, es totalmente valedero para quienes integran una unión de hecho, y, concretamente para los concubinos. De manera que no se admite una relación de posible sumisión entre el hombre y la mujer, como principio del establecimiento de una unión matrimonial o de hecho, Por otra parte, la ocurrencia del matrimonio o de la unión de hecho entre un hombre y una mujer responde al derecho al libre desenvolvimiento de los ciudadanos.

Responsabilidad del concubino

Es preciso acotar que al concubino no solo se le reconocen derechos, sino también deberes, de allí que resulta evidente que el concubino que enajene los bienes de la comunidad, sin la autorización de su comunero, tiene responsabilidad frente al concubino, así como frente al comprador de buena fe.

A este respecto la autora sostiene que es aplicable a los concubinos, lo establecido en el artículo 168 del Código Civil Venezolano (1982), que dispone:

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.

Tal criterio lo sostiene esta investigadora a pesar de contrariar la sentencia de la Sala Constitucional, Sentencia N° 1682 Exp. 04-3301 del 15/7/2005. Gaceta oficial N° 38.295 del 18/10/2005, que dictaminó:

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta –la mayoría de las veces- imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes; motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos...

En este sentido, para quien investiga es posible aplicar el efecto del artículo 168 del Código Civil (1982), sobre todo cuando el comprador o adquirente no lo es de buena fe, es decir, cuando se trata de una persona que conoce perfectamente la relación de hecho entre el vendedor y la afectada por el acto de enajenación. Ejemplo claro de ello podría ser una venta que el concubino realice cuando sospecha la activación de algún juicio a un familiar cercano.

Toda vez, que en las familias generalmente se conocen los nexos de este tipo entre familiares, y se tratan de la misma manera como si existiese un matrimonio, toda vez que mal podría concebirse un concubinato en la clandestinidad. Por ello en casos como el narrado considera quien investiga que si es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 168 del Código Civil (1982).

Por tales motivos, es opinión también de la investigadora que en caso de que ya se haya procedido a la venta del inmueble por parte del concubino, el concubino defraudado puede paralelo a la pretensión merodeclarativa de concubinato interponer la demanda de nulidad o simulación según sea el caso, contra el concubino vendedor y el comprador o los compradores, para poder conseguir una medida de prohibición de enajenar y gravar a fin de que los compradores de mala fe, no puedan continuar enajenando el bien de la comunidad concubinaria.

Claro está, el concubino que interponga la correspondiente demanda de nulidad o simulación debe estar claro al existencia de una cuestión prejudicial, como lo es la merodeclarativa de concubinato, sin embargo, como quiera que no es posible decretar medidas contra personas no demandadas, la única manera de obtener alguna medida contra los compradores, es interponiendo la acción de nulidad o simulación en la que figuren como litisconsortes pasivos necesarios conjuntamente el comprador y el concubino vendedor.

Es criterio también de la investigadora, que la actuación del concubino tendente a enajenar los bienes de la comunidad concubinaria, es una actuación fraudulenta, que en caso de producir daño al otro concubino, está obligado a repararlo a tenor de lo dispuesto en los artículos 1185 y 1196 del Código Civil (1982), es decir, el concubino será responsable civilmente por daños materiales y morales causados, para ello habrá que activar la demanda de indemnización correspondiente.

Queda claro en consecuencia que el concubino que haya vendido sin autorización está obligado a reparar el daño que hubiere ocasionado a su comunero, en este sentido, la responsabilidad es la misma que posee el cónyuge en los casos de enajenación de bienes pertenecientes a la comunidad conyugal.

En relación al daño material dispone el artículo 1185 del Código Civil Venezolano (1982), lo siguiente:

El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Es así como a raíz de la nulidad de la venta declarada por el tribunal competente, el concubino vendedor será responsable ante el comprador, a cuyo efecto deberá devolver las cantidades recibidas como precio del bien objeto de la venta. Consecuentemente el comprador tiene derecho a repetir el pago.

Por otro lado, si no se anula la venta y el comprador de buena fe conserva el bien, tendrá el concubino responsabilidad civil frente a su comunero a cuyo efecto debe entregar la mitad del precio recibido.

En torno al daño moral, es necesario revisar lo dispuesto en el artículo 1196 del Código Civil Venezolano (1982), que dispone:

La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

La jurisprudencia al interpretar el artículo 1196 del Código Civil Venezolano (1982), llega a concluir que el daño moral no es objeto de probanzas, criterio que fue reiterado en sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de octubre de 2000. Ponencia de Magistrado Dr. Franklin Arrieche, de la siguiente manera:

Ahora bien, respecto del aspecto discutido por el formalizante sobre la probanza de los daños morales, esta Sala de Casación Civil ha expresado de manera reiterada, desde sentencia de fecha 10 de octubre de 1991, que lo único que debe demostrarse plenamente en una reclamación por daño moral es el hecho generador o sea, "...el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo petitum doloris se reclama..."

Es así como, en realidad no es cierto que el daño moral no sea susceptible de prueba, pero como la ley manda repararlo, el juez puede acordar discrecionalmente reparación del daño moral no probado. No será siempre posible la prueba directa, pero si la indirecta. Y a veces la prueba vendrá determinada *in re ipsa*, como en el caso del llamado daño estético.

De igual forma el concubino tendrá responsabilidad penal en caso que se demuestre la estafa o colusión, para lo cual el tribunal con competencia penal condenará a la pena respectiva.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO DECLARATIVO DEL CONCUBINATO

Las sentencias declarativas

En doctrina se distinguen tres clases de sentencias de fondo, las declarativas, las de condena y las constitutivas, estas expresiones se pueden considerar actualmente como generalmente aceptadas por el foro, sin embargo es preciso recordar que la expresión sentencia declarativa ha sido objeto de discusión entre los escritores y recientemente se le ha sometido a críticas severas.

Parafraseando a Loreto (1987) es posible afirmar que la frase sentencia declarativa no da el sentido cabal de su función y contenido, y evoca al magistrado Santiago Sentis Melendo de la Carrera Judicial Española, para referirse a que según él, debería exactamente expresarse con la frase sentencia de declaración de simple o de mera certeza.

En una Jurisprudencia Argentina dictada por tribunal colegiado, Buenos Aires del 03 de Diciembre de 1941, N° 1143, se afirmó lo siguiente:

Se declara el derecho de imponer una condena a quien dejó de cumplir determinada obligación; se declara el derecho para constituir una nueva situación jurídica que modifique la existente; se declara el derecho ¿para declararlo nada más?. No. Para establecer la certeza en cuanto a una determinada relación que presenta elementos dudosos.

Si es necesario retroceder cuarenta años para comenzar de nuevo en nuestra lengua la elaboración de algún aspecto del derecho procesal, hágase sin miedo; todo menos utilizar para la nueva ciencia procesal la terminología tan pobre, de los estudios del pasado siglo.

Continuando el análisis del vocablo declarativa que hace alusión a las sentencias que declaran, afirma Loreto (1987) que:

...el concepto de declaración es un concepto genérico, el concepto de mera certeza es un concepto específico, y se presta a gran confusión utilizar para ambos el mismo vocablo, como viene haciéndose corrientemente, debido a la carencia en nuestro idioma de un vocablo que traduzca el italiano accertamento o el alemán feststellung. El sentido literal de esas palabras no se presta a que traduzcan por declaración, ya que ningún parentesco existe entre estas y aquellas. Accertamento (o el verbo accertare) se refiere al hacer cierto, el establecer certeza o a declararla; y lo mismo feststellung. Etimológicamente habrían de traducirse por acertar y accertamento o aciertamiento; y acaso al hacerlo no se violentaría la naturaleza de estas palabras y la esencia del idioma. Pero indudablemente nos alejaríamos de lo que es uso corriente; y el inconveniente puede evitarse dando a estos tres tipos de sentencias, acciones o procesos las denominaciones de: declarativas de condena, declarativas de constitución y declarativas de certeza, con lo cual se recoge el concepto genérico y se establece una especificación correcta. Todo menos aceptar una terminología tomada de autores franceses e ingleses para instituciones que son de origen italiano y alemán; y menos aún perpetuar, a sabiendas, en nuestra lengua, una terminología defectuosa y confusa, que todavía estamos a tiempo de rectificar. (p.345).

Es así como la discusión ha estribado principalmente en tratar de corregir el lenguaje castellano, para desterrar de léxico latino la expresión sentencias declarativas, por tratarse sencillamente de que todas las sentencias declaran derecho, y en su lugar utilizar la frase sentencias de declaración de mera certeza, y cuando se refiera a la acción interpuesta llamarla acción de declaración de mera certeza en lugar de acción mero declarativa, todo ello en virtud de que el origen de la institución proviene del derecho italiano y alemán y las traducciones de los vocablos, es prácticamente imposible, de allí la necesidad de utilizar una frase, en lugar de una única palabra. Sin embargo después de tanta discusión el mismo Loreto (1987) ha desechado la frase de declaración de mera certeza, arguyendo que en realidad el

vocablo certeza no tiene cabida alguna en la clasificación de las sentencias y en consecuencia ha concluido que:

...El propio Chiovenda usa la frase *sentenze puramente dichiarative*. Y es que esta locución, así como las indicadas en los párrafos anteriores, denotan a cabalidad el sentido exacto de la función objetiva que mediante la sentencia realiza el Estado al actuar la garantía jurisdiccional solicitada por las partes. Es lógico dentro de esta concepción que la idea de certeza no tenga cabida alguna. Esta noción aparece como secuela psicológica y de hecho de la sentencia definitiva. La certeza misma no integra la relación jurídica cuya existencia o inexistencia se debate en juicio y, por lo tanto, no puede ser materia de declaración. El *declaratum* constituye el alma misma de la sentencia. Sólo mediante él se realiza la tutela jurídica concreta. No siendo la certeza relación jurídica sino lógica, es manifiesto que ella no es objeto del proceso y que su declaración esta fuera del alcance normativo de la decisión. La sentencia no declara el derecho concreto en función subjetiva de certeza, sino en función objetiva de validez obligatoria. Partiendo de esta construcción, podría llegar hasta decirse, en forma un tanto paradójica, que la sentencia mero declarativa en vez de declarar la sentencia la constituye. (p.364)

Por su parte el autor nacional Balzán (1986) al referirse a las sentencias declarativas, hace la siguiente apología:

Aquí la función jurisdiccional se agota con la simple declaración de la existencia o no de un derecho subjetivo preexistente. Ejemplo: La sentencia en el juicio de inquisición de paternidad. El juez no crea derechos, leyes ni normas, él sólo puede pronunciarse sobre situaciones preexistentes e inclusive sobre hechos pasados. (p. 259)

Sin embargo la anterior definición de Balzán no parece muy convincente, toda vez que guarda un estrecho parecido con la constitutiva, y quizás es más

ejemplificativa que explicativa, por ello para lograr diferenciar entre las sentencias constitutivas y declarativas.

Sentencias Merodeclarativas

El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (1987), se refiere a las llamadas acciones mero declarativas o acciones de mera certeza, las cuales consisten en la activación de la función jurisdiccional del Estado en la búsqueda de un pronunciamiento de ley que permita despejar la duda o incertidumbre acerca de si se está en presencia o no, de una relación jurídica determinada o de un derecho.

En torno a este tipo de pretensiones merodeclarativas, Rengel (1991), apunta que:

...La pretensión de mera declaración o declarativa, o de declaración de simple o mera certeza, como también se la denomina, es aquella en la cual no se pide al Juez una resolución de condena a una prestación, sino la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Aquí no se trata del incumplimiento de una obligación o trasgresión del derecho, sino de la declaración de una relación jurídica que existe con anterioridad a la sentencia, pero que se encuentra en estado de incertidumbre.

En general se admite que esta forma de tutela jurídica tiende a conseguir la realización más acabada del orden jurídico objetivo y la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sin esperar a que el equilibrio que aquel orden establece y ordena respetar se halle de hecho menoscabado y roto, porque el daño puede originarse tanto de la falta de una prestación como de la incertidumbre del derecho. (p.16)

Por ello, este tipo de decisiones, se conforma con declarar si existe un derecho, por supuesto, es claro que en materia de concubinato, los efectos de haber declarado el concubinato se extienden a muchos otros de naturaleza civil personas, familia,

obligaciones, sucesiones, entre otras. De igual forma, el autor patrio Loreto (1987) señala en torno al punto anterior que:

La actuación de la voluntad de la ley se verifica por medio de la jurisdicción en dos momentos significativos: el de conocimiento y el de ejecución. Por el primero se aspira a declarar o a determinar jurídicamente lo que por el acaecer histórico y las imputaciones normativas a los hechos es la voluntad de la ley. La voluntad abstracta hecha concreta antes del proceso se individualiza en la sentencia que la patentiza y proclama como verdad oficial (*pro veritate accipitur*). En cuanto la sentencia se limita a la mera declaración de la relación material preexistente.

Los efectos de la tutela jurídica solicitada por los litigantes en las acciones de mera declaración les son conseguidos por la sentencia que declare la existencia o no existencia de la relación jurídica que ha formado objeto del proceso, ora como consecuencia de su pura eficacia declarativa sujeta a rectificación, ora de manera estable y permanente, como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada”. (p.351)

De manera, que el fin que se pretende obtener con una sentencia de naturaleza mero declarativa, se circunscribe a la obtención del reconocimiento por parte de un órgano de administración de justicia del Estado, de la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico o derecho, pero sin que tal fallo sea condenatorio en esencia. Lográndose, en consecuencia, la protección a la posible lesión que puede sufrir un derecho o vínculo jurídico en virtud del desconocimiento o duda de su existencia.

Interés jurídico actual.

Ahora bien, entre las condiciones requeridas para que pueda darse la acción declarativa, el actor debe tener un interés jurídico actual, ya que no hay acción sino hay interés, por lo tanto, ninguna demanda puede dejar de expresar el objeto de las razones en que se fundamenta, a fin de que su contexto demuestre el interés jurídico actual, porque la pretensión del actor no puede en ningún caso ser contraria a

derecho, ni tampoco desprovista de fundamento jurídico, ya que de lo contrario la acción no prosperaría.

Además el interés jurídico debe ser actual, es decir, que sea inmediata la exigibilidad del derecho reclamado, o sea, que ya esté sufriendose el daño o el perjuicio contra cuyos efectos vaya encaminada la acción. En relación al interés procesal que debe tener el actor, Henríquez (1998), señala lo siguiente:

La necesidad del proceso como único medio para obtener con la invocación de la prometida garantía jurisdiccional del Estado, el reconocimiento o satisfacción de un derecho que no ha sido reconocido o satisfecho libremente por el titular de la obligación jurídica y al respecto la doctrina distingue tres (3) tipos de interés procesal: el que deviene del incumplimiento de una obligación, el que deviene de la ley (procesos constitutivos) y el que deviene de la falta de certeza. Este último caso, es el que corresponde a los procesos mero declarativos, porque existe una situación confusa, de incertidumbre, sea por falta o deficiencia del título, sea por amenaza de perturbación al ejercicio del derecho o peligro de daño, que autoriza la intervención en vía preventiva para crear la certeza oficial que aleje anticipadamente el peligro de la trasgresión posible en el futuro, evitando el daño que se causaría si la ley no actuase. (p.96)

En este mismo orden de ideas, otra condición para que pueda darse la acción mero declarativa, a parte de la voluntad de la ley de la cual se pide la declaración, y la del interés jurídico actual, debe destacarse el interés en obrar.

Este interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial. Esta condición de hecho no consiste en una violación del derecho que es el presupuesto corriente de las sentencias de condena, sino más bien de la incertidumbre del derecho ante la opinión común por lo que se precisa no solo que el derecho sea satisfecho por el obligado, sino también que sea

cierto como derecho en la sociedad. De lo transcrito anteriormente, se desprenden los requisitos para interponer la acción mero declarativa, para conseguir del ente administrador de justicia la declaración de certeza o no de un derecho o relación jurídica.

Pues si en la parte final del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (1987) se consagra una restricción legal a la acción mero declarativa, Henríquez (1998) explica al respecto:

Razones de economía procesal justifican la inadmisibilidad de pretensiones que se agoten en el reconocimiento de un derecho subjetivo, cuando es posible obtener la satisfacción plena de ese derecho mediante el ejercicio de acción diferente. Así por ejemplo el demandante no podrá demandar la sola calificación laboral del contrato colectivo que le vincula con la contraparte si puede igualmente reclamar de una vez el pago de las prestaciones consiguientes. (p.95 y ss)

Por lo que en el caso de que el actor pueda acceder directamente a satisfacer el derecho mediante el ejercicio de una acción diferente, lo procedente será declarar la no admisión de la Demanda, de conformidad con lo pautado en el artículo 16, en concordancia con el 341 ambos del Código de Procedimiento Civil (1987), por disposición expresa de la Ley.

Sin embargo, las mas de las veces, el interés del accionante en la acción merodeclarativa de concubinato, lo que aspira es la partición de los bienes de la comunidad concubinaria, pero esta partición no puede solicitarse conjuntamente con la demanda merodeclarativa, por las razones que se expondrán más adelante.

Interés de un tercero

Por otra parte, el interés actual puede devenir de un tercero, tal como lo expuso la sentencia de la Sala Constitucional, Sentencia N° 1682 Exp. 04-3301 del 15/7/2005. Gaceta oficial N° 38.295 del 18/10/2005, que dictaminó:

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.

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta –la mayoría de las veces- imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes; motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos...

Como puede verse, cualquier tercero, puede tener interés directo en que se declare la existencia de las uniones concubinarias, esto a los efectos de atacar los bienes que se encuentran a favor del concubino, respecto a las obligaciones o contratos existentes con el otro.

Procedimiento Ordinario

Es preciso determinar cuál es el procedimiento a seguir cuando pretende instaurarse una acción mero declarativa o declarativa de certeza. En principio

pareciera que es preciso la sustanciación del procedimiento, por los trámites del juicio ordinario, dado que el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil (1987), establece que “Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial”.

Sin embargo esta afirmación no es del todo cierta, ya que el hecho de que se esté en presencia de una acción Mero Declarativa, no obliga a que su sustanciación o procesamiento del iter procesal deba realizarse conforme a lo establecido en los artículos 338 del Código de Procedimiento Civil, en este sentido señala Palacios (2002) que:

...la peculiaridad del objeto de la acción mero declarativa y la ausencia de una normativa expresa que la regule y desarrolle, hace que ella quede sometida, desde el punto de vista del proceso, a las previsiones que regulan el juicio ordinario, pero solamente, en cuanto sea compatible con su objeto; por lo que hay que concluir que existen situaciones jurídicas, que por la propia naturaleza de su objeto, no pueden tramitarse por la vía del juicio ordinario. (p.115)

Por ello, se concluye que el procedimiento ordinario sólo es aplicable a la acción mero declarativa, cuando no exista un procedimiento especial que así lo consagre. De allí que, cuando se va a intentar una acción, cuyo objeto éste regulado por una Ley Especial, el actor y el Juez deben tener particular cuidado de averiguar si en el texto de ésta se crea o se señala un Tribunal y un Procedimiento Ad Hoc. De no existir éstos, la acción por deducir se registrará por las previsiones del Código de Procedimiento Civil.

Por ello en caso, que la acción declarativa de concubinato, se interponga ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo que ocurre comúnmente,

en los casos de merodeclarativas post mortem, cuando ha habido hijos que aún sean menores de 18 años, pues en esos casos la jurisdicción de protección ejerce su fuero atrayente, se deberá tramitar el procedimiento conforme al procedimiento oral ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (2007).

Protección Cautelar

Es preciso analizar la posibilidad de que se decreten medidas cautelares sobre los bienes de la comunidad concubinaria, en el marco de juicios declarativos de concubinato, para ello se hace alusión algunas decisiones del máximo tribunal.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez, Exp. 2009-000632, con ponencia del Magistrado: Luís Antonio Ortiz Hernández, analizó lo siguiente:

Por una parte, observa esta Sala que el juez de la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia positiva, en su modalidad de extrapetita al decidir sobre materia extraña a la controversia al señalar que “no se pueden aplicar las medidas innominadas, contenidas en los artículos 171, 174 y 191 del Código Civil”, ello, en virtud de que las providencias cautelares contenidas en estos artículos se refieren a la administración irregular de los bienes comunes de los cónyuges y demandas de separación de cuerpos y/o de divorcio, que no resultan aplicables al caso in comento.

Ahora bien, el vicio de incongruencia positiva se configura cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial sometido a su conocimiento, y comete el vicio de extrapetita al apartarse del thema decidendum, o de lo pretendido por las partes, resolviendo sobre materia extraña a la controversia, es decir, el juez incurre en el vicio de incongruencia positiva por extrapetita cuando otorga o se pronuncia sobre algo distinto a lo solicitado por las partes.

Así pues, de lo señalado por el juez de segundo grado se observa, que éste se pronunció sobre la improcedencia de las medidas preventivas contenidas en los artículos 171, 174 y 191 del Código Civil, cuando lo

cierto es que en ninguna parte del escrito libelar se observa el pedimento de tales medidas.

Del estudio pormenorizado de las actas que conforman el expediente, esta Sala evidencia que la solicitante de las medidas en el escrito de informes presentado ante la alzada, se fundamentó en la interpretación constitucional vinculante que efectuare la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre los efectos de las uniones concubinarias, en fallo N° 1682, de fecha 15 de julio de 2005, caso: Carmela Manpieri Giuliani, expediente N° 04-3301; todo ello a los fines de hacer valer sus derechos frente a la comunidad concubinaria.

Continúa la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez, Exp. 2009-000632, con ponencia del Magistrado: Luís Antonio Ortíz Hernández, asentando:

Dicha labor interpretativa recayó sobre el precepto constitucional previsto en el artículo 77 que prevé que: “...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.”

Si bien es cierto que dicho fallo constitucional hace mención a las disposiciones antes referidas del Código Civil, no es menos cierto que la medida innominada solicitada por la recurrente en casación no depende de la procedencia o no de las medidas consagradas en los artículos 171, 174 y 191 del Código Civil, pues como bien señala el sentenciador, éstas no resultan aplicables al caso in comento, pero no porque aquéllas versen sobre relaciones “matrimoniales” y el presente caso sobre relaciones “de hecho” –como lo hace ver el sentenciador-, sino porque estas normas prevén un supuesto de hecho distinto al del caso de autos independientemente del tipo de relación de que se trate.

En este sentido, se observa que la disposición contenida en el artículo 171 de la ley civil sustantiva prevé la posibilidad para uno de los cónyuges de solicitar al juez que dicte las medidas tendientes a resguardar los bienes comunes, cuando el otro cónyuge que se ha encargado de administrarlos, se exceda en esa función. Pudiese ocurrir que uno de ellos pretenda que dichos bienes se vean a riesgo, sea por

dilapidación o disposición de ocultamiento fraudulento, en cuyo caso, es absolutamente legítimo solicitar al órgano judicial la protección del patrimonio conyugal a través de una medida cautelar. Continúa la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez, Exp. 2009-000632, con ponencia del Magistrado: Luís Antonio Ortíz Hernández, analizando:

En el caso de autos, la medida solicitada no es de un concubino frente al otro concubino pues como se señaló ut supra, este último pereció en fecha 16 de junio de 2008, y la medida que se solicita lo es frente a la administración que ejerce uno de los herederos legítimos del de cujus. Por su parte los artículos 174 y 191 eiusdem, presuponen la existencia de un vínculo matrimonial y el ejercicio de una acción tendiente a buscar su disolución, razón por la cual la misma Sala Constitucional del máximo tribunal ha señalado que como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento, estos artículos resultan inaplicables, sin embargo, ha dicho la Sala Constitucional: “en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.”

Finalmente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez, Exp. 2009-000632, con ponencia del Magistrado: Luís Antonio Ortíz Hernández, concluye que:

En consecuencia, los jueces de instancia están autorizados para dictar las medidas asegurativas que consideren convenientes a los fines de salvaguardar los derechos de la parte a quien se le están vulnerando, de conformidad con lo establecido en el artículo 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, como en efecto lo solicitó la parte actora, hoy recurrente en casación.

Estas medidas, denominadas preventivas innominadas, por cuanto su contenido no está expresamente determinado en la ley, son aquellas que

otorgan al juez la posibilidad de decretar y ejecutar las medidas que considere adecuadas y pertinentes –atendiendo a las necesidades del caso-, para evitar cualquier lesión o daño de difícil reparación que una de las partes le pueda infringir en derecho a la otra y con la finalidad de garantizar la efectividad de la ejecución del fallo así como la función jurisdiccional misma (lo que las diferencia de las medidas tradicionales o típicas, en cuanto estas últimas tienen como finalidad casi exclusiva, asegurar la futura ejecución del fallo).

Lo anterior permite concluir que el juez de la recurrida estaba facultado para examinar la procedencia de la medida preventiva innominada solicitada, sin necesidad de incurrir en los excesos en los que en efecto incidió, al tratar de supeditar la procedencia de ésta, a su conformidad con las previstas en los artículos 171 y 191 del Código Civil, de lo que se desprende en consecuencia, que el juez de la recurrida extendió su decisión más allá de los límites del problema judicial sometido a su consideración, apartándose así del *thema decidendum* e incurriendo en el vicio de incongruencia positiva, en su modalidad de *extrapetita*.

De esta manera, queda establecido que los jueces que conozcan de acciones merodeclarativas de concubinato, pueden perfectamente decretar medidas cautelares a favor del solicitante, obvio mientras se de cumplimiento a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (1987) relativos al *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*. Todo a los efectos de proteger al solicitante de los actos de enajenación y gravamen que pudiera llevar a efecto el demandado.

Efectos de la sentencia declarativa del concubinato

Los efectos del concubinato declarado legalmente fueron establecidos detalladamente en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, así pues en dicha sentencia se interpreta con carácter vinculante el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que ya de antemano establece que “Las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los

mismos efectos que el matrimonio”. Sin embargo, el sólo hecho de decir que produce los mismos efectos que el matrimonio, es dar al concubinato una connotación muy amplia, ya que existen disposiciones legales aplicables al matrimonio, que serían imposible de aplicación a los concubinos, por el hecho de que atenta contra su propia naturaleza, la de ser una situación de hecho y no de derecho. Entre los principales efectos destacados en la mencionada sentencia, es preciso destacar los siguientes:

La presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia. Esto es que se presume que los hijos nacidos dentro de la unión concubinaria, son hijos del concubino en cuestión, tal como ocurre con el marido dentro del matrimonio, según lo dispone el artículo 211 del Código Civil (1982). Seguidamente dispone la sentencia:

A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de fidelidad contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común (artículo 137 citado) no producen efectos jurídicos, quedando rota la “unión” por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes, lo que viene dado porque uno de ellos contraiga matrimonio con otra persona, o porque, por cualquier razón, se rompió la continuidad de la relación. Extinguida la relación, la ley, al menos en el concubinato, reconoce la condición de exconcubino como lo hace el artículo 42 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

En cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que este sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos –como los alimentarios- los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, como luego se explica, y ello se corresponde con el deber de socorro mutuo comentado.

También otorga el artículo 173 del Código Civil, el derecho optativo de la mujer de utilizar el apellido de su marido.

A juicio de esta Sala, la utilización de apellidos distintos al propio, como sería para la mujer el del marido, es un derecho que le nace solamente del

acto matrimonial, que conlleva a que añada algo a su identidad, y que se ve sostenido por el acta de matrimonio que refleja un nuevo estado civil.

Nótese pues como van creándose efectos de diferente índole, así como van excluyéndose otros que son propios de la institución del matrimonio. Continúa la sentencia señalando que:

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa –se repite– que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. Sin embargo, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido.

El estado civil surge de unas manifestaciones de voluntad formales contenidas en las actas del estado civil, así como de las transformaciones que éste recibe y que constan en las notas marginales de las partidas.

Se trata de una cuestión formal que permite no sólo conocer la condición de la persona, sino que resulta la piedra angular del sistema de identificación.

No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato, u otro tipo de unión, que otorgue el estado de concubino o unido y, por tanto, los símbolos que representan el estado civil, como el uso del apellido del marido por la mujer; a juicio de la Sala, no puede ser utilizado por quien no ha contraído matrimonio.

En este sentido, queda claro, que la concubina no puede utilizar el apellido del marido, pues es precisamente un efecto propio del matrimonio, y que guarda relación con las notas marginales que se asientan en las partidas llevadas por el Registro Civil. Continuando la revisión de otros efectos señala la misma sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, lo siguiente:

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 d 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.

Así pues, no pueden seguirse limitando los efectos patrimoniales consecuentes de la unión concubinaria, a aquellos expresamente señalados en las Leyes especiales de la República Bolivariana de Venezuela, por el contrario estos deben equipararse cada vez más a los efectos producidos por el matrimonio. Sigue detallando la sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, los siguientes efectos:

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.

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta –la mayoría de las veces- imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes; motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos.

De esta manera se excluye de la esfera de efectos del concubinato, la aplicación del artículo 168 del Código Civil (1982), dada la imposibilidad de publicitar al concubinato a diferencia del matrimonio, que requiere unos mecanismos muy especiales de publicidad, tales como la partida de matrimonio del Registro Civil, así como los esponsales, entre otros, criterio este sobre el cual esta investigadora plasmó su desacuerdo en el punto atinente a la responsabilidad del concubino. En otro sentido destaca la sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, lo siguiente:

Ahora bien, declarado judicialmente el concubinato, cualquiera de los concubinos, en defensa de sus intereses, puede incoar la acción prevenida en el artículo 171 del Código Civil en beneficio de los bienes comunes y obtener la preservación de los mismos mediante las providencias que decrete el juez.

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.

Queda así decretada la posibilidad de que el concubino o concubina pueda solicitar las medidas contenidas en el artículo 171 del Código Civil (1982) y por otro lado excluida la posibilidad de celebrar capitulaciones, por ser esta última una institución propia del matrimonio. De seguida la sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, analiza que:

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.

De esta manera se consagra definitivamente el derecho sucesoral del concubino sobreviviente, sobre los bienes del concubino fallecido al cual accede este en el mismo modo y forma establecida en el Código Civil (1982) para con el marido o la mujer, siendo aplicables incluso las normas respecto a la declaración como indigno, que limitan al heredero a participar de la herencia, sin duda, esto sí es una innovación radical, en el régimen patrimonial que regulaba al concubinato en los últimos tiempos. Continuando con el análisis de la sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, es preciso acotar que la misma puntualiza que:

Ahora bien, equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil.

Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil.

Así quedo establecido el derecho a pedir alimentos al concubino, es decir, la posibilidad de incoar el procedimiento relativo a la pensión de alimentos, que regula el Código de Procedimiento Civil (1987) y que reconoce el Código sustantivo (1982), Sin embargo parece curioso que un concubino exija al otro pensión de alimentos, toda vez que esto seguramente podría ocurrir, una vez separados de hecho los concubinos, en consecuencia, como podría exigirse alimentos si ya la institución del concubinato desapareció de hecho, tal como alguna vez pudo crearse, es sin duda, a juicio de la autora poco probable que se materialice este efecto, no obstante así lo dejó sentado el Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia vinculante supra tratada. Finalmente dispone la sentencia de Sala Constitucional del 15 de Julio de 2005, que:

Esta ausencia de registro y, por tanto, de publicidad, que puede mantener al concubinato oculto respecto a los terceros, plantea la pregunta de si es nula la venta entre los concubinos, tal como lo establece el artículo 1481 con respecto a los cónyuges.

A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la “unión estable”, sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio.

Si en definitiva no todos los efectos del concubinato, pueden acarrear sólo derechos y ventajas, es preciso aplicar también los deberes y obligaciones, tal como ocurre con la comunidad conyugal, respecto a las deudas y gravámenes. Por ello, debe evitarse que el hecho de que exista el concubinato, no debe significar un fraude para terceras personas, en tal sentido puede pedirse la nulidad a que se refiere el artículo 1481 del Código Civil (1982) o tratarse dicho bien como un bien perteneciente a la comunidad concubinaria.

CAPÍTULO III

COMPETENCIA MATERIAL PARA CONOCER DE ACCIONES MERODECLARATIVAS DE CONCUBINATO

En este capítulo la investigadora persigue determinar el tribunal competente para conocer de las demandas merodeclarativas de concubinato, tomando como base la Ley, las diferentes decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, y tomando como referencia los sujetos intervinientes en la relación jurídico procesal.

La competencia por la materia

La Jurisdicción es el Poder jurídico del estado de administrar justicia, por medio de los órganos jurisdiccionales, lo cual logra a través de la sentencia, previo el ejercicio de la acción y la consecución del proceso debido. Esta facultad de administrar justicia, está atribuida por imperio de la Ley y limitada por las competencias en razón del territorio, la materia y la cuantía.

Así pues, el poder jurídico del jurisdicente para dictar fallos, tiene un campo de aplicación, dentro de un territorio determinado, en las materias sometidas a su conocimiento y de acuerdo a la cuantía establecida legalmente, siendo este campo de aplicación las limitantes para ejercer la jurisdicción.

En este orden de ideas, es preciso citar el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998) que prevé “Son deberes y atribuciones de los jueces de primera instancia, por razón de sus respectivas materias y en el territorio de sus respectivas jurisdicciones: ... omissis... B. EN MATERIA CIVIL: 1º Conocer en la primera instancia de todas las causas civiles que les atribuya el Código de Procedimiento Civil....”

Por su parte, el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (1987), dispone: “Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia.”

En relación a este dispositivo legal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 11 de junio de dos mil ocho, Exp.Nº 06-1510, con ponencia del Magistrado: Marcos Tulio Dugarte Padrón, dictaminó:

...Por lo tanto, se observa diáfananamente que el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, no es atentatorio ni violatorio del derecho a la celeridad de la justicia o del “acceso a la justicia” como lo señala el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, ya que la competencia por la materia es de orden público, tal como lo señalan los artículos 28, 60, 69 y 70 del Código de Procedimiento Civil, siendo que ésta brinda seguridad jurídica a los justiciables de ser juzgados por sus jueces naturales, especializados y capaces para que de manera imparcial y transparente diriman las controversias que se susciten, por lo que desaplicar la norma del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil sería lo que realmente atentara contra derechos constitucionales como el juez natural, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, por lo que esta Sala no considera inconstitucional dicha norma ni procedente la desaplicación de la misma en el presente caso. Así se decide...

La sentencia citada hace alusión a la improcedencia de la desaplicación y consecuente constitucionalidad del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, haciendo precisamente referencia a la competencia por la materia que es considerada de orden público.

En ese sentido, en lo que respecta a la importancia de la competencia como presupuesto de validez de toda sentencia, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 127, de fecha 12 de abril de 2005, caso: Técnicos de Concreto Teconsa S.A, contra Banco de Fomento Regional de Los Andes C.A., en el expediente N° 03-020, advirtió lo siguiente:

...la sentencia dictada bajo irregularidades de competencia (...) incumple con disposiciones procesales de validez que, al no ser cumplidas, es anulable a instancia de parte o de oficio, pues ello involucra el orden público al estar en juego principios y valores constitucionales, como la cosa juzgada, la seguridad jurídica y el juez natural, el debido proceso y el derecho de defensa. Las sentencias emanadas de un juez o jueza incompetente por la materia, constituyen un presupuesto de validez de la sentencia, cuyo incumplimiento genera su nulidad.

Asimismo, es preciso señalar, que la competencia por la materia es de orden público, lo que determina, que la incompetencia puede ser declarada en cualquier estado del proceso, incluso en fase de ejecución, por cuanto el principio del juez natural se contrapone al de la cosa juzgada, así lo ha establecido, la Sala Plena de este Alto Tribunal, entre otras decisiones, mediante sentencia número 20, del 14 de mayo de 2009, caso: Raúl Vinsencio Rodríguez Ramírez contra Iris Violeta Angarita, en la cual, puntualizó lo siguiente:

...la competencia por la materia, que siendo de eminente orden público (...) puede declararse en cualquier estado y grado del proceso.....Omissis... la competencia por la materia es de orden público, tal como ordena el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil al referirse a la obligación judicial de declarar la incompetencia material, porque la incompetencia por la materia (...) se declarará aún de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso.

El Juez Natural

Son jueces naturales aquellos cuya designación ha sido anterior al proceso que motiva la cuestión y basado en normas constitucionales y legales. No son jueces naturales aquellos que compongan comisiones o tribunales especiales constituidos luego del hecho motivo del proceso.

Este principio ha sido proclamado internacionalmente tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8 inciso 1, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14 inciso 1.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en lo que respecta al juez natural, el 25 de junio de 2003 con Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, N° 1737 estableció:

...el juez natural reúne los siguientes caracteres: El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley. Esto es, aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces.

A la persona del juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, se le exigen otros requisitos, en este sentido, continúa señalando la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de junio de 2003 con Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, N° 1737 que:

Dichos requisitos, básicamente, surgen de la garantía judicial que ofrecen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y son los siguientes: 1) Ser independiente, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura; 2) ser imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez. La parcialidad objetiva de éste, no sólo se emana de los tipos que conforman las causales de recusación e inhibición, sino de otras conductas a favor de una de las partes; y así (sic) una recusación hubiese sido declarada sin lugar, ello no significa que la parte fue juzgada por un juez imparcial si los motivos de parcialidad existieron, y en consecuencia la parte así lesionada careció de juez natural; 3) tratarse de una persona identificada e identificable; 4) preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar, es decir, no ser un Tribunal de excepción; 5) ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. El requisito de la idoneidad es relevante en la solución del presente caso, y es el resultado de lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que exige concursos de oposición para el ingreso y ascenso en la carrera judicial, lo que se ve apuntalado por la existencia de Normas de Evaluación y Concursos de Oposición de Funcionarios del Poder Judicial dictados por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, publicadas en la Gaceta Oficial N° 36.899 de 24 de febrero de 2000. Este requisito no se disminuye por el hecho de que el conocimiento de varias materias puedan atribuirse a un solo juez, lo que atiende a razones de política judicial ligada a la

importancia de las circunscripciones judiciales; y 6) que el juez sea competente por la materia. Se considerará competente por la materia aquel que fuera declarado tal al decidirse un conflicto de competencia, siempre que para la decisión del conflicto se hayan tomado en cuenta todos los jueces que podrían ser llamados a conocer, situación que no ocurrió en este caso; o creando en la decisión del conflicto no se haya incurrido en un error inexcusable en las normas sobre competencia...

En conclusión el derecho al juez natural predeterminado por la ley, supone que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido.

Asimismo en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 05 de agosto de 2008 se estableció que:

De manera que dicha garantía constitucional involucra dos aspectos, a saber:

- 1.- El aspecto formal, esto es, que sea un juez con competencia predeterminada en la ley el llamado a decidir sobre el mérito de la causa, pues constituye una máxima del Derecho Procesal que la competencia es un presupuesto de la sentencia y no del proceso, y para ello deben atenderse a los criterios tradicionales de materia, territorio y cuantía que fijan las leyes procesales para su correcta determinación.
- 2.- El sustancial, que ese juez sea idóneo, independiente e imparcial para que asegure que será justa y conforme a derecho la decisión judicial. Por tanto, se trata de una garantía jurisdiccional, es decir, inherente al ejercicio de la función de administración de justicia.

En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces.

Juez competente en materia de declaración de concubinato

La acción merodeclarativa de concubinato, es de naturaleza esencialmente civil, específicamente del ámbito del derecho civil familia, sin embargo en relación a la competencia para conocer de estas demandas, se han tejido diferentes interpretaciones.

Para determinar la competencia es preciso tomar en cuenta el contenido normativo del artículo 177, Parágrafo Primero, Literal “m” y Parágrafo Cuarto, Literal “e” de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), lo que se analizará mas adelante.

Sin embargo, de una reflexión de la normativa, conlleva a expresar que la Comunidad Concubinaria y su acción deriva del funcionamiento de una presunción legal *iuris tantum*, la cual únicamente surte efectos entre los concubinos, es decir, en este tipo de acciones mero declarativas, de relación concubinaria, no son partes los adolescentes pues, de declararse la existencia del concubinato, lo que se genera es una manifestación judicial, que certifica la situación fáctica de la unión de un hombre y una mujer, que ahora la Ley reconoce.

Dentro de ésta perspectiva en nada forman parte los hijos de esa alegada relación, pues de la declaración de existencia de la relación concubinaria, genera los deberes de solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua, respeto recíproco, etc, entre el concubino y su pareja.

Siendo ello así, la acción mero declarativa de concubinato sólo surte efecto entre el concubino y su concubinaria ó amaría por ende la competencia corresponde al juez civil, y se sostenía que, salvo los casos en que el niño o adolescente figure como demandado a razón del fallecimiento del concubino.

Circunstancia aparte, es la que puede generarse una vez declarada la existencia de la relación concubinaria, vale decir, la posibilidad de accionar en partición y liquidación de esa comunidad, y, donde la competencia para conocer de esa acción, sí sería del Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente, tal cual lo establece el artículo 177, Parágrafo Primero, Literal “I”, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), lo que se analizará más adelante.

Importa y por muchas razones, determinar, además, la naturaleza de la acción incoada, vale decir, de una acción mero declarativa, que es una figura propia del derecho adjetivo civil y, su fundamento está consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (1987). Asimismo, al perseguir el solicitante con dicha acción que se declare la existencia de una unión concubinaria, la misma cobra un carácter eminentemente civil por estar en discusión derechos de estado y capacidad de las personas. De manera que al ser intentada la acción por una persona mayor de edad, en contra de un litisconsorcio pasivo integrado por sujetos, también mayores de edad, la competencia evidentemente corresponde a los Tribunales Civiles.

Así, lo ha expresado la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo de reciente data, de fecha 21 de Mayo de 2008 Caso: Reino contra Bracamonte, Sentencia N°39, con ponencia del Magistrado Dr. FERNÁNDO RAMÓN VEGAS TORREALBA, donde se expresó:

...por tratarse la acción mero declarativa de unión concubinaria, de una acción de naturaleza civil, regulada por el Código Civil, en el que las partes son mayores de edad y, no se está afectando directamente el derecho o interés de ningún niño o adolescente que haya que salvaguardar, se declara que el tribunal competente para conocer de la presente causa es el tribunal civil.

Por tales motivos, la acción declarativa de concubinato o merodeclarativa, era conocida por el juez civil, a menos que figurare como parte demandada un niño, niña o adolescente.

Sin embargo el criterio antes mencionado, fue completamente modificado por la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha siete de marzo del año dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado: Malaquías Gil Rodríguez, Expediente N° AA10-L-2010-000138, en la que se analizó lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto al primer soporte teórico jurídico, estima conveniente la Sala expresar en esta oportunidad, que si bien es cierto que en atención a lo estatuido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute y por las disposiciones legales que la regulan, no es menos cierto que, tal principio admite la excepcionalidad del fuero subjetivo atrayente, sin que ello implique subvertir el carácter de orden público que posee la normativa destinada a regular la competencia, pues la excepción al aludido dispositivo legal, en el marco de la integralidad del ordenamiento jurídico positivo, no se presenta como una colisión, sino antes bien, como una complementariedad que obedece y responde a la expresa voluntad del constituyente patrio cuando en el artículo 78 de la Carta Magna contempló que el Estado, las familias y la sociedad asegurarán con prioridad absoluta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el Poder Judicial, en tanto rama del Poder Público Nacional, en ejercicio de las funciones conferidas le corresponde contribuir con la realización de los fines del Estado, lo cual, en el caso del tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, inexorablemente deberá concretarse por conducto de los tribunales

especializados, habida cuenta de la compleja y alta responsabilidad que significa brindarles el oportuno, íntegro y cabal amparo que presupone el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

De otra parte, resulta pertinente destacar que la normativa jurídica destinada a la protección de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, se ha venido desarrollando de forma autónoma e independiente del derecho civil, no sólo por el hecho de ser históricamente posterior a la regulación que sobre la misma materia se ubicaba inicialmente en el campo del mencionado derecho, sino en virtud de la nueva concepción que al respecto postula nuestra Ley Fundamental, lo que hace evidente, que el conjunto de normas jurídicas preconstitucionales, necesariamente deban interpretarse y armonizarse con el espíritu y mandato expreso del constituyente. En este contexto, el reconocimiento que realiza el texto constitucional en su artículo 77 de las uniones estables de hecho, y su equiparación, en cuanto a los efectos, a la unión matrimonial, representa un elemento de significativa importancia al momento de considerar todo lo relativo a la jurisdicción que debe conocer las controversias que puedan suscitarse en el mundo de la relaciones familiares en que estén involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes. Del mismo modo, lo consagrado en el artículo 78 de la constitución, en lo tocante a la Prioridad Absoluta y al Interés Superior de niños, niñas y adolescentes, desarrollados legislativamente en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, son elementos que concurren en la progresiva ampliación y fortalecimiento de la nueva concepción que sobre esta sensible materia estableció el constituyente del año 1999 y que, consecuentemente, ha venido desarrollando el Estado venezolano.

A mayor abundamiento acerca de esta cuestión, consideró la Sala Plena destacar el progresivo desarrollo de la legislación que regula esta especial y compleja materia, para ello destacó el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), representa un avance en comparación con lo estatuido en el artículo 177 de la reformada Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, en la perspectiva de la ampliación de la competencia de la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, en lo tocante, a la expresa inclusión entre los asuntos de familia de naturaleza contenciosa, lo relativo a

“...la liquidación y partición de la comunidad conyugal o de las uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes...”.

Ciertamente, a juicio de la Sala Plena del máximo tribunal, no cabe la menor duda que en el literal l del párrafo primero del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), reside el conferimiento a la jurisdicción especial de niños, niñas y adolescentes de la competencia para conocer y decidir lo tocante a las acciones mero declarativas de uniones concubinarias, pues, aún cuando en su texto no se contempla ni se alude expresamente a las citadas acciones mero declarativas, la interpretación progresiva de dicho dispositivo normativo a la luz de los valores, principios y preceptiva constitucional, así como su desarrollo legislativo y jurisprudencial, razonable y coherentemente conduce a tal conclusión.

Esto en virtud que la norma jurídica bajo análisis, contempla las uniones estables de hecho, las cuales fueron calificadas por la Sala Constitucional como equivalentes a las uniones matrimoniales, en sentencia número 1682 de fecha 15 de julio de 2005, a propósito de la interpretación que realizara sobre el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). En dicho fallo, categóricamente afirmó el máximo órgano de interpretación constitucional, que “...en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.”

En suma, de la valoración de los lineamientos que se infieren de la interpretación del artículo 77 constitucional, conjuntamente con lo establecido en el precitado artículo 177, lo procedente conforme a lo contemplado y a la progresiva orientación humanista del sistema jurídico positivo patrio, es que la jurisdicción

especial de protección de niños, niñas y adolescentes sea la que conozca de los juicios destinados al reconocimiento judicial de uniones concubinarias.

Continúa la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha siete de marzo del año dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado: Malaquías Gil Rodríguez, Expediente N° AA10-L-2010-000138, dictaminando lo siguiente:

En relación con el segundo punto en que se sustenta el criterio que actualmente acoge la Sala Plena, vale decir, la no afectación directa ni indirectamente de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, con ocasión al ejercicio de una acción mero declarativa de unión concubinaria, es necesario precisar lo siguiente:

El reconocimiento judicial de una unión estable de hecho, indiscutible y evidentemente surte un conjunto de efectos jurídicos en el mundo del derecho, particularmente, en el campo de las relaciones entre las personas involucradas directa e indirectamente en la misma y, en lo relativo a la cuestión patrimonial. Otras relaciones y consecuencias jurídicas, no tan nítidas y notorias como las mencionadas, pero al mismo tiempo, no menos importantes, por consiguiente, trascendentes para la protección integral de la persona humana, primordialmente en su especial etapa de niñez y adolescencia, están presentes en la familia, en tanto, concreción y expresión de una asociación creada por un hombre y una mujer, y fundada en el afecto. El desarrollo de la familia, vale decir, la procreación de descendencia, no sólo es el medio natural que conduce a la consolidación de la asociación familiar, sino que ello se traduce en una fuente de deberes y derechos para el padre y la madre, que su observancia o desconocimiento inevitablemente incidirán en la formación de los niños, niñas y adolescentes.

De manera que, a juicio de esta Sala Plena, la inafectabilidad de los niños, niñas y adolescente a propósito de un procedimiento de reconocimiento judicial de unión concubinaria es relativa, toda vez que en el reconocimiento judicial de la base de la familia, o sea, el reconocimiento de la unión estable de hecho, comporta e implica la consideración de un conjunto de relaciones y dinámicas que trascienden el estricto enfoque civilista, es decir, aquel vinculado con el estado de las personas y su patrimonio, de allí que, garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes, exige el análisis global de la dinámica familiar y

social en que se desenvuelve, pues estos factores, inobjetablemente repercutirán en la formación de su personalidad, razón por la cual, es forzoso concluir que el más idóneo de los juzgadores está integrado a la jurisdicción especial para la protección de niños, niñas y adolescentes, toda vez que las autoridades públicas que desempeñan dicha función, han sido expresamente capacitadas para proporcionar las soluciones que amerita la compleja y especial situación que significa e implica biológica, psicológica y socialmente la niñez y adolescencia.

Para finalizar, la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha siete de marzo del año dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado: Malaquías Gil Rodríguez, Expediente N° AA10-L-2010-000138, puntualizó:

De allí que, se reitera, a juicio de esta Sala Plena sea relativa la inafectabilidad de los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes en un debate judicial que independientemente de sus resultados, inevitablemente incidirá en la situación y dinámica de estas personas objeto de especial protección, toda vez que, como ya fue expresado, el proceso de formación y desarrollo de la personalidad en el niño, niña y adolescente, constituye una cuestión esencial no solo para su propio futuro en tanto persona humana, sino incluso para el devenir de la sociedad de la cual es parte y a su vez expresión.

Dicho de otro modo, el desarrollo de un juicio en el que se ventila el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales, las cuales no se agotan en el mundo de la normatividad jurídica, pues lo espiritual, psicológico, en fin, el conjunto de referentes que configuran el sensible mundo de los niños, niñas y adolescentes lo trasciende. La incidencia o repercusión, se materializa en cada caso concreto, en grados distintos, pero siempre producirá sus consecuencias, por cuyo motivo, se justifica plenamente la intervención de un juez especializado en el abordaje, tratamiento y solución de este tipo de situaciones. Por consiguiente, y a modo de conclusión, la protección especial que amerita la persona humana que aún no ha alcanzado el suficiente nivel de madurez, desborda los límites de las clásicas medidas asociadas a la concepción del derecho civil, habida

cuenta que requiere de un juez especial en virtud de la especialidad de la materia.

En consideración de lo precedentemente expuesto, la Sala Plena abandona el criterio jurisprudencial hasta ahora suscrito y, fundamentalmente, establecido a través de sentencia número 71 de fecha 25 de abril de 2008, consistente en atribuirle la competencia para conocer de las acciones mero declarativas de unión concubinaria, a la jurisdicción civil, toda vez que efectuado el razonamiento que antecede, arriba a la conclusión que en los procedimientos en que se solicita el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, en la que se hayan procreados hijos, y mientras éstos sean menores de edad, la jurisdicción competente es la especial de protección de niños, niñas y adolescentes, habida cuenta que es la más capacitada para brindarle la debida protección a los sujetos en etapa de niñez o adolescencia. En consecuencia, el nuevo criterio que sobre esta materia adopta la Sala Plena, a los fines de garantizar el más idóneo, integral y cabal tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, que se ven involucrados en juicios relacionados con solicitudes de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, son los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes. Así se decide.

En congruencia con lo anterior, y visto que en el presente caso, el debate se centra en la procedencia o no del reconocimiento judicial de unión concubinaria, en la que la actora afirma que se procreó una hija, la cual aún se encuentra en la etapa de niñez, la Sala Plena considera y, subsiguientemente, declara que el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la presente causa es el Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3.

De esta forma, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala plena, modifíco el criterio que pacíficamente venía sosteniendo, y con el voto salvado de tres magistrados, modifíco el criterio competencial material en relación con los procedimientos merodeclarativos de concubinato.

Por lo que, en la actualidad, el juez civil solo conocerá de la demandas declarativas de concubinato, cuando estos no hayan tenido hijos, que para el

momento de la interposición de la demanda sean niños, niñas o adolescentes, por el contrario siempre que se afirme que en la unión concubinaria se procrearon hijos que para la fecha de presentación de la demanda son menores de edad, corresponderá conocer al juez de protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

CAPÍTULO IV

PRUEBAS PERTINENTES PARA LA DEMOSTRACIÓN DE LA RELACIÓN CONCUBINARIA EN JUICIO

Las Pruebas y los medios de pruebas

Para Bello (1991) la prueba “se la puede concebir como la razón o argumento, mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho”. (p. 6) El autor resume después del estudio de diferentes actores que la prueba es una consecuencia del derecho de acceso a la justicia que como tal tiene carácter constitucional. Por su parte Osorio (1974) afirma lo siguiente:

Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encamine a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

Se considera Prueba el resultado de la actividad probatoria y del razonamiento judicial donde el operador de justicia da por demostrado o no las afirmaciones o negaciones de las partes contenidas en su escrito de demanda o de contestación, la ocurrencia o no de los hechos, estableciendo así la cuestión fáctica cierta y acredita en el proceso-hechos controvertidas-. (p. 624)

En cuanto a la prueba definitivamente tiene varias acepciones o nociones, a saber: a) Como medio de prueba; b). Como acción de probar carga probatoria, c). Como argumento de convencimiento judicial, siendo el fenómeno psicológico producido en la mente y espíritu del decidor, convicción o certeza acerca de la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, ocurrencias o no del hecho controvertido que quiere demostrarse; y d). Como razón o argumento.

Bello (2010) advierte que prueba es lo “Que le demuestra o convence al juez de la verdad o falsedad de las afirmaciones, ocurrencia o no de los hechos”. (p. 724).

Cabanellas (1981) afirma que “la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.” Asimismo refiriéndose a la etimología subraya lo siguiente:

Tratando de modo especial sobre la prueba judicial conviene la opinión de Caravantes acerca de su etimología; para unos dice proceder del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros de probandum, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hace fe, según varias leyes del Derecho Romano. 2—Un adagio latino, por demás evidente, proclama: probatio est demostraciones veritas (prueba es la demostración de la verdad..... También puede entenderse como prueba el medio con que se demuestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa” (p. 497)

Por su parte Villasmil (1988), al referirse a la naturaleza de la prueba, señala que:

La prueba existe antes que el Derecho, su existencia es anterior al proceso, solo que el derecho procesal asume la prueba para fijar las reglas relativas a su oportunidad, a su admisibilidad y a los requisitos formales para su práctica judicial, mientras que el Derecho Sustantivo, siguiendo la tradición de Pothier y el Código Civil Francés, se involucra en esta materia para establecer los medios de pruebas de las obligaciones y las reglas particulares para su valoración. Pero ninguna de las dos ramas del derecho, ni el derecho Sustantivo ni el Adjetivo, controlan la prueba en toda su compleja integridad. (p.18)

Continuando con la definición de prueba, merece la pena traer a colación el criterio de Colin y Capitant (1951) quienes afirman que probar significa “...hacer

reconocer ante los tribunales la verdad de una alegación por lo que se afirma un hecho del que se desprende consecuencias jurídicas. Las pruebas son elementos de convicción que las partes están autorizadas para someter a los Tribunales.” (p. 463). A este respecto, puede afirmarse que la prueba, no solo es el objeto que sirve para el conocimiento del hecho, sino también la certeza o convicción que aquel que la proporciona.

De esta manera se pueden reconocer variadas acepciones del vocablo pruebas, entre ellas el conjunto de actos de las partes que tiene por fin, convencer al Juez acerca de la verdad de la afirmación de un hecho. La actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho y la verdad o falsedad de una afirmación. El hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes. La razón o el argumento tendente a demostrar las afirmaciones o negaciones de las partes, la ocurrencia o no de los hechos debatidos en el proceso.

Señala Bello (1991) que los medios de prueba son “las formas aceptadas en el ordenamiento positivo para la debida demostración ante el juez, que conduzca a la veracidad y certeza de los hechos cuestionados” (p. 53). Los diversos medios de pruebas deben agruparse en una forma lógica y acorde con la manera como han de traer al Juez la certeza de los hechos que se pretenden probar.

Pueden tener carácter directo, mediante el contacto del Magistrado con ellos mismos, o si se acude a la representación o al sistema de deducciones o inducciones, y así se tienen: pruebas por percepción, prueba por presentación, pruebas por deducción o inducción.

Por medios de Pruebas, deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el Juez, que suministren esas razones o motivos. Los

medios de prueba son una actividad jurídica y procesal, constituyendo el vehículo, herramienta o instrumento por conducto de los cuales se llega al proceso, las fuentes de las pruebas.

El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil (1987) indica cuales son los medios e pruebas admisibles y se refiere a “...los contenidos en el Código Civil el código de Procedimiento Civil y en otras Leyes de la República.”

Para Vásquez (1995) “Los medios de pruebas son aquellos de los cuales se valen las partes para demostrar sus alegaciones; son los diversos elementos autorizados o permitidos por la Ley, de que pueden valerse o servirse las partes para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en el proceso.” (p. 168).

Asimismo Riviera (2000) señala que: “Los medios de pruebas, son de actividad jurídica y procesal, constituyendo el vehículo, herramienta o instrumento por conducto de los cuales se llega al proceso las fuentes de prueba”. (p.83)

Osorio (1974) advierte que “Llámesese así a las actuaciones que, dentro de un procedimiento judicial, cualquiera sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio. Los medios de prueba se han de practicar de acuerdo con lo que para cada uno de ellos establecen los Códigos procesales.” (p.460)

Disponen los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil:

Artículo 397.- Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con

claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.

Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Artículo 398.- Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que son legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

En este orden de ideas, es sabido que en el derecho común, son medios de prueba admisibles en cualquier juicio aquellos que determina el Código Civil (1982), el Código de Procedimiento Civil (1987) y otras leyes especiales de la República.

No obstante, pueden también las partes valerse de cualquier otro medio no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil (1982), y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

La prueba impertinente es la prueba ajena a los hechos controvertidos en la causa. La pertinencia contempla la relación que el hecho por probar nada pueda tener con el litigio, por lo tanto será prueba impertinente, aquella que se deduce con el fin de llevar al Juez al convencimiento sobre hechos que por ningún respecto se relacionan con el litigio y que por lo tanto no puedan influir en su decisión.

Así las cosas, de conformidad con lo pautado en el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil (1987):

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Igualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 27 de febrero de 2003, Caso: Maritza Herrera de Molina y otros; y sentencia del 11 de julio de 2003, Caso: Puertos de Sucre S.A., precisó que el establecimiento del objeto de la prueba va de la mano con la pertinencia o impertinencia de la misma, por ser la manera más eficaz que se posee de establecer la relación que exista entre los hechos litigiosos que se ventilan en dicho proceso con los hechos que son objeto de prueba. Por lo cual, cuando se promueve una prueba debe indicarse el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario no podrá valorarse la pertinencia y se corre el riesgo que sea declarada inadmisibile.

De las Constancias de concubinato

Las jefaturas Civiles durante años expidieron lo que se denominó Constancias o cartas de concubinato, así pues, si los concubinos deseaban obtener la misma, tan sólo debían cumplir con los requisitos que se enumeran a continuación, los cuales se encuentran enumerados en la información que se encuentra en línea, específicamente

en la pagina <http://www.gobiernoonlinea.ve/tramites-nvo-view/ver> (Consulta: 2006, Junio 10), que textualmente señala:

Requisitos: Venezolano que habite en el territorio nacional. Recaudos: Presentar timbre fiscal metropolitano, Si tiene hijo (s) traer copia (s) de la (s) partida (s) de nacimiento, Constancia de residir en la parroquia, Dos (2) testigos con copia de cédula, Original y Copia de la Cédula del solicitante, Tarifas: 0.3 U.T. (29.400) Bs.8.820 en timbres fiscales. Procedimiento: Dirigirse a la Jefatura Civil más cercana a su domicilio con los recaudos.

Ahora bien, con sólo cumplir los requisitos anteriormente descritos, cualquier persona podía dirigirse a la jefatura civil, más cercana y solicitar una constancia de concubinato, las cuales pueden hacerse conjuntamente por ambos concubinos, también pueden ser solicitadas por unos solo de ellos, o incluso eran solicitadas y otorgadas *post mortem*, es decir, con posterioridad a la muerte de uno de los concubinos.

Es preciso resaltar que este tipo de constancias eran exigidas por algunos organismos públicos, a los efectos de derivar determinadas consecuencias, como por ejemplo así lo solicitan a los concubinos, al optar por un crédito de política habitacional, ahora llamado el FAOV. Sin embargo en el desarrollo de un proceso jurisdiccional en el cual se persigue la declaración de existencia del concubinato o sencillamente se instauró de forma inmediata la partición de la comunidad concubinaria, dicha constancia de concubinato, presupone un valor prácticamente nulo, es decir, nada aporta como hecho demostrativo de la relación concubinaria, menos aún cuando la misma es obtenida por uno solo de los concubinos o *post mortem*.

Pero es preciso preguntarse ¿por qué carece de valor probatorio esta constancia expedida por un Registro Civil?, sencillamente porque quienes dan fe de la existencia del concubinato son los dos testigos presentados por los concubinos, o por unos solo de ellos, en consecuencia dichos testigos, no han sido sometidos al control de la prueba, para producir efectos *erga omnes*, de allí que la sola declaración de dos testigos ante una instancia administrativa, no puede constituir plena prueba sobre la veracidad de la existencia de una unión concubinaria. En este sentido el registrador civil, no da fe de la existencia de dicha unión estable de hecho, tan sólo suscribe al final de la constancia, como aceptación de que las deposiciones fueron hechas ante su persona, sin que este ejerza función inquisidora o controladora, sobre la declaración de los testigos en cuestión.

Así las cosas es preciso señalar que el valor probatorio de una constancia de concubinato dentro del procedimiento de declaración del mismo, no es conclusivo, ni hace plena prueba, no obstante, puede tenerse como un indicio, sobre todo cuando ha sido expedido a solicitud de ambos concubinos y cuando existen varias constancias con fechas diferentes, pueden hacer presumir conjuntamente con otras pruebas aportadas en el proceso, que durante ese tiempo permaneció la unión concubinaria.

De los justificativos de perpetua memoria

Para hablar de los justificativos de perpetua memoria, es preciso analizar en principio lo dispuesto en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil (1987), que dispone:

Cualquier Juez Civil es competente para instruir las justificaciones y diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propio del interesado en ellas. El procedimiento se reducirá a acordar, el mismo día en que se promuevan, lo necesario para practicarlas; concluidas, se entregarán al solicitante sin decreto alguno.

De tal suerte, que basta con que se pida al juez que deje constancia de un determinado hecho, el cual se le hace constar a través de testigos o de una inspección ocular y en el acto se instruirán las justificaciones. Por su parte el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil (1987), establece que:

Si se pidiere que tales justificaciones o diligencias se declaren bastantes para asegurar la posesión o algún derecho, mientras no haya oposición, el Juez decretará lo que juzgue conforme a la ley, antes de entregarlas al solicitante, o dentro del tercer día, si esta petición se hubiere hecho posteriormente a la primera diligencia; quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros.

El competente para hacer la declaratoria de que habla este artículo es el Juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentren los bienes de que se trate.

Es preciso pues, analizar el valor de un justificativo de perpetua memoria en el cual se declare por ejemplo que una ciudadana es única y universal heredera de su concubino, sin previamente haberse instaurado un procedimiento declarativo de concubinato, en efecto ha ocurrido, que algunos jueces declaran a través de la figura de los justificativos de perpetua memoria, que una concubina es universal heredera del *de cujus*, y con esta declaración procede pues la misma, a realizar los trámites para el cobro de seguros y otras diligencias de índole administrativa.

Es pues esta práctica censurable toda vez que en los justificativos de únicos y universales herederos, el juez no puede sólo atenerse al dicho de los testigos, sino que además debe verificar con las pruebas aportadas, la veracidad de las afirmaciones, es así como tal como se exige las partidas de nacimiento de los hijos para determinar la filiación y a esto se adminicula la declaración de los testigos, para entonces concluir que dicho hijo es universal heredero, debe igualmente hacerse en el caso de

concubinos, es decir, debe solicitarse la copia certificada de la sentencia definitivamente firme, en la que se declaró la existencia del concubinato, para entonces poder solicitar se le declare única y universal heredera, o en su defecto la partida de concubinato expedida por el registrador competente de la cual debe haber transcurrido más de dos años.

Así pues en caso de que en un proceso de declaración de existencia del concubinato, se presente como prueba un justificativo de testigos como el anteriormente narrado, deberá el juez recordar lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Procedimiento Civil (1987), que dispone que “Las determinaciones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria no causan cosa juzgada, pero establecen una presunción desvirtuable”. En tal sentido si previamente un juez declaró única y universal heredera a una concubina, sin previamente haberse incoado la acción mero declarativa, esta actuación debe declararse nula, sin ningún efecto jurídico y como no oponible a terceros.

La confesión y las Posiciones Juradas

Carnelutti (1982) “ha ido fijando cada vez más claramente el concepto de confesión en el cuadro del testimonio, como testimonio de la parte cuyo objeto es un hecho contrario a su interés”. (p.225)

La confesión ha sido denominada por muchos autores y procesalistas como la reina de las pruebas *-probatio probatissima-* y se ha definido como una declaración de parte en la que reconoce un hecho propio que origina consecuencias jurídicas desfavorables al confesante. La confesión puede ser judicial y extrajudicial según ante quien se haga, por la forma de la declaración expresa o tacita, por su complicidad, pura, simple o calificada.

De lo anterior es posible afirmar que la confesión es la afirmación de la verdad de un hecho que produce consecuencias jurídicas contra la persona misma que la hace, debe ser jurídico para que produzca efectos de la misma índole porque de no ser así pasaría a una simple afirmación, incapaz de producir consecuencias legales.

Por consiguiente la declaración de parte, en qué consiste la confesión, es por naturaleza y estructura, una declaración de ciencia o informativa, dirigida a expresar el conocimiento del hecho afirmado por el adversario y por su función una declaración de verdad del hecho, puesto que la Ley le otorga el valor de plena prueba a dicha declaración constituyéndola así en prueba legal.

La confesión es irrevocable por regla general, una vez emitida no puede retirarse por excepción puede ser revocable por el confesante cuando este pruebe que ella ha sido el resultado de un hecho, pero no puede revocarse pretexto de un error de hecho para permitir que dicha confesión sea revocada sobre el mismo, sin embargo se debe tener en cuenta que por su naturaleza la confesión ha de ser siempre libre, lo que no puede admitirse que la arrancada con violencia o amenaza que produzca miedo grave al confesante, tenga algún valor en el proceso siempre que estas circunstancias resulten probadas.

Cabe destacar que la confesión no recibe el mismo tratamiento en materia civil y en materia penal, en este sentido Carnelutti (1982) advierte que:

...la ineficacia de la confesión por falta en el confesante del poder de disposición “sobre el bien deducido en el litigio y en el proceso” es objeto de libre apreciación por parte del juez civil, y otro tanto sucede en el proceso penal “por ello, no es totalmente exacta la comparación entre el régimen de la confesión en derecho civil y en derecho penal, en los términos categóricos en que se suele enunciar... la confesión de un homicida, incluso de ser apreciada según las reglas del Código Civil, sería objeto de libre examen” (p. 225)

Es preciso resumir de forma breve los requisitos indispensables que debe reunir una confesión, así pues, tomando en cuenta la normativa legal establecida tanto en el Código de Procedimiento Civil (1987 como en el Código Civil (1982), se puede concluir que para que exista confesión, deben concurrir los siguientes requerimientos:

1. Debe ser una declaración de parte, es decir, que puede provenir de quienes están reconocidas como partes en el proceso en que se aducen demandantes, demandados o sucesores procesales. No puede existir confesión de quien no es parte inicial o posterior en el proceso; de modo que un tercero no puede intervenir en la causa a menos que esté facultado por la Ley. Ejemplo: Al respecto cabe mencionar la norma establecida en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil (1987) que establece que si la parte se hace incapaz durante el proceso, se suspende la causa mientras se cite a la persona en quien recaiga la representación. Los actos posteriores que realicen a la declaración de la incapacidad serán nulo Los anteriores serán anulables si es evidente que la capacidad existía en el momento de la realización de dicho acto o siempre que la naturaleza del acto, el perjuicio que resulte o pueda resultar de él, al incapaz, o cual otra circunstancia, demuestre la mala fe de la parte favorecida por el acto.

2. Debe ser una declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerlo en nombre de otro.

3. Debe tener por objeto hechos.

4. Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria.

5. Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento.

6. La declaración debe tener siempre una significación probatoria.

7. Debe ser expresa y terminante.

8. La capacidad jurídica del confesante.

9. Que la declaración no sea el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntad del acto.

10. Debe ser seria.

En torno a la confesión Señala el autor patrio González (1996) lo siguiente, a saber:

La confesión constituye prueba en contra pero no a favor de quien la hace; no se puede aceptar como verdadero lo que el absolvente afirma en el sentido que le conviene, sino sólo que no se debe descartar la afirmación favorable cuando se ha acogido la confesión adversa, de manera que, para incurrir en violación del artículo 1404 ejusdem, es necesario apreciar o acoger la confesión del absolvente para dictar alguna decisión. Más no se está en ese caso; la recurrida no se fundó para decidir en las posiciones que absolvió el demandante y, por lo tanto, no incurrió en el error de dividir la confesión. (p 355)

En este sentido, es obvio que la confesión debe ser contraria al interés de quien confiesa, nadie puede favorecerse por su propia confesión, en otro sentido la confesión es indivisible, no puede obtenerse bajo coacción o fuerza, debe versar sobre hechos, debe provenir de persona capaz, debe ser seria, entre otras. Reunidos estos requisitos el juez podrá entonces valorar libremente la confesión en los términos que se produjo.

La confesión puede resultar de forma espontánea, esto es sin coacción de ninguna naturaleza, sin que medie interposición de prueba alguna por la contraparte de un juicio, esta es, producto de la sola voluntad de alguien que en un momento

determinado reconoce en el proceso cual fue su conducta en determinada circunstancia, que hizo o que dejó de hacer, lo cual produce o conlleva a una consecuencia jurídica determinada, para ello es menester que lo confesado tenga cierto interés jurídico respecto a una de las partes o grupo de ellas. Esta confesión puede ser producto de algún escrito presentado en el procedimiento de que se trate, vale decir libelo de demanda, escrito de contestación, escritos de pruebas, contestación de reconvenición, informes y cualesquiera otras diligencias realizables en el curso de un juicio ordinario o especial contencioso.

Así pues, suele ocurrir que el accionante afirma en su libelo una serie de hechos que conllevan a incoar su pretensión; y posteriormente el demandado al contestar la demanda reconoce como ciertos algunos hechos que son expresados por el accionante, esta actuación ya en si misma implica una confesión sobre los hechos aceptados, con la salvedad que ya no requiere ser promovido como prueba, en tanto y en cuanto el efecto inmediato es que dichos hechos son excluidos de lo controvertido y pasan a formar parte de los hechos aceptados y eximidos legalmente de prueba. Por ello de lo anteriormente expresado ha surgido la confusión y distinción entre confesión y convenimiento.

No obstante puede ocurrir que aún cuando existe un reconocimiento del demandado respecto de algún hecho o algunos hechos especificados en el libelo, el juez no se cerciore de tal aceptación y lo incluya dentro de los hechos controvertidos y objeto de prueba, tal como ocurre en los procedimientos orales, en los cuales el juez debe fijar por auto expreso los hechos controvertidos al tercer día de la celebración de la audiencia preliminar, en este caso el accionante podrá promover como prueba la confesión judicial espontánea del demandado, que consta en la contestación de la demanda, de tal forma que así sea valorada y apreciada por el juez.

En otro sentido, algunos autores aseveran que no existe confesión ni en el libelo de demanda, ni en la contestación a la misma, en tanto y en cuanto, aún no se ha trabado la *litis*, y en consecuencia no se han determinado los hechos controvertidos y objeto de prueba; que la confesión versa siempre sobre hechos discutidos en juicio y que si ya una de las partes reconoce o admite algún hecho como cierto, sencillamente se trata de depurar el procedimiento de elementos ajenos a la *litis* y concentrarse en aquellos hechos que conforman el controvertido, por ende se niega la posibilidad de que exista confesión en esta fase primera del procedimiento.

En fecha 15 de octubre de 2002, fue declarada con lugar una acción de amparo constitucional, contra las actuaciones judiciales y la decisión dictada el 15 de marzo de 2002, por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, en la cual se dejó sentado que.

...Respecto de este medio probatorio, cabe destacar que el mismo es contrario a lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el entendido de que esta modalidad del acervo de pruebas, toda persona que en calidad de absolvente comparece, lo hace bajo coacción, puesto que de no comparecer podría correr el riesgo de quedar confesa, no acudiendo en todos los casos por espontánea voluntad, sino para evitar el efecto antes citado...”.

Así pues dada la confusión existente en materia de posiciones juradas, por parte de algunos jurisdicentes del país, y haciendo referencia a la constitucionalidad o no de las posiciones juradas como medio de prueba el Tribunal Supremo de justicia en sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 14 de Junio de 2005, bajo la ponencia de la Magistrada Isbelia Perez de Caballero, determinó lo siguiente:

...Esta Sala reitera los precedentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales y establece que estar obligado a contestar bajo juramento no significa coacción (ejercer violencia o fuerza para obligar a responder) sino significa además de un compromiso moral de decir fielmente la verdad, una carga de la parte de contestar a las posiciones que le formule la contraparte, pues de no hacerlo se le tendrá por confeso de conformidad con el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil.

Como lo explica Eduardo J. Couture “La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instruída en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”... omisis...

Por tanto, esta Sala considera que “estar obligado a contestar bajo juramento” significa un compromiso moral de decir la verdad, una carga para quién sea parte en el juicio de contestar a las posiciones que la parte contraria le formule, pues de no hacerlo su comportamiento tendrá una consecuencia gravosa, esto es, se le tendrá por confeso, y un deber porque existe un interés del Estado en que se desarrolle el proceso de conformidad con el ordenamiento jurídico que lo fundamenta. Dicho de otro modo, existen imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. Ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso.

De esa manera, las posiciones juradas como medio de prueba no son inconstitucionales porque la obligación de responder bajo juramento no es coactiva. Se trata de un instrumento contemplado en las leyes con la finalidad de comprometer la voluntad de la parte bajo la figura de un deber-carga cuya omisión le acarrea consecuencias gravosas para obtener la verdad y una sentencia justa.

En lo que respecta al deber del juez de analizar las confesiones espontáneas en que puedan incurrir las partes en litigio, la Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 3 de marzo de 1993, sostuvo lo siguiente:

...Otro punto que debe ser aclarado en este fallo, está relacionado con las confesiones espontáneas que una de las partes efectúe en cualquier estado y grado de la causa, fuera de los actos probatorios.

En estos casos, considera la Sala que el juez de oficio, no puede analizar cada una de las actas procesales (cuaderno de medidas, incidencias, cuaderno separado, etc.), buscando confesiones espontáneas de los litigantes, por cuanto su obligación de analizar el material probatorio se circunscribe a las pruebas producidas, que no son otras que las promovidas y evacuadas por las partes, conforme a los postulados del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

En el supuesto que el juez detecte y decida de oficio analizar una confesión, como medio probatorio que es, tendría cabida el principio de la comunidad de la prueba, por constituir un medio, que si bien no tiene consagrado en el Código oportunidad de promoción y evacuación, debido a su condición espontánea, sin embargo, es un medio incorporado a los autos y como tal debe ser analizado y apreciado, conforme lo pauta el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

Caso contrario, es decir, que el juez no la detecte y la silencie, tal situación no sería susceptible de recurso alguno contra el fallo, ni puede atacarse con la alegación de vicio de silencio de prueba, ya que la confesión judicial espontánea que nace en cualquier estado y grado de la causa, fuera del término probatorio, al no ser de las pruebas producidas (promovidas) expresamente, no cae obligatoriamente bajo el mandato del tantas veces citado artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, y consecuentemente no tiene el juez obligación de examinarla.

Por tales razones, la falta de examen del sentenciador, de las actuaciones extrañas a los medios probatorios, en busca de confesiones de las partes, en nada vicia el fallo y mal puede configurar esa ausencia de examen el vicio de silencio de prueba, ya que esas confesiones espontáneas ocurridas en etapas distintas a las probatorias, no nacieron como productos de medios propuestos por los litigantes, sobre las cuales sí debe el juez ejercer el análisis y valoración respectivo, por ser ellos invocados como pruebas e incorporados a los autos.

En este caso citado de confesiones espontáneas, que pueden tener lugar en cualquier grado e instancia de la causa, sí debe mantenerse la doctrina de la Sala, en cuanto a la necesaria invocación de la contraparte del confesante, que quiere aprovecharse de tal declaración, caso en el cual el Juez estaría constreñido a efectuar el examen respectivo, ya que se trata de un medio de prueba invocado por una de las partes, sobre el cual se está pidiendo el análisis judicial...

Cabe destacar que el criterio antes reseñado a pesar de provenir de una sentencia de vieja data, ha sido confirmado en numerosas sentencias del Tribunal

Supremo de Justicia, entre ellas la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 02 de Agosto de 2001, Caso: Seguros Mercantil C.A. Asimismo, en torno a este medio de prueba, señala Echandía (1993) que

En la antigüedad la confesión como medio de prueba se remonta en el derecho Romano donde existió la libre interrogación de partes, mas tarde fue sustituido por el interrogatorio formal “per positiones” ambos se encuentran en el antiguo derecho español partida III, Título XII, mientras que el derecho común europeo se le dio preponderancias exclusiva a las “positiones” que luego fueron introducidas en la mayoría de los Códigos Civiles y de Enjuiciamiento Civil posteriores a la Revolución Francesa por influjo del Código Napoleón, como el Código Civil Italiano de 1865, el Alemán de 1857, los de procedimiento civil Español de 183, 1855, se conservaron con algunas modificaciones en la Ley de 1881 y de allí pasaron a todos los códigos de procedimiento civil Iberoamericano. (p. 569 y ss)

Por su parte Rengel (2003) afirma que “en América Latina predomina el sistema del derecho canónico y común recibido de España” (p.26), así pues en general en Venezuela al igual que en muchos países Suramericanos existe una tendencia quizás propiciada por los procesalistas a someter los resultados del interrogatorio de parte, a la libre valoración del Juez, con lo cual se permite que pueda ser fuente de argumentos de prueba a favor o en contra del absolvente, a pesar de ello el artículo 1401 del Código Civil (1982), da a la prueba de posiciones juradas valor de plena prueba.

Así pues, ya repasada brevemente la confesión como medio de prueba y la constitucionalidad de las posiciones juradas en los procedimientos civiles, es preciso entonces, afirmar que nada obsta para que en el especial procedimiento de declaración del concubinato, se promueva la prueba de la confesión, a través de cualquiera de sus modalidades, en este sentido ya desde el momento de trabarse la

litis, del análisis de la demanda y de la contestación a la misma, puede evidenciarse la aceptación por parte del concubino demandado, de alguno de los hechos afirmado por la contraria y que lo hace responsable del mismo, o que lo compromete en cierto modo, respecto a ese hecho en particular. A esa declaración se le denominará confesión espontánea judicial. Y se le denominará así ya que se trata de una manifestación de voluntad, que hace una de las partes contra sí mismo, la cual surgió de forma voluntaria, sin haberse ejercido ningún tipo de coacción o sin anuencia de la parte contraria, y la misma se efectuó ante un juez.

Puede ocurrir también que la confesión sea provocada por alguna de las partes dentro del proceso, a través de la promoción de la prueba de posiciones juradas contenida en el artículo 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (1987), en este caso, se persigue obtener la confesión de la parte contraria, a través de una serie de interrogantes de tipo asertivas que se formulan entre ellas recíprocamente, y para lo cual dicha promoción y evacuación debe cumplir una serie de requisitos procedimentales, para que produzca validez en el juicio de que se trate. Este tipo de confesión es denominada confesión judicial.

Por su parte la confesión extrajudicial, es decir, aquella confesión que surge fuera del proceso jurisdiccional, cuando una persona declara contra sí mismo que es el responsable de algún hecho, o que fue quien cometió un delito, o que actuó con imprudencia o negligencia en un evento determinado. Este tipo de confesión, se encuentra contenida en el artículo 1402 del Código Civil (1982), que textualmente establece “La confesión extrajudicial produce el mismo efecto, si se hace a la parte misma o a quien la representa. Si se hace a un tercero produce sólo un indicio”. Así pues.

En este sentido, esta confesión extrajudicial se puede hacer constar en documento público -ante un registrador-, autenticado -ante un notario-, privado, o

sencillamente manifestarlo ante algún funcionario público con competencia para recibir y hacer constar tal declaración o ante un grupo de personas que posteriormente sirvan de testigos de los hechos confesados. Aún cuando no es común este tipo de confesión en materia de establecimiento de la relación concubinaria, no hay obstáculo para la promoción de esta prueba, por lo que es perfectamente posible, que el hecho de las circunstancias que hacen presumir el concubinato sean confesados por el concubino, y en este sentido comprometerlo judicialmente.

Así las cosas, se concluye en este punto que nada obsta para que en los juicios declarativos de concubinato se promueva la prueba de confesión, en sus dos vertientes, vale decir, la confesión espontánea que se haya producido en el mismo procedimiento, o extrajudicialmente, o la confesión provocada o posiciones juradas, a fin de que el concubino o el heredero demandado reconozca que existió una relación de hecho con las características maritales que hacen presumir la existencia de un concubinato.

No obstante, al ser materia de familia, debe el juez estar muy pendiente que no se pretendan fraudes contra tercera personas ajenas a la relación, esto es que se produzcan convenimientos o confesiones artificiosas, con ánimo a que se declare la existencia del concubinato con miras a que se declare la existencia de la comunidad concubinaria, y así poder defraudar a terceros acreedores.

De la prueba testimonial

La prueba testimonial es sin duda una de las más usadas en el procedimiento declarativo de existencia del concubinato, esto debido precisamente a que lo que ha de demostrarse en el proceso es precisamente la notoriedad, la convivencia y la publicidad de la unión de hecho, para así poderla considerar como estable y continua.

En este sentido es preciso hacer unas breves consideraciones en torno a la prueba testimonial. Reseña Couture (1981) que:

Durante muchos años la prueba de testigo era valorada conforme a reglas aritméticas, así se verifica en la Partida Tercera (Ley XL) que establecía: Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al Juez. Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en un documento público, no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en documento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos y si el testador fuese ciego, ocho. Cuando ambas partes presenten testigos de igual número y calidad, se aplica el precepto de derecho natural, que obliga a absolver al demandado.

El Especulo por su parte, graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, “porque vieron más y pasaron mas las cosas”. El hidalgo debe ser creído más que el villano, “pues parece que guardara mas de caer en vergüenza por sí, y por su linaje”. El rico debe ser más creído que el pobre, “pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa”. Y más creído debe ser el varón que la mujer “porque tiene el seso más cierto y más firme. (p.268 y ss)

En síntesis Couture, hace un recordatorio, de como en el Fuero Viejo de Castilla, el sistema de las pruebas legales que algunos llaman formales, tuvo plena vigencia. Tal Estatuto variaba el número de testigos según el litigio versara sobre muebles o inmuebles. En el Fuero Real de España se excluía el testimonio de la mujer y se disponía que el hidalgo debía ser creíble más que el villano, el rico más que el pobre, más el varón que la mujer. Igualmente se imponía una especie de prueba aritmética de dos testigos hacían plena prueba que obligaba al Juez, y para probar un pago eran indispensables cinco testigos, y así sucesivamente.

Es así como durante muchos años la prueba de testigo, fue considerada prácticamente una prueba aritmética, lo cual fue evolucionando a paso corto hasta el punto que actualmente la prueba de testigos es valorada conforme al sistema de la sana crítica. En este sentido el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil (1987), establece:

Para la apreciación de la prueba de testigos, el Juez examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación.

La prueba de testigos en el procedimiento de declaración de existencia del concubinato, comporta una importancia extrema, quizás más que en cualquier otro juicio, ya que a través de sus declaraciones es que se logra demostrar importantes hechos que son los que en definitiva permiten concluir la existencia de la relación concubinaria. Es preciso asentar que el preguntante debe inquirir específicamente sobre los hechos atinentes a la notoriedad, continuidad y publicidad de la unión estable de hecho, sin permitírsele inquirir sobre el concepto técnico jurídico, como lo es el concubinato -relación concubinaria-, que es precisamente el asunto debatido. En este sentido, no corresponde al testigo sino al Juzgador hacer la calificación de los hechos que configuran tal concepto, para declarar que se está en su presencia.

Es preciso hacer hincapié en que para que se pueda declarar la existencia del concubinato es preciso que se cumplan algunos requisitos de hecho, que son los que deben conocer los testigos y deponer sobre ellos, pero de ninguna manera es válido que el testigo responda que sabe y le consta que estos mantienen una relación

concubinaria, en lugar de hacerlo sobre las condiciones de modo, lugar y tiempo de la ocurrencia de hechos que pudieran configurar tal relación.

En conclusión, la prueba de testigo en el especial procedimiento declarativo de existencia del concubinato, es una prueba de gran interés e importancia, ya que a través de ella se logran demostrar los hechos y circunstancias que llevan al juez a la conclusión que verdaderamente entre las partes existió una unión estable de hecho, claro esta no se cree prudente demostrar la existencia del concubinato, únicamente mediante la promoción de testigos, parece necesario administrar esta prueba con otras pruebas, como las que se continuarán analizando para entonces arribar a conclusión de que existió el concubinato.

De las Actas de nacimiento

Las actas de nacimiento se valoran conforme a la sana crítica, como los instrumentos utilizados por el Estado para establecer la existencia y filiación del ser humano, y conforme al derecho común como actos auténticos, respecto a los hechos presenciados por la autoridad competente y las declaraciones de los comparecientes a los mismos, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario, de cuyo contenido se desprende la declaración por parte de uno o dos ciudadanos del nacimiento de un niño o niña como hijo suyo.

Sin embargo, es preciso determinar el valor de un acta de nacimiento en el juicio de declaración de certeza del concubinato, es decir, la prueba de que entre el hombre y la mujer que constituyen sujeto activo o pasivo respectivamente o viceversa, en el mencionado juicio, se han procreado hijos.

Esta prueba es demostrativa de la existencia de relaciones sexuales entre el hombre y la mujer, sobre los cuales se discute la existencia del concubinato, sin embargo, el concepto de concubinato va mucho más allá de un simple contacto carnal, es decir, el hecho de que un hombre y una mujer mantengan relaciones sexuales, no los convierte en concubinos, ni siquiera el hecho de que existan varios hijos, lo cual hace presumir a su vez, la existencia de relaciones carnales prolongadas en el tiempo, permite concluir la existencia del concubinato, ya que a pesar de demostrarse la relación continua de esta pareja, pudiera ocurrir que no se materialice alguno de los requisitos esenciales para la existencia del concubinato, como lo es la soltería, es preciso pues para poder catalogar de concubinos a una pareja, que estos no se encuentren casados previamente con persona alguna, así pues puede también que no se manifieste la notoriedad, o que no haya una verdadera convivencia, pudiendo la relación traducirse a unas visitas ocasionales, no públicas.

Por lo antes expuesto es que es preciso concluir que, si bien es cierto que las partidas de nacimiento en comento, por ser documentos públicos sirven para demostrar el nacimiento y la filiación de los niños, no pueden ser acogidas como prueba para la determinación de la unión concubinaria ya que ésta no exige como requisito la procreación de hijos, toda vez que por su propia definición lo determinante es la permanencia de la relación, su publicidad y su notoriedad.

De las inscripciones en el Seguro Social Obligatorio

Una de las pruebas que se ha incluido en el presente trabajo, es la inscripción que hace un concubino respecto al otro, en el Seguro Social Obligatorio, para que sea beneficiario de la seguridad social, esta inscripción sin duda debe ser valorada favorablemente en es especial procedimiento de declaración de existencia del concubinato, puede pensarse que se trata de una simple prueba documental, sin embargo, esa prueba documental, a juicio de quien investiga, constituye una

confesión espontánea que consta en documento público administrativo, que evidencia la declaración de un trabajador, de que mantiene relación concubinaria para el momento de la inscripción de la misma, para que disfrute los beneficios propios de dicha seguridad social.

Es pues esta prueba digna de ser promovida en el juicio merodeclarativo de existencia del concubinato, para ello es preciso solicitar ante el organismo competente la solicitud de inscripción hecha por el concubino solicitante, la cual debe presentarse en copia certificada por el referido ente administrativo, a objeto de que el juez lo valore en todo su valor probatorio.

De las pruebas libres

Nada obsta para que en el especial procedimiento de declaración de concubinato, se promuevan pruebas libres, esto es aquellas pruebas que sin estar establecidas y nominadas legalmente, pueden servir para la demostración de cualquier hecho que resulte de interés para la determinación de la existencia del concubinato, de tal suerte que el concubino accionante podrá valerse de cualquier prueba legal y lícita, para la demostración de los hechos controvertidos y objeto de prueba.

Una de las pruebas a la que se debe hacer especial mención, es a las reproducciones fotográficas o fotografías. La cual a pesar de ser considerada como un documento, precisa de ser analizada separadamente a aquellas; las fotos constituyen pues, una prueba comúnmente promovida en el juicio declarativo del concubinato, toda vez, que allí se visualiza claramente los eventos sociales, reuniones, paseos y viajes, en que participa la parte

demandada con la parte actora, allí se hace notorio la participación del concubino demandado y la actitud de pareja reflejada en las gráficas, si las fotos obedecen a épocas distintas, esto puede ser distinguido por el juez, tomando en cuenta detalles específicos de cada foto, para así calcular el tiempo de duración de la relación concubinaria.

No obstante es preciso adminicular las pruebas fotográficas a otras pruebas de índole documental que las soporten. Asimismo las fotografías deben ser promovidas en original y copia, teniendo en cuenta que el original es el negativo, mientras que la copia es la fotografía impresa, la cual puede ser alterada fácilmente, dadas las innovaciones tecnológicas en materia de informática.

CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO DE PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD CONCUBINARIA EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En este capítulo se hará énfasis en el procedimiento de partición de la comunidad concubinaria, para ello se analizará tanto el procedimiento seguido ante el juez civil, como el que se sigue ante los tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes

De la comunidad concubinaria

La comunidad concubinaria es una presunción legal *iuris tantum*, por admitir prueba en contrario que se encuentra contenida en el artículo 767 del Código Civil (1982) que textualmente dispone:

Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.

De allí surgen los supuestos que deben concurrir y se probados para la procedencia de esta presunción legal de Comunidad Concubinaria, estos son, a saber: A) Convivencia no matrimonial permanente; b) Formación de patrimonio; y c) Contemporaneidad de la vida en común y la formación del patrimonio, supuestos éstos que han sido sustentados por el Tribunal Supremo de Justicia, a través de una decisión de la Sala de Casación Social del 13 de Noviembre de 2001, donde asentó “de conformidad con el criterio establecido por ante este máximo Tribunal y que

fuera expuesto en la sentencia de alzada, de tal norma se desprende que para presumir la comunidad exista una unión concubinaria permanente, trabajo de la concubina y aumento del patrimonio durante el concubinato...”. En esta decisión la Sala de Casación Social ratificó una de la Sala de Casación Civil del 15 de noviembre del año 2000, que afirmó:

En efecto, para que obre la presunción de Comunidad, conforme al artículo 767 del Código Civil, la mujer debe probar: que se adquirió o aumentó un patrimonio durante la unión de hecho; y que durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio vivió en permanente concubinato con el hombre contra quien quiere hacer valer la presunción a su favor establecida por el artículo 767 ejusdem. La formación o aumento del patrimonio es cosa real, los bienes en comunidad no importan que existan documentados a nombre de uno solo de los concubinos, es parte de lo que se pide; basta por tanto, evidenciar su existencia, tal como lo hizo la recurrida. La causa, es decir, el porqué se pide, consiste en la unión concubinaria permanente.

En otro sentido continuando el análisis de lo dispuesto en el artículo 767 del Código Civil (1982), no existe determinado lapso de duración de esta unión para que pueda establecerse su permanencia; sin embargo la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, indicó que:

Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia.

Aunado al lapso de dos años como mínimo de duración de la relación concubinaria, es obvio que no puede considerarse concubinato aquellas relaciones

casuales, o de uniones clandestinas, o del caso de hombres que tiene amantes a quienes visita con mayor o menor periodicidad, pero sin que exista propiamente convivencia, aunque superen el periodo de tiempo antes indicado, en este sentido no podría lógicamente admitirse la existencia de la unión concubinaria, así como tampoco si alguno de sus participantes estuviese unido por vínculo de matrimonio con tercera persona. En este sentido el concubinato está referido a una idea de relación monogámica, de cohabitación permanente, con o sin comunidad de bienes, mediante el cual públicamente dos personas de distinto sexo aparentan ser marido y mujer. De allí que los caracteres del concubinato sean: a) Público y notorio; b) Regular y permanente; c) Singular un solo hombre y una sola mujer; y d) Debe tener lugar entre personas de sexo opuesto.

Haciendo énfasis en lo anterior y esta vez tomando más en cuenta el concubinato, Sojo (2001) señaló que:

Antes de 1942, el concubinato era prácticamente ignorado por la legislación venezolana, pese a que constituía, y aun constituye, la mayoría de las uniones mediante las cuales se procrean hijos: vale decir que existían y todavía existen más uniones concubinarias que matrimoniales. Hasta la promulgación del Código Civil de 1942, pues solo había existido intentos doctrinarios y jurisprudenciales, que trataban de deducir derechos a favor de la concubina que trabajaba, sobre los bienes adquiridos por el hombre durante el concubinato. Fue así que se sancionó la disposición del artículo 767 que consagra la llamada comunidad concubinaria, debiendo observar que se trató sólo del reconocimiento de derechos patrimoniales; mientras que en el campo de los derechos personales, no existe ninguna disposición en la reforma a que antes aludimos. Más amplio es el criterio contenido en otras disposiciones legales, como ocurre por ejemplo con la Ley del S.S.O., que prevé el amparo social de la concubina y de los hijos habidos de esta unión. (p.241)

Continúa comentando Sojo (2001) pero esta vez en relación a la disolución y liquidación de la comunidad concubinaria, lo siguiente:

Evidentemente cuando deja de existir la unión concubinaria, quedará de hecho extinguida la presunta comunidad que de ella deriva. Y siendo esta extinción una cuestión de hecho y no de derecho, por tratarse de una unión esencialmente disoluble, sin otro requisito que la voluntad de ambas partes o de una sola de ellas, se entiende que bastara la sola prueba de la definitiva separación de los concubinos, o la muerte de uno de ellos, para que quede disuelta la comunidad concubinaria y por ende pueda procederse a su liquidación.

La liquidación tendrá lugar cuando ambos concubinos convengan en repartir los bienes que hayan adquirido durante su vida en común; y en defecto de esta convención, cuando mediante decisión judicial se reconozca al hombre y a la mujer o a sus respectivos herederos, participación en ese patrimonio, luego de que se hayan alegado y probado en autos los extremos exigidos en el artículo 767 del Código Civil.

La antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 28 de marzo de 1960 asentó:

La Causa, el por qué se pide, consiste en la Unión Concubinaria permanente y en haber trabajado juntos con el amante durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio, pues, como se ha dicho, todo trabajo intelectual o físico en el hogar fuera de él es productivo. La disposición comentada, se repite, impone a la mujer, la prueba de concubinato permanente, que ha trabajado y que durante éste se formó o aumentó un patrimonio; con ello se presume comunidad en los bienes adquiridos, Comprobada la unión no Matrimonial permanente, trabajo y formación o aumento de patrimonio, hay presunción de comunidad.

Como se ve, la Corte, insiste en los hechos en que, conforme a la interpretación del artículo 767 del Código Civil (1982) descansa la presunción *iuris tantum* contenida en la citada disposición legal, esos hechos son: Unión Concubinaria

permanente, Trabajo de la Concubina y Formación o aumento de patrimonio durante el concubinato. Se hace menester la contemporaneidad de las circunstancias, de hechos anteriores, es decir, que haya concordancia en el tiempo de esas circunstancias para que ellas surtan efectos. Si no existe esa contemporaneidad, no nace el derecho reclamado.

El efecto principal e inmediato de la existencia de la comunidad concubinaria por dar cumplimiento a las exigencias de Ley, está referido al reconocimiento de que los bienes adquiridos durante la permanencia de esta comunidad no matrimonial, pertenecen de por mitad a los concubinos; tal demostración de existencia lo que hace es que surjan derechos de propiedad de éstos respecto a los bienes que integran la comunidad en referencia.

Cuando se trata de los bienes de la herencia, es natural que a los herederos les toque probar la existencia de la comunidad concubinaria y ya al analizar el contenido del artículo 767 del Código Civil (1982), concluimos que la mejor prueba es la posesión de estado que requiere que se pruebe: trato, fama y constancia. Es bueno dejar en claro que las acciones derivadas de herencia, puede darse por un concubino contra los sucesores del otro y, puede darse incluso entre sucesores del uno y los sucesores del otro.

En este mismo sentido, se ha pronunciado este Máximo Tribunal en Sala de Casación Civil con respecto a la presunción de comunidad, en sentencia de fecha 15 de noviembre del año 2000:

En efecto, para que obre la presunción de comunidad, conforme al artículo 767 del Código Civil, la mujer debe probar: que se adquirió o aumentó un patrimonio durante la unión de hecho; y que durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio vivió en permanente concubinato con el hombre contra quien hace valer la presunción a su

favor establecida por el artículo 767 eiusdem. La formación o aumento del patrimonio es cosa real, los bienes en comunidad, no importa que existan documentados a nombre de uno sólo de los concubinos, es parte de lo que se pide; basta por tanto, evidenciar su existencia, tal como lo hizo la recurrida. La causa, es decir, el porqué se pide, consiste en la unión concubinaria permanente, respecto de la cual existe en autos el alegato de hechos y la prueba respectiva, pero que no fueron analizados exhaustivamente por la recurrida.

Parafraseando la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 15 de Noviembre de 2000, bajo la ponencia del Magistrado Franklin Arriechi, se puede afirmar que la disposición comentada, impone a la mujer la prueba del concubinato permanente, y que durante esa unión no matrimonial se formó o aumentó un patrimonio; con ello se presume la comunidad en los bienes adquiridos.

No se exige ahora probar que su trabajo fue fructífero, beneficioso, como lo exigía alguna jurisprudencia consolidada antes de la reforma parcial del Código Civil (1942) llevada a cabo en el año de 1982, no sólo porque tal interpretación destruía la presunción con que se quiso defender a la mujer sino que además se colocaría en situación de inferioridad, de desigualdad frente al hombre cuyo trabajo se supone siempre lucrativo, en tanto que en el trabajo común de formar el patrimonio el de ella fue además fructífero. Por consiguiente, perdería dicha presunción su objeto práctico, de remediar una situación de trascendencia social y económica, en beneficio de la mujer, si dicha unión hace al hombre de condición privilegiada.

Así las cosas, la prueba del aporte de la mujer a la comunidad concubinaria, es sin duda un matiz que ha dado un vuelco extraordinario en los últimos tiempos en especial con la interpretación que hiciere la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 de Julio de 2005, del artículo 77 de la Constitución

de la República Bolivariana de Venezuela (1999), así pues en dicha sentencia se aclaró que:

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.

Así pues ya no es necesaria la demostración de aportes por parte de la concubina en la formación de la comunidad de bienes, esta existe de pleno derecho por el sólo hecho de existir la unión estable de hecho, en este sentido los bienes de la comunidad concubinaria son prenda común de sus acreedores, de la misma forma que ocurre con la comunidad conyugal. Por su parte la comunidad concubinaria fenece una vez culminada la relación de hecho que existiera entre los concubinos. Continúa la reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, interpretando lo siguiente:

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.

Igualmente, la Sala tiene que examinar la posibilidad para uno de los miembros de una unión o concubinato, de la existencia del concubinato putativo, que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes.

Cada vez se torna más compleja la institución de la comunidad concubinaria, luego de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y en especial de esta interpretación realizada con carácter vinculante por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya que a pesar de que no es factible la celebración de capitulaciones por ser una institución propia del matrimonio, que además se hace constar en documento autentico, siendo que el concubinato además es una relación de hecho. Si le es aplicable sin embargo las estipulaciones en cuanto a los bienes en caso de matrimonio putativo.

De la partición en general

El procedimiento de partición está contemplado en el Código de Procedimiento Civil (1987) en los artículos 777 al 788, así pues es preciso en la presente investigación analizar algunos de ellos. El artículo 777 *ejusdem*, establece: “La demanda de Partición o división de bienes comunes se promoverá por los trámites del procedimiento ordinario y en ella se expresará especialmente el título que origina la

comunidad, los nombres de los condóminos y la proporción en que deben dividirse los bienes”.

De la mano de esta norma queda establecido que para instaurar la demanda de partición de bienes, la parte actora tiene que consignar el título que origina la comunidad y por ende la prueba que demuestre la titularidad del derecho sobre los bienes que integran la comunidad, de tal forma que cuando el accionante no acompañe el recaudo que demuestre el derecho que le legitima para accionar, es decir, para solicitar la partición de los bienes que motivan el juicio, indefectiblemente la demanda no puede ser admitida, toda vez que no se cumple con los extremos que exige el artículo 777 del Código de Procedimiento Civil (1987).

En este sentido dependiendo de la comunidad de que se trate, se determinarán los recaudos a acompañar, en el caso por ejemplo de una comunidad conyugal, basta con acompañar la copia certificada de la sentencia definitiva de divorcio, en caso de una comunidad de herederos las partidas de defunción, nacimiento y matrimonio, o la declaración sucesoral según sea el caso.

Por su parte dispone el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987) que:

En el acto de la contestación, si no hubiere oposición a la partición, ni discusión sobre el carácter o cuota de los interesados y la demanda estuviere apoyada en instrumento fehaciente que acredite la existencia de la comunidad, el Juez emplazará a las partes para el nombramiento del partidor en el décimo día siguiente. El partidor será nombrado por mayoría absoluta de personas y de haberes. Caso de no obtenerse esa mayoría, el Juez convocará nuevamente a los interesados para uno de los cinco días siguientes y en esta ocasión el partidor será nombrado por los asistentes al acto, cualquiera que sea el número de ellos y de haberes, y si ninguno compareciere, el Juez hará el nombramiento.

Es preciso para involucrarse más con el procedimiento de partición contemplado en el Código de Procedimiento Civil (1987), hacer acopio de la sentencia N° 0200, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 31 de Julio de 1997, dictada bajo la ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani, en la que se establece:

En el procedimiento de partición regulado en los artículos 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se distinguen dos etapas. La primera es la contradictoria, en la cual se resuelve sobre el derecho de partición y la contradicción relativa al dominio común respecto de alguno o algunos de los bienes a partir; la segundo, etapa ejecutiva, la cual comenzará con la sentencia que ponga fin a la primera etapa del proceso de partición y emplace a las partes para el nombramiento del partidor. En este sentido contra la sentencia que ponga fin a la primera etapa del juicio, la etapa contradictoria, se admitirá recurso de casación de inmediato.

Es importante señalar que en el especial procedimiento de partición, existe una situación muy especial, como lo es el hecho de que los demandados en partición, no hagan oposición en el lapso señalado para la contestación de la demanda, ya que de no comparecer, el procedimiento de cognición o de discusión sobre el derecho de partición finaliza o fenece y se abre paso a la segunda etapa, es decir a la partición propiamente dicha, la cual comienza con la designación del partidor, en la forma y modo prevista en el Código de Procedimiento Civil (1987).

En torno a este aspecto la sentencia N° 0613, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 03 de Agosto de 1998, dictada bajo la ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani, estableció:

El contenido de esta norma rectora del procedimiento de partición no ofrece ninguna clase de duda; el legislador le da a los interesados la

oportunidad procesal para que discutan los términos de la partición demandada, haciendo oposición. Si los interesados no hacen uso de este medio de defensa o lo ejercen extemporáneamente, no hay controversia, no hay discusión y el juez debe considerar que ha lugar la partición por no haber objeciones.

Es así como en caso de que no medie oposición, el juez sencillamente declarará con lugar el derecho a partir y al efecto fijará fecha para la designación del partidor en los términos expuestos en el Código de Procedimiento Civil (1987). En este sentido en sentencia N° 098-172, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 24 de septiembre de 1998, dictada bajo la ponencia del Magistrado Anibal Rueda, se dejó sentado que:

...en la primera etapa del juicio, la contradictoria, no se puede entrar a partir directamente los bienes, sino que es en la segunda etapa, como antes se indicó, en la ejecutiva, donde se emplazan a las partes para el nombramiento del partidor, el cual si tiene facultad de partir dichos bienes. En el caso bajo estudio, la sentencia impugnada, conociendo en su primera etapa de la acción de partición y liquidación, procedió en su fallo a declarar con lugar la demanda y a partir directamente los bienes, sin emplazar a las partes para el nombramiento del partidor. Por consiguiente, con dicho proceder incurre el sentenciador superior en la violación del debido proceso.

De igual manera ocurrió en el caso que se transcribe a continuación en el cual la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso de oficio un fallo, por haber incurrido en incongruencia positiva, así quedó sentado en la sentencia de fecha 11 de Octubre de 2000, que dispuso:

...De la transcripción realizada, advierte la Sala, que el Juez Superior en su decisión, ciertamente establece las cuotas en las que deben adjudicarse los bienes sobre los cuales no hubo oposición. En este orden de ideas, es

oportuno destacar que al no existir oposición, tal supuesto puede equipararse a un convenio de los demandados, de manera que en este estado de cosas, la labor del juez, en esta fase del proceso denominada “contradictoria”, debe limitarse a emplazarlas para que designen al partidor, quien en definitiva, posee la potestad de realizar la división sobre los bienes de la partición y liquidación que no fueron objeto de oposición, fijando para ello las cuotas que corresponderán a cada heredero, dentro de la segunda etapa del procedimiento llamada “ejecutiva”.

Debe enfatizarse, el hecho de que no es al juez a quien corresponde pronunciarse sobre las proporciones en las que deban liquidarse los bienes integrantes del acervo hereditario, su función es la de decidir sobre la procedencia o no de la partición, pues, se repite, esa labor corresponde al partidor que al efecto y por mandato del sentenciador, deberán nombrar las partes.

Retomando el argumento esgrimido por el recurrente, se observa que la delación bajo estudio, endosa a la sentencia proferida por la Alzada, estar viciada de incongruencia por haber decidido sobre materia no sometida a su conocimiento, pues en su decir, la falta de oposición sobre determinados bienes, debe considerarse cosa juzgada, y al pronunciarse el ad quem, sobre el asunto y fijar las cuotas correspondientes a cada heredero, excedió el tema sometido a su decisión.

Ahora bien en caso de que medie oposición a la partición solicitada, la causa continuará su curso por los trámites del juicio ordinario, abriéndose a pruebas, en este sentido señala Henríquez (1998) que:

Si en la contestación de la demanda se objetare el derecho a la partición, o se objetare el carácter o cualidad de condómino del demandante o de uno o alguno de los colitigantes demandados, o la cuota o proporción que le corresponde a uno o a otro, según el título o según las reglas sucesorales, no procederá de momento el nombramiento de partidor, y el juicio seguirá su curso por el procedimiento ordinario, abriéndose la causa a pruebas. Si la oposición versa sobre la inclusión o exclusión de algunos bienes en el acervo, tal disputa se dilucidará en cuaderno separado, siguiendo su curso normal la partición de los restantes bienes. En tal sentido el artículo 1130 del Código Civil, según el cual si en la partición no se han comprendido todos los bienes que a su muerte ha dejado el ascendiente, los omitidos se

partirán con arreglo a la ley, es decir mediante una partición complementaria. (p.385 y ss)

Seguido el procedimiento por los trámites del juicio ordinario, el juez decidirá en la sentencia de fondo, sobre el derecho a partir y las partes intervinientes en la comunidad, continuando posteriormente a que quede definitivamente la sentencia, la ejecución la cual se iniciará con el nombramiento del partidor, determinando este último la forma y modo en que ha de adjudicarse las alícuotas partes entre los comuneros.

Procedimiento de partición de la comunidad concubinaria

Dentro de los procesos de tipo especial y complejo, la partición es uno de ellos. Se le ha denominado también juicio divisorio y su fundamento está en que el estancamiento de la propiedad es contrario al orden público y al interés social y por ello, el legislador no sólo facilita la división de la propiedad, sino que prohíbe el pacto de permanecer en comunidad. Veamos, al efecto, algunas disposiciones del Código Civil (1982) al respecto:

Artículo 764- Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, pero nunca para impedir la partición, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los comuneros, aún para la minoría de parecer contrario.

Artículo 768- 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.

Artículo 1067- Se puede pedir la partición de una herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador.

Tres formas o clases de partición se pueden distinguir, a saber: 1) la judicial contenciosa, 2) la judicial no contenciosa, y 3) la extrajudicial o amistosa. De seguida se desarrollará lo relativo a la partición judicial en sede civil.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 2687, de fecha 17 de diciembre de 2001, dictada en el expediente número 00-3070, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, con relación a la partición bienes de la comunidad concubinaria señaló:

...Quiere la Sala apuntar, que en los procesos de partición, la existencia de la comunidad debe constar fehacientemente (artículo 778 del Código de Procedimiento Civil) bien de documentos que la constituyen o la prorroguen, o bien de sentencias judiciales que las reconozcan. No es posible dar curso a un proceso de partición sin que el juez presuma por razones serias la existencia de la comunidad, ya que solo así podrá conocer con precisión los nombres de los condóminos y la proporción en que deben dividirse los bienes, así como deducir la existencia de otros condóminos, los que ordenará sean citados de oficio (artículo 777 del Código de Procedimiento Civil). Se requieren recaudos que demuestren la comunidad, tal como lo expresa el citado artículo 777, y en los casos de la comunidad concubinaria, el recaudo no es otro que la sentencia que la declare, ya que el juicio de partición no puede ser a la vez declarativo de la existencia de la comunidad concubinaria, el cual requiere de un proceso de conocimiento distinto y por lo tanto previo...

Es preciso afirmar que a pesar de todos los avances ocurridos en materia concubinaria, y esa gran evolución de tal institución del derecho de familia en Venezuela, desde el momento de incluir el artículo 767 al cuerpo del Código Civil (1982), pasando por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), con la letra del artículo 77 y ahora con la interpretación hecha por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia de fecha 15 de Julio de 2005.

No obstante, el concubino o concubina que pretenda ir a un proceso de partición, debe demostrar fehacientemente la existencia de dicha comunidad, bien sea de documento que la constituya o la prorroguen, o bien de sentencias judiciales que la reconozcan, puesto que el Juez no debe darle curso a un proceso de partición, sin que el actor presente los recaudos que demuestren la comunidad, tal como lo señala la norma contenida en el Artículo 777 del Código del Procedimiento Civil (1987), ya que en estos casos de comunidad concubinaria, el recaudo no es otro que la sentencia declarativa que la declare, puesto que el juicio de Partición no puede ser a la vez declarativa de la existencia de la comunidad concubinaria, el cual requiere de un proceso de conocimiento distinto y por lo tanto previo y así lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00-3070 de fecha 17 de Diciembre de 2001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Así las cosas la Sala Civil y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, han sido congruentes en las sentencias antes mencionadas en exigir, que en los procesos de partición, la existencia de la comunidad debe constar fehacientemente, tal como lo dispone el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), bien de documentos que la constituyen o la prorroguen, o bien de sentencias judiciales que las reconozcan.

No es posible dar curso a un proceso de partición sin que el juez presuma por razones serias la existencia de la comunidad, ya que solo así podrá conocer con precisión los nombres de los condómines y la proporción en que deben dividirse los bienes, así como deducir la existencia de otros condómines, los que ordenará sean citados de oficio, así lo dispone el artículo 777 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Se requieren pues los recaudos mínimos que demuestren la comunidad, tal como lo expresa el citado artículo 777 *ejusdem*, y en los casos de la comunidad

concubinaria, el recaudo no es otro que la sentencia que la declare, ya que el juicio de partición no puede ser a la vez declarativo de la existencia de la comunidad concubinaria, el cual requiere de un proceso de conocimiento distinto y por lo tanto previo.

En caso de que la parte actora sencillamente se abrogue la cualidad de concubina o concubino, con pretensiones principales no subsidiarias de liquidación y partición de una comunidad que dice derivar de esa cualidad sin que previamente haya demostrado fehacientemente la existencia de tal comunidad, a través de la sentencia ejecutoriada que la declare, se plantea una inepta acumulación de pretensiones, que la doctrina y Jurisprudencia han manifestado ser prohibida por la Ley.

En este sentido, el derecho de acción enraizado en el artículo 51 y desarrollado en el 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), prevé la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a formular pretensión o pretensiones, ser oído y obtener oportunas respuestas, se cumple en el caso de la demanda con su respectivo auto de admisión, que el Legislador ha previsto excepciones en resguardo del orden público y de las buenas costumbres que deben ser tomadas en cuenta al admitir una demanda.

No obstante ello, es de prudencia del Juez, aplicar como regla general la admisibilidad de las demandas siempre con miras de que el demandado en su oportunidad pueda oponer las defensas correspondientes y en caso de que no lo efectuara por contumacia igualmente conserva la posibilidad de revisar el orden público al momento de declarar o no la confesión ficta y a su vez la aplicabilidad del derecho *iura novit curia* y casualmente por ello, quizás muchos juzgadores en la mayoría de los casos han sido prudentes en tal sentido, al permitir la admisibilidad de tales pretensiones.

Es así como de lo antes planteado para lograr la partición de la comunidad concubinaria, debe seguirse un verdadero vía crucis procesal, por el cual debe pasar el concubino que pretenda proceder a la partición y liquidación de los bienes de dicha comunidad, debe en primer lugar demandar mediante una acción merodeclarativa el reconocimiento de la existencia del concubinato, lo cual se sigue por la vía del procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil (1987), por mandato de la letra de los artículos 16 y 338 *ejusdem*, lo cual tal como se dijo anteriormente muchas veces requiere de la publicación del edicto a que se hace mención en el artículo 507 del Código Civil (1982), una vez concluido el procedimiento ordinario en el cual pueden promoverse todas y cada una de las pruebas mencionadas en el capítulo III del presente Trabajo de Grado, se dictará sentencia en la cual se declare con o sin lugar la acción merodeclarativa incoada, así las cosas, el juez determinara la existencia o no del concubinato y como consecuencia de ello la de la comunidad concubinaria, determinando de modo específico el día en que comenzó la unión estable de hecho y la fecha de su finalización.

Obviamente como todo juicio ordinario, tiene una segunda instancia, de tal suerte que el concubino perdidoso, o los herederos de este si fuere el caso, pueden perfectamente ejercer el recurso ordinario de apelación, lo que implica la continuación de los trámites reseñados en el Código de Procedimiento Civil (1987), respecto al procedimiento de segunda instancia.

Definitivamente firme la sentencia declarativa del concubinato, en la cual se decidió con lugar la acción incoada, se solicitará copia certificada de la misma a objeto de que esta se acompañe como documento fundamental a la demanda de partición de la comunidad concubinaria, conjuntamente con los originales o copias certificadas de los documentos de propiedad de los bienes cuya partición se pretende; la demanda se realizará cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 340, 777 y 778 del Código de Procedimiento Civil (1987).

Instaurada la demanda se citará al demandado o a los codemandados en caso de que sean los herederos del concubino fallecido, para que se formule oposición en el lapso de veinte días. Cabe destacar, que en caso de fallecimiento del concubino y consecuente llamada a la causa de los herederos de este. Si no se interpone formal oposición a la demanda de partición, se declarará con lugar la demanda incoada y en consecuencia con derecho a partir, fijándose de inmediato oportunidad para el nombramiento del partidor.

Mediando oposición, el juicio se abre a pruebas por los trámites del procedimiento ordinario, debiendo a lo largo del juicio dilucidarse el derecho a partir, los bienes que forman parte de la comunidad concubinaria y la proporción que corresponde a cada uno de ellos, sin que el juez pueda pasar a pronunciarse sobre la alícuota parte de los bienes que corresponde a cada quien, ni hacer la distribución de los bienes, por ser una función propia del partidor, que luego será designado en la fase de ejecución de sentencia en caso de que sea declarada con lugar la demanda y que la misma haya quedado definitivamente firme.

Especificaciones en torno al procedimiento de Partición

El procedimiento contencioso de partición está contemplado en el Código de Procedimiento Civil (1987) en los artículos 777 al 788, los que fueron previamente esbozados, en torno a ellos se procederá a realizar algunas consideraciones relativas a la especial materia de protección de niños, niñas y adolescentes. El artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987) que:

En el acto de la contestación, si no hubiere oposición a la partición, ni discusión sobre el carácter o cuota de los interesados y la demanda estuviere apoyada en instrumento fehaciente que acredite la existencia de

la comunidad, el Juez emplazará a las partes para el nombramiento del partidor en el décimo día siguiente. El partidor será nombrado por mayoría absoluta de personas y de haberes. Caso de no obtenerse esa mayoría, el Juez convocará nuevamente a los interesados para uno de los cinco días siguientes y en esta ocasión el partidor será nombrado por los asistentes al acto, cualquiera que sea el número de ellos y de haberes, y si ninguno compareciere, el Juez hará el nombramiento.

Se distingue claramente la situación que se produce cuando en la contestación hay oposición -Art. 780-, de aquella en que no hay oposición a la partición ni discusión sobre el carácter o cuota de los interesados -Art. 778-. En el primer caso, la cuestión se tramitará por el procedimiento ordinario y hasta que se resuelva el pleito que embarace la petición, sin embargo, si la contradicción fuere relativa al dominio común sobre alguno o algunos de los bienes, el asunto se sustanciará en cuaderno separado, sin impedir la división de los demás bienes cuyo condominio no es contradicho; en el segundo caso, a falta de oposición, se procederá al nombramiento del partidor.

Es preciso resaltar que en los juicios de partición la proposición de cuestiones previas está vedada y excluida la reconvencción tal como lo puntualizó la Sentencia de la Sala de Casación Civil del tribunal Supremo de Justicia del 02 de junio de 1999.

El juicio de partición es un juicio especial, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, sólo consta de dos fases, que no admiten la proposición de cuestiones previas, puesto que el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), claramente delimita la actividad del demandado en la contestación a oponerse a la partición o discutir el carácter o cuota de los interesados.

Si bien es cierto, que el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil (1987), reconoce la posibilidad de aplicar en los procesos especiales las normas e instituciones de carácter general previstas en ese mismo código, dentro de las cuales

se pudiera clasificar como tales, por ser las cuestiones previas medios genéricos de defensa de la demanda ejercida; sin embargo, esa autorización cabe solo en aquellos procedimientos en que no está negada expresamente, o en aquellos cuya estructura procesal lo permite.

En el caso del procedimiento de partición, la estructura procesal no admite la posibilidad de oponer, sustanciar y decidir cuestiones previas, ya que el artículo 778 del texto civil adjetivo, ordena directamente pasar a la fase siguiente, si no hay oposición a la partición, o al carácter o cuota de los interesados. Tampoco puede producirse la cuestión previa acumulada a la defensa admitida por el artículo 778 señalado, porque la ley no expresa esa posibilidad, como lo hace en los procedimientos en que impera el principio de concentración procesal como en el caso de arrendamiento inmobiliario.

Ahora bien, en sentencia dictada en fecha 07 de julio de 2.010, por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció respecto a la naturaleza jurídica de la partición, así como examinar los efectos y consecuencias de este procedimiento de origen especial, y al respecto explicó:

De allí que, establece la jueza superior que la ciudadana ... se limitó a oponer cuestiones previas prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en lugar de contestar la demanda o en su defecto formular oposición a la partición.

Al respecto, esta Sala en pacífica, reiterada y constante jurisprudencia, ha sostenido que el procedimiento de partición "...no prevé que se tramiten cuestiones previas...", ya que esta etapa se ajustan a la simple aceptación u oposición de la partición de la comunidad, por tanto, de alegar la parte demandada las defensas previas previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, se entenderá que no existe contendores, ni contraposición de los intereses entre las partes, lo cual conlleva a que haga innecesario abrir la etapa contenciosa, y es por ello que ha de ordenarse de inmediato el emplazamiento de las partes para la elección del partidador...

Asimismo el Dr. Ricardo Henríquez La Roche, en su obra Comentario al Código de Procedimiento Civil, Tomo V, pagina 385, sostiene que el juicio de partición discurre por el procedimiento ordinario en su fase alegatoria y expresa que si en la contestación de la demanda se objetare el derecho a la partición o se objetare el carácter o cualidad de condominio del demandante o de uno o alguno de los colitigantes demandados, o la cuota o proporción que le corresponde a uno o a otro, según el título o según las reglas sucesorales, no procederá de momento el nombramiento del partidor, y el juicio seguirá su curso por el procedimiento ordinario, abriéndose la causa a pruebas.

Por tal motivo no resulta posible tampoco en este procedimiento especial la interposición de reconvención por parte del demandado, la cual resultará en cualquier caso inadmisibile en virtud de las especiales fases que posee el procedimiento de partición.

Ahora bien, para involucrarse más con el procedimiento de partición contemplado en el Código de Procedimiento Civil (1987), resulta necesario hacer acopio de la sentencia N° 0200, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 31 de Julio de 1997, dictada bajo la ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani, en la que se estableció:

En el procedimiento de partición regulado en los artículos 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se distinguen dos etapas. La primera es la contradictoria, en la cual se resuelve sobre el derecho de partición y la contradicción relativa al dominio común respecto de alguno o algunos de los bienes a partir; la segundo, etapa ejecutiva, la cual comenzará con la sentencia que ponga fin a la primera etapa del proceso de partición y emplace a las partes para el nombramiento del partidor. En este sentido contra la sentencia que ponga fin a la primera etapa del juicio, la etapa contradictoria, se admitirá recurso de casación de inmediato.

Es importante señalar que en el especial procedimiento de partición, existe una situación muy especial, como lo es el hecho de que los demandados en partición, no hagan oposición en el lapso señalado para la contestación de la demanda, ya que de no comparecer, el procedimiento de cognición o de discusión sobre el derecho de partición finaliza o fenece y se abre paso a la segunda etapa, es decir a la partición propiamente dicha, la cual comienza con la designación del partidor, en la forma y modo prevista en el Código de Procedimiento Civil (1987).

En torno a este aspecto la sentencia N° 0613, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 03 de Agosto de 1998, dictada bajo la ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani, estableció:

El contenido de esta norma rectora del procedimiento de partición no ofrece ninguna clase de duda; el legislador le da a los interesados la oportunidad procesal para que discutan los términos de la partición demandada, haciendo oposición. Si los interesados no hacen uso de este medio de defensa o lo ejercen extemporáneamente, no hay controversia, no hay discusión y el juez debe considerar que ha lugar la partición por no haber objeciones.

Es así como en caso de que no medie oposición, el juez sencillamente declarará con lugar el derecho a partir y al efecto fijará fecha para la designación del partidor en los términos expuestos en el Código de Procedimiento Civil (1987). En este sentido en sentencia N° 098-172, reiterada de la Sala de Casación Civil, de fecha 24 de septiembre de 1998, dictada bajo la ponencia del Magistrado Anibal Rueda, se dejó sentado que:

...en la primera etapa del juicio, la contradictoria, no se puede entrar a partir directamente los bienes, sino que es en la segunda etapa, como antes se indicó, en la ejecutiva, donde se emplazan a las partes para el nombramiento del partidor, el cual si tiene facultad de partir dichos

bienes. En el caso bajo estudio, la sentencia impugnada, conociendo en su primera etapa de la acción de partición y liquidación, procedió en su fallo a declarar con lugar la demanda y a partir directamente los bienes, sin emplazar a las partes para el nombramiento del partidor. Por consiguiente, con dicho proceder incurre el sentenciador superior en la violación del debido proceso.

De igual manera ocurrió en el caso que se transcribe a continuación en el cual la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso de oficio un fallo, por haber incurrido en incongruencia positiva, así quedó sentado en la sentencia de fecha 11 de Octubre de 2000, que dispuso:

...De la transcripción realizada, advierte la Sala, que el Juez Superior en su decisión, ciertamente establece las cuotas en las que deben adjudicarse los bienes sobre los cuales no hubo oposición. En este orden de ideas, es oportuno destacar que al no existir oposición, tal supuesto puede equipararse a un convenir de los demandados, de manera que en este estado de cosas, la labor del juez, en esta fase del proceso denominada “contradictoria”, debe limitarse a emplazarlas para que designen al partidor, quien en definitiva, posee la potestad de realizar la división sobre los bienes de la partición y liquidación que no fueron objeto de oposición, fijando para ello las cuotas que corresponderán a cada heredero, dentro de la segunda etapa del procedimiento llamada “ejecutiva”.

Debe enfatizarse, el hecho de que no es al juez a quien corresponde pronunciarse sobre las proporciones en las que deban liquidarse los bienes integrantes del acervo hereditario, su función es la de decidir sobre la procedencia o no de la partición, pues, se repite, esa labor corresponde al partidor que al efecto y por mandato del sentenciador, deberán nombrar las partes.

Retomando el argumento esgrimido por el recurrente, se observa que la delación bajo estudio, endosa a la sentencia proferida por la Alzada, estar viciada de incongruencia por haber decidido sobre materia no sometida a su conocimiento, pues en su decir, la falta de oposición sobre determinados bienes, debe considerarse cosa juzgada, y al pronunciarse el ad quem, sobre el asunto y fijar las cuotas correspondientes a cada heredero, excedió el tema sometido a su decisión.

Ahora bien en caso de que medie oposición a la partición solicitada, la causa continuará su curso por los trámites del juicio ordinario, abriéndose a pruebas, en este sentido señala Henríquez (1998) que:

Si en la contestación de la demanda se objetare el derecho a la partición, o se objetare el carácter o cualidad de condómino del demandante o de uno o alguno de los colitigantes demandados, o la cuota o proporción que le corresponde a uno o a otro, según el título o según las reglas sucesorales, no procederá de momento el nombramiento de partidor, y el juicio seguirá su curso por el procedimiento ordinario, abriéndose la causa a pruebas. Si la oposición versa sobre la inclusión o exclusión de algunos bienes en el acervo, tal disputa se dilucidará en cuaderno separado, siguiendo su curso normal la partición de los restantes bienes. En tal sentido el artículo 1130 del Código Civil, según el cual si en la partición no se han comprendido todos los bienes que a su muerte ha dejado el ascendiente, los omitidos se partirán con arreglo a la ley, es decir mediante una partición complementaria. (p.385 y ss)

Seguido el procedimiento por los trámites del juicio ordinario, el juez decidirá en la sentencia de fondo, sobre el derecho a partir y las partes intervinientes en la comunidad, continuando posteriormente a que quede definitivamente la sentencia, la fase ejecutoria la cual se iniciará con el nombramiento del partidor, determinando este último la forma y modo en que ha de adjudicarse las alícuotas partes entre los comuneros.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Civil en sentencia No. 00736, de fecha 27 de julio de 2004, estableció lo siguiente:

...El procedimiento de partición se encuentra regulado en la ley adjetiva civil, en los artículo 777 y siguientes: de su contenido se evidencia que en el juicio de partición pueden presentarse dos situaciones diferentes a saber: 1) Que en el acto de la contestación de la demanda no se haga oposición, a los términos en que se planteó la partición en el correspondiente libelo. En este supuesto, no existe controversia y el juez declarará que ha lugar la

partición, en consecuencia ordenará a las partes nombrar el partidor; en estos casos no procede recurso alguno. 2) Que los interesados realicen oposición a la partición, la cual puede ser total o parcial, vale decir que recaiga sobre todo o algunos de los bienes comunes, en estos casos el proceso se sustanciará y decidirá siguiendo los trámites del juicio ordinario hasta que se dicte el fallo que embarace la partición, tal y como lo establece el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, y en este estado se emplazará a las partes para que procedan en esta segunda hipótesis, se conceden tanto el recurso subjetivo procesal de apelación como el extraordinario de casación...

De la sentencia transcrita parcialmente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha dejado claro que el juicio de partición está conformado por dos fases o etapas, una que se tramita por el procedimiento del juicio ordinario y la otra que es la partición propiamente dicha.

Por su parte el artículo 779 del Código de Procedimiento Civil (1987) dispone que “En cualquier estado de la causa podrán las partes solicitar cualquiera de las medidas preventivas a que se refiere el Libro Tercero de este Código, incluyendo la medida de secuestro establecida en el artículo 599. El depositario podrá ser nombrado por mayoría por los interesados, y a falta de acuerdo lo hará el Tribunal”.

La continuación del procedimiento ordinario sólo tiene lugar cuando ocurre rechazo u objeción sobre alguno de estos aspectos: que no debe incluirse en la partición alguno, algunos o todos los bienes señalados en la demanda, que uno o alguno de los litigantes no están llamados a la partición por no tener la correspondiente cualidad del comunero, heredero, socio, etc.; o bien que teniendo cualidad, le corresponde sin embargo cuota distinta a la indicada en el libelo. Si no hay tales contradicciones, se hace innecesario el juicio cognoscitivo, y por ello la ley propende directamente a la elección de partidor y a la efectiva partición, siempre que la demanda esté apoyada en prueba fehaciente de la existencia de la comunidad -Art.

778-. Habrá eventualmente una nueva fase de conocimiento sumario si sugieren reparos a la partición verificada -Art. 787-.

Si la partición se declara procedente por sentencia firme, caso de haberse hecho oposición, o si hubiere habido avenimiento o si no hubo oposición, deberá procederse al nombramiento del partidor. No otra cosa dispone el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil (1987), al establecer que la contradicción relativa al dominio común respecto de alguno o algunos de los bienes se sustanciará por los trámites del procedimiento ordinario en cuaderno separado, sin impedir la división de los demás bienes cuyo condominio no sea contradicho y a este último efecto se emplazará a las partes para el nombramiento del partidor, agregando que si hubiere discusión sobre el carácter o cuota de los interesados, se sustanciará y decidirá por los trámites del juicio ordinario y resuelto el juicio que embarace la partición se emplazará a las partes para el nombramiento del partidor.

Es de advertir que no determina la ley la especie de reparos en que hayan de basarse las objeciones contra la partición, y es evidente, por lo tanto, -dice Borjas-, que son admisibles todos cuantos fueren alegados, así se funden en la infracción de disposiciones legales o en simples errores de cálculo, en la contravención de cláusulas o disposiciones testamentarias, o en la injusta desigualdad de los lotes, por favorecer algunos de ellos a sus adjudicatarios, con evidente perjuicio de los demás.

Contra la sentencia que recaiga en el supuesto de no haberse logrado un acuerdo con respecto a los reparos graves, se oirá apelación en ambos efectos, a tener del artículo 787 del Código de Procedimiento Civil (1987). Nada dice el Código acerca del recurso de casación, pero es claro que contra la sentencia de segunda instancia será admisible el recurso de casación, de acuerdo con las normas que regulan su admisión.

Concluida la partición, se entregarán a cada uno de los copartícipes los documentos relativos a los bienes y derechos que se les haya adjudicado. Los documentos de una propiedad adjudicada a varios y los comunes a toda la sucesión, quedarán en poder del copropietario elegido por la mayoría absoluta de votos y de haberes (Art. 1.076 del C.C.). Y si no hubiere avenimiento, se archivarán en el Registro Principal de la jurisdicción donde se abrió la sucesión. Así lo dispone el artículo 1.080 del Código Civil.

Procedimiento de Partición ante los Tribunales de Protección

A los fines de establecer lo procedente en este asunto, se precisa señalar que si bien uno de los principios que inspiran la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), es la uniformidad del procedimiento, indicándose en la letra d) del artículo 450 que las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se tramitan por los procedimientos contenidos en dicha Ley, aunque por otras leyes tengan pautado un procedimiento especial, no menos cierto es que, por imperativo del artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), deben –cuando corresponda- aplicarse supletoriamente a los procesos que se ventilen por ante estos Tribunales de Protección, las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002), del Código de Procedimiento Civil (1987) y del Código Civil (1982) en cuanto no se opongan a las previstas en la primera de las leyes citadas.

En este sentido, dispone el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) regula los Principios rectores que rigen la Ley especial, entre otros, los siguientes:

Oralidad. El juicio es oral y sólo se admiten las formas escritas previstas en esta Ley.

Inmediación. El juez o jueza que ha de pronunciar la sentencia debe presenciar el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento salvo los casos que la Ley permita la comisión judicial para la evacuación de algún medio probatorio necesario para la demostración de los hechos controvertidos, pruebas que serán discutidas en la audiencia de juicio. Sólo se apreciarán las pruebas incluidas en la audiencia, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Concentración. Iniciado el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuere posible continuará durante el menor número de días consecutivos.

Uniformidad. Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho se tramitan por los procedimientos contenidos en esta Ley, aunque por otra leyes tengan pautado un procedimiento especial.

Medios alternativos de solución de conflictos. El juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley.

Publicidad. El juicio oral tiene lugar en forma pública, pero se debe proceder a puertas cerradas total o parcialmente, cuando así lo establezca la ley o determine el juez o jueza por motivos de seguridad, de moral pública o de protección de la personalidad de alguna de las partes o de alguna persona notificada para participar en él, según la naturaleza de la causa. La resolución será fundada y debe constar en el acta del debate. Desaparecida la causa de la clausura, puede ingresar nuevamente el público. Lo anterior no obsta el carácter público del expediente, el cual no puede ser objeto de reserva, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Simplificación. Los actos procesales son breves y sencillos, sin ritualismos ni formalismos innecesarios.

Iniciativa y límites de la decisión. El juez o jueza sólo puede iniciar el proceso previa solicitud de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice y en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos.

Dirección e impulso del proceso por el juez o jueza. El juez o jueza dirige el proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión.

Primacía de la realidad. El juez o jueza debe orientar su función en la búsqueda de la Verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias.

Libertad probatoria. En el proceso, las partes y el juez o jueza, pueden valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y el juez o jueza lo apreciará según las reglas de la libre convicción razonada.

Lealtad y probidad procesal. Las partes, sus apoderados, apoderadas, abogados y abogadas deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. El juez o jueza debe tomar todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a estos deberes en el proceso.

Notificación única. Realizada la notificación del demandado o demandada para la audiencia preliminar, las partes quedan a derecho, sin necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del proceso, salvo los casos expresamente señalados en esta Ley.

Defensa técnica gratuita. Las partes que así lo requieran contarán con asistencia o representación técnica gratuita en todo estado y grado de la causa a fin de garantizar la mejor defensa de sus derechos e intereses, a tal efecto las partes podrán solicitar los servicios de la Defensa Pública o el juez o jueza podrá designar a un Defensor Público o Defensora Pública cuando lo estime conducente.

Por lo que resulta imperativo que en el especial procedimiento de partición se impregne de estas características y principios, sin olvidar la especialidad del procedimiento y la finalidad del mismo.

En concatenación con las disposiciones citadas es preciso hacer referencia a los artículos 452 y 178 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) que dispone.

Artículo 452. Materias y normas supletorias aplicables. El procedimiento o ordinario al que se refiere este Capítulo se observará para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esta Ley, salvo las excepciones prevista expresamente en esta Ley.

Se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas.

Artículo 178. Atribuciones. Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes conocen de los distintos asuntos y recursos de carácter contencioso conforme al procedimiento ordinario previsto en esta Ley, aunque en otras leyes los mismos tengan pautado un procedimiento especial. Los asuntos de jurisdicción voluntaria se tramitan conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria contemplado en esta Ley, aunque en otras leyes tengan pautado un procedimiento especial. El otorgamiento de la adopción se tramita conforme al procedimiento especial previsto en esta Ley. En los asuntos previstos en los Parágrafos Tercero y Quinto del artículo 177 de esta Ley, deben aplicarse las regulaciones específicas a dichas materias contempladas en esta Ley.

En atención a las normas previamente citadas, se tiene que efectivamente aún cuando el presente procedimiento es un procedimiento especial de partición debe tramitarse el mismo conforme el juicio ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), adecuando el mismo en cuanto sea posible para no desnaturalizar el procedimiento y conquistar la finalidad del mismo.

En este sentido, observa la investigadora que efectivamente el presente procedimiento hasta su remisión a juicio debe ser sustanciado por el tribunal de mediación y sustanciación observando las normas previstas en el procedimiento ordinario previsto en la ley especial protectora del niño, niña y adolescente, lo cual tendrá lugar si se realiza la oposición, evitando que el juicio sea desnaturalizado, debiendo el juez de mediación y sustanciación verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 777 del Código de Procedimiento Civil (1987), necesarios para iniciar el trámite de los juicios de partición.

Durante la fase de mediación, en la oportunidad de la contestación la parte demandada podrá hacer oposición a la partición procediendo en consecuencia a la sustanciación y preparación de las pruebas, remitiéndolo seguidamente a este juez de juicio a objeto de proferir sentencia en la que se dilucide el derecho o no a partir los bienes que afirma la parte actora pertenecen a la comunidad concubinaria y cuales quiera otros que señale la parte demandada, si fuere el caso y se compruebe la titularidad.

Pero si en el momento de la perentoria contestación el demandado no hace oposición en la forma prevista en el procedimiento especial de partición, es preciso recordar que el juicio de partición de toda comunidad de bienes, encuentra su tramitación en los artículos 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil

(1987), resultan entonces aplicables supletoriamente sus disposiciones con la finalidad de sustanciar y decidir este tipo de asuntos.

Es por ello que el procedimiento de partición seguido por los tribunales de protección, al igual que en el procedimiento civil especial, no admite la posibilidad de oponer, sustanciar y decidir cuestiones previas, ya que el artículo 778 del texto civil adjetivo, ordena directamente pasar a la fase siguiente, si no hay oposición a la partición, o al carácter o cuota de los interesados. Tampoco puede producirse la cuestión previa acumulada a la defensa admitida por el artículo 778 señalado, porque la ley no expresa esa posibilidad, como lo hace en los procedimientos en que impera el principio de concentración procesal como en el caso de arrendamiento inmobiliario.

No obstante, realizada la oposición debe el juez verificar si la misma se encuentra subsumida en algunas de las causas de oposición que prevé el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), para así el juez de mediación y sustanciación determinar la necesidad de sustanciar y pasar a juicio, o en su defecto convocar al nombramiento del partidor.

En virtud que la especialidad del asunto, se requiere que en caso de que no haya oposición se pase directamente al nombramiento del partidor, fase especial esta que sin duda debe ser incluida dentro del juicio ordinario previsto en la LOPNNA (2007), de tal suerte de cumplir con el fin último del procedimiento.

Es así como esta investigadora sostiene que las actuaciones relativas a la designación del partidor, juramentación, recepción de requerimientos por parte del partidor, provisión de tales requerimientos, nombramiento de otros expertos que requiera el partidor, recepción del informe de partición, presentación de reparos, entre otros, constituyen actuaciones propias del juez de mediación y sustanciación, en

consecuencia al momento de la oposición si el demandado no objetare la misma conforme las precisiones del artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), procedente resultaría que el juez de mediación y sustanciación conserve el expediente a objeto de continuar la tramitación de la causa.

Empero realizada válidamente la oposición a que se refiere el artículo 778, toca pasar el expediente debidamente sustanciado al juez de juicio a objeto que se pronuncie sobre el derecho a partir.

Ahora bien, posterior a tal pronunciamiento se distinguen dos escenarios: el primero si la demanda es declarada sin lugar en cuyo caso el procedimiento concluye, salvo el derecho de las partes a ejercer el recurso ordinario de apelación y posterior casación si fuere el caso. Y el segundo, en el que la demanda es declarada con lugar o parcialmente con lugar, ordenando en consecuencia que se continúe el trámite en el estado de nombrar partidor, así las cosas es criterio de la investigadora que en este caso debe el juez de juicio tras la espera de que transcurra el lapso previsto para la apelación, remitir el asunto al juez de mediación y sustanciación a objeto de que avance en el procedimiento, produciéndose las actuaciones siguientes: designación del partidor, juramentación, recepción de requerimientos por parte del partidor, provisión de tales requerimientos, nombramiento de otros expertos que requiera el partidor, recepción del informe de partición, presentación de reparos, entre otros.

En este estado, es preciso verificar que ocurre si se presentan reparos a la partición. Recordamos entonces que disponen los artículos 786 y 787 del Código de Procedimiento Civil (1987) lo siguiente:

Artículo 786.- Si los interesados oponen a la partición reparos leves y fundados a juicio del Juez, mandará éste que el partidor haga las rectificaciones convenientes y verificadas, aprobará la operación.

Artículo 787.- Si los reparos son graves emplazará a los interesados y al partidor para una reunión y si en ella se llega a un acuerdo, el Juez aprobará la partición con las rectificaciones convenidas. Si no se llega a acuerdo, el Juez decidirá sobre los reparos presentados dentro de los diez días siguientes. De la decisión se oirá apelación en ambos efectos.

En este caso, es criterio de la investigadora que al adaptar las previsiones del procedimiento especial de partición a la especial materia de protección en la que se distinguen dos audiencias una preliminar que consta de dos fases y otra de juicio, en el desarrollo de estas intervienen dos jueces o tribunales, uno de mediación y sustanciación y otro de juicio, según la naturaleza de los reparos presentados, la tramitación habría de hacerse de la siguiente manera:

En caso que los reparos sean leves, entendiendo por leves aquellos errores de forma, numéricos, ortográficos, de identificación, o que no alteren las alícuotas partes o los números y carácter de los condóminos, tales actos deben ser sustanciados y verificados por el juez de mediación y sustanciación, quien podrá ordenar al partidor que proceda a realizar la rectificación.

Pero sí se tratare de reparos graves, entendiendo por tales aquellos que afectan los derechos de los condóminos, relacionados con los bienes que se ordena partir, con sus valores, con las alícuotas partes asignadas a los condóminos, o porque no fueron deducidas las deudas, o porque las adjudicaciones resultan injustas, entonces considera este juzgador que al juez de mediación y sustanciación, corresponde convocar al partidor a una reunión y si en ella se llega a un acuerdo, el mismo aprobará la partición con las rectificaciones convenidas.

No obstante si no se llegare a acuerdo sobre los reparos graves, procedente resulta que el juez de mediación y sustanciación remita la causa la juez de juicio para

que este fije la audiencia en la forma prevista en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), decidiendo en la audiencia sobre los reparos presentados, concediendo respecto a la decisión, apelación en ambos efectos. Esto tomando en cuenta la naturaleza de las actuaciones requeridas.

Una vez firme la decisión relativa a los reparos graves el juez de juicio dará por concluida la partición y pasará el asunto al juez de mediación y sustanciación a objeto que este proceda a la entrega a cada uno de los copartícipes de los documentos relativos a los bienes y derechos que se les haya adjudicado. Asimismo los documentos de una propiedad adjudicada a varios se entregarán al copropietario elegido por la mayoría absoluta de votos y de haberes conforme las previsiones del artículo 1.076 del Código Civil (1982). Y en caso que no hubiere avenimiento, se archivarán en el Registro Principal de la jurisdicción, según las previsiones del artículo 1.080 *ejusdem*, de ser necesario se procederá a la subasta pública de los bienes indivisibles conforme las precisiones del Código de Procedimiento Civil y Código civil en lo que atañen a la especialidad del procedimiento de partición, pero en adecuación armónica con las previsiones de la LOPNNA (2007).

En los supuestos de reparos leves ya rectificados, o de reparos graves en los que el juez de mediación y sustanciación haya logrado acuerdo entre las partes, estima la investigadora que el mismo podrá declarar concluida la partición y continuar el trámite que señalan los artículos 1.076 y 1.080 del Código Civil (1987), sin requerir la intervención del juez de juicio.

CAPÍTULO VI

COMPETENCIA MATERIAL PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE PARTICIÓN DE COMUNIDADES CONCUBINARIAS

Competencia del juez civil

El procedimiento de partición es un juicio de naturaleza civil, por ello en principio la competencia le corresponde al juez con competencia civil de acuerdo a la cuantía del asunto.

En los juicios de partición se persigue la división de los bienes, y el valor de estos puede ser perfectamente calculado por la parte actora en su demanda, de tal suerte que la misma debe contener como requisito la cuantía del asunto.

En atención a la cuantía, la Resolución 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009, publicada en Gaceta Oficial en fecha 02 de Abril de 2009, modificó la competencia por la cuantía de los juzgados de Municipio y Primera Instancia Civil, de la siguiente manera:

Artículo 1.- Se modifican a nivel nacional, las competencias de los Juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, de la siguiente manera:

a) Los Juzgados de Municipio, categoría C en el escalafón judicial, conocerán en primera instancia de los asuntos contenciosos cuya cuantía no exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.).

b) Los Juzgados de Primera Instancia, categoría B en el escalafón judicial, conocerán en primera instancia de los asuntos contenciosos cuya cuantía exceda las tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.).

A los efectos de la determinación de la competencia por la cuantía, en todos los asuntos contenciosos cuyo valor sea apreciable en dinero, conste o no el valor de la demanda, los justiciables deberán expresar, además de las sumas en bolívares conforme al Código de Procedimiento Civil y

demás leyes que regulen la materia, su equivalente en unidades tributarias (U.T.) al momento de la interposición del asunto.

Lo que implica que, los Juzgados de Primera Instancia Civil, inicialmente no tienen competencia por la cuantía en causas cuya estimación sea inferior a las 3000 U.T., salvo que el criterio atributivo de competencia no esté establecido por criterios de valor, sino por un criterio diferente.

En el caso específico de los procedimientos de partición la cuantía será relevante para determinar el juez civil competente, asimismo en relación al territorio la competencia fue asignada con criterio *forum rei sitae* donde esté situado el inmueble, por lo que, si la demanda está estimada en menos de 3000 U.T., compete conocer al Juzgado de Municipio y si es más a los Juzgados de Primera Instancia Civil.

Es importante destacar que durante mucho tiempo se sostuvo que la competencia para conocer de juicio de partición de comunidad concubinaria, siempre correspondían al juez civil, independientemente que la pareja hubiere tenido hijos que para el momento de la partición sean aún niños o adolescentes.

En efecto, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, estableció en criterio ya superado, Sentencia N° 71, publicada el 25 de Abril de 2.007, que el conocimiento de las demandas de reconocimiento, partición y liquidación de comunidad tanto matrimonial como concubinaria, corresponde a los Juzgados civiles.

Tal criterio expuesto en Sentencia de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de Noviembre de 2.009, N° 103, con ponencia del Magistrado Doctor LUIS ANTONIO ORTIZ HERNANDEZ, donde se expresó: “...es necesario señalar que, sólo corresponderá la competencia a los Juzgados de Protección del

Niño, Niña y Adolescente, cuando los descendiente de la unión sean parte del proceso...”. Criterio este ratificado en Sentencia del 16 de Noviembre de 2.010, por la propia Sala de Casación Civil, en Sentencia N° 0653, con ponencia de la Magistrada Doctora IRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA, donde se señaló:

...igualmente observa la Sala que la demanda en cuestión trata de una partición y liquidación de una comunidad conyugal, en la que al no estar implicado de forma directa derechos del adolescente hijo de los litigantes ex-cónyuges, resulta competente para conocer y resolver el presente caso, el juzgado que tiene atribuida la competencia en materia civil ordinaria.

Con base en la decisión parcialmente trascrita, el criterio pacífico y constante de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en lo relativo a que corresponde a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de las demandas de liquidación y partición de la comunidad concubinaria, porque con tal pretensión no resultan afectados, directa ni indirectamente los intereses de los niños y adolescentes que provengan de esa unión.

De esa misma manera se pronunció la Sala Constitucional del Supremo Tribunal en Sentencia N° 5.131, del 16 de Diciembre de 2.005, citando otro fallo suyo, en el que determinó que:

... la partición de bienes en comunidades, bien sea conyugal o concubinaria es una acción de naturaleza civil, cuya competencia por razón de la materia corresponde a la jurisdicción civil, y aún cuando en ella estén involucrados indirectamente menores de edad, la competencia especial no prevalece en estos casos, por cuanto no están afectados los derechos o garantías que están previstos en la legislación especial de Niños, Niñas y Adolescentes.

Tal criterio fue reiterado en sentencia de la Sala Constitucional N° 1.707 del 19 de Julio de 2.002), que dictaminó:

...Igual que en las causas de liquidación y partición de comunidades concubinarias y conyugales, en los casos de reconocimientos de la comunidad concubinaria la conclusión es idéntica a la antes anotada, pues siendo de naturaleza civil el contenido material de la pretensión, el conocimiento correspondía a los juzgados con competencia en lo Civil.

Por lo tanto, durante mucho tiempo la partición de la comunidad conyugal y concubinaria en la que se hubieren procreado hijos, que para el momento de la interposición de la demanda fueren niños o adolescentes, se consideraba que al ser los contendores mayores de edad, el juicio es esencialmente civil, a pesar de la existencia de Niños, Niñas y Adolescentes procreados por la pareja dentro de la unión, lo cual no influía en la atribución de competencia, porque tales hijos no son sujetos de la relación procesal, ni están involucrados en el *thema decidendum*.

Se sostenía entonces, que en el supuesto de existencia de tales descendientes, sólo correspondería la competencia a los Juzgados de Protección, cuando ello sea parte en el proceso. Así lo determinó la Sala Plena en Sentencia N° 46, publicada el 08 de Marzo de 2.007, y, en ese mismo sentido, la Sentencia N° 68, publicada el 14 de 2.006, donde se destacó que la competencia de los Tribunales de Protección del Niño, Niña y del Adolescente está basada en el concepto de fuero subjetivo atrayente, por lo que, además de enumeración prevista en el artículo 177 de la Ley de Protección del Niño, Niña y Adolescente (2007), referida a la materia de familia, patrimonial, laboral, entre otras, la razón atributiva de la competencia es la presencia de un interés jurídico digno de tutela jurisdiccional en la persona de un niño o de un adolescente.

Sobre la base de lo antes expuesto, cuando los Niños, Niñas y Adolescentes no formaren parte de la relación procesal, la pretensión de reconocimiento y solicitud de liquidación y partición de la comunidad concubinaria no se veía afectada, en los términos referidos en las decisiones precedentes, directa ni indirectamente, por tanto, el conocimiento de las peticiones correspondía a los juzgados con competencia en materia civil.

En conclusión, los procedimientos de partición eran competencia de los tribunales civiles ordinarios, y sólo correspondían a los jueces de protección en tanto y en cuanto el niño o adolescente, figurara como demandado en el procedimiento de partición, por ser comunero de los bienes objeto de partición, tal criterio fue fundamentado en el Parágrafo Segundo del artículo 177 de la antigua Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (2007), que disponía que los órganos que conforman la jurisdicción especial de protección, en particular las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, son los competentes para conocer de los asuntos patrimoniales y del trabajo en que estén involucrados dichos sujetos de derecho; en este sentido, la norma indicada disponía:

Artículo 177. Competencia de la Sala de Juicio. El juez designado por el presidente de la Sala de juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes materias: (*omissis*)

Parágrafo Segundo: Asuntos patrimoniales y del trabajo:

- a) Administración de los bienes y representación de los hijos;
- b) Conflictos laborales;
- c) Demandas contra niños y adolescentes;
- d) Cualquier otro afín a esta naturaleza que deba resolverse judicialmente.

Es así como la doctrina que imperaba hasta reciente data era que las causas que sean reguladas por la ley adjetiva y sustantiva civil, como la partición, son de

naturaleza civil, por lo que aún en la causas donde estén involucrados indirectamente menores de edad, la competencia le corresponde a los tribunales civiles, ya que son los órganos especializados en la materia (Casación Civil Sentencia N° 42 del 23-07-2002, ratificada en Sentencias N° 217 del 19-12-2003; 183 del 09-09-2003; 405, 392 del 30-04-2004 y N° 390 del 30-04-2004).

Competencia del Juez de Protección

Sin embargo tras la reforma y promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente (2007) el dispositivo contenido en el artículo 177 fue modificado y quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 177. Competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es competente en las siguientes materias:

Parágrafo Primero: Asuntos de familia de naturaleza contenciosa:

... omissis ...l.- Liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes comunes o bajo Responsabilidad de Crianza y/o Patria Potestad de alguno o alguna de los solicitantes.

m.- Cualquier otro afín de naturaleza contenciosa que deba resolverse judicialmente en el cual los niños, niñas y adolescentes sean legitimados activos o pasivos en el proceso.

Por lo que, en la actualidad toda partición de comunidad conyugal o concubinaria en la cual haya niños, niñas y/o adolescentes comunes o bajo responsabilidad de crianza o patria potestad de alguno de los comuneros corresponde conocer al juez de protección.

A mayor abundamiento acerca de esta cuestión, consideró la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha siete de marzo del año dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado: Malaquías Gil Rodríguez, Expediente N° AA10-L-

2010-000138 destacar el progresivo desarrollo de la legislación que regula esta especial y compleja materia, para ello destacó el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), representa un avance en comparación con lo estatuido en el artículo 177 de la reformada Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, en la perspectiva de la ampliación de la competencia de la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, en lo tocante, a la expresa inclusión entre los asuntos de familia de naturaleza contenciosa, lo relativo a “...la liquidación y partición de la comunidad conyugal o de las uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes...”.

Por lo que sin lugar a dudas, la competencia en materia de partición de comunidad concubinaria, corresponde al juez civil, cuando no hay hijos menores y al juez de protección en caso que se hayan procreado hijos que para el momento de la interposición de la demanda sean aún niños, niñas o adolescentes.

CONCLUSIONES

El concubinato está referido a una idea de relación monogámica, de cohabitación permanente, mediante el cual públicamente dos personas de distinto sexo aparentan ser marido y mujer, de esta forma, el concubinato pasa a representar una unión extramatrimonial, que debe calificarse como concubinato si cumple con ciertos requisitos.

Bajo esta perspectiva, el Estado se coloca dentro de la tendencia actual que tiende a equiparar al concubinato con el matrimonio, para que con ello se evite la discriminación producto de las diferencias entre hijos legítimos y naturales, así como el resguardo de los derechos, principalmente de la mujer, sobre aquellos bienes obtenidos durante la unión extramatrimonial que puedan ser liquidados de ocurrir el fin de esta unión, de esta forma, aparece una figura equivalente a la llamada comunidad conyugal que se conoce como comunidad concubinaria.

El efecto principal e inmediato de la existencia de la comunidad concubinaria, está referido al reconocimiento de que los bienes adquiridos durante la permanencia de esta comunidad no matrimonial, pertenecen de por mitad a los concubinos; tal demostración de existencia lo que hace es que surjan derechos de propiedad de éstos respecto a los bienes que integran la comunidad en referencia.

El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) declara que “...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”, así, el concubinato pasa a equipararse en buena medida con el matrimonio, aunque, además de los aspectos socio-culturales que aún influyen en la percepción del colectivo acerca de esta unión, existan vías legales y sutilezas jurídicas

para abordar el mismo más aún cuando ocurre la ruptura de la unión y aparecen elementos varios en litigio.

En la República Bolivariana de Venezuela existe una legislación medianamente avanzada en materia de uniones estables de hecho y más específicamente en relación al concubinato, ya que a la normativa si se quiere obsoleta que se encuentra aún consagrada en el Código Civil venezolano (1982) se ha complementado con los nuevos postulados contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), abriendo paso a la sanción de nuevas leyes que incorporen la institución del concubinato.

La índole marital sugiere una relación hombre-mujer con las características de vida y de costumbres que normalmente desarrolla su pareja. Vale decir, participación mutua en los eventos de la vida diaria por similitud de intereses, aunque no es necesariamente esto represente términos absolutos de identidad, porque ello sería negar el principio de coexistencia entre dos seres de sexo opuesto, con sendos criterios y personalidades distintas.

En este sentido la norma jurídica constitucional se ha adaptado a lo que ya se reflejaba como una realidad social. Y es que en efecto un gran porcentaje de familias venezolanas se encuentran constituidas por uniones estables de hecho, que con el paso del tiempo ha ido creando conflictos de difícil solución jurídica, precisamente por la falta de una norma protectora y reguladora del concubinato. Es así como se excluye en consecuencia del ámbito de protección constitucional, las uniones de hecho incestuosas, homosexuales, bígamas salvo en los casos específicos de concubinato putativo, y demás relaciones de hecho en las que exista la imposibilidad de ambos o alguno de los miembros de la pareja para contraer matrimonio.

Actualmente en el concubinato no tiene por qué exigirse como obligación de los concubinos la relación carnal entre ellos, inherente al deber de vivir juntos en el matrimonio, porque según la Sala Constitucional cuando se vive en concubinato, no hay posibilidad legal de cometer adulterio, o abandono voluntario.

La Ley del Seguro Social (1991) protege al concubino o a la concubina y a tal efecto se les provee atención médica integral, cuya inscripción, las más de las veces ha servido de prueba para la comprobación de las uniones concubinarias. De igual forma esta ley es la que prevé la duración de dos años, tiempo este que ha tomado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como marco de referencia para la concreción de los derechos derivados de la relación de hecho.

El concubinato se encuentra fundamentado en el libre consentimiento, como requisito para la formación de la unión, ya que el propio artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), lo confirma al indicar: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer fundado en el libre consentimiento...”

Por ello, este tipo de decisiones, se conforma con declarar si existe un derecho, por supuesto, es claro que en materia de concubinato, los efectos de haber declarado el concubinato se extienden a muchos otros de naturaleza civil personas, familia, obligaciones, sucesiones, entre otras. Ahora bien, entre las condiciones requeridas para que pueda darse la acción declarativa, el actor debe tener un interés jurídico actual, ya que no hay acción sino hay interés, por lo tanto, ninguna demanda puede dejar de expresar el objeto de las razones en que se fundamenta, a fin de que su contexto demuestre el interés jurídico actual, porque la pretensión del actor no puede en ningún caso ser contraria a derecho, ni tampoco desprovista de fundamento jurídico, ya que de lo contrario la acción no prosperaría.

Sin embargo, las mas de las veces, el interés del accionante en la acción merodeclarativa de concubinato, lo que aspira es la partición de los bienes de la comunidad concubinaria, pero esta partición no puede solicitarse conjuntamente con la demanda merodeclarativa pues se produciría una inepta acumulación, por ende debe primero declararse la existencia del concubinato, para posteriormente pedir la partición de la comunidad concubinaria.

Asimismo cualquier tercero, puede tener interés directo en que se declare la existencia de las uniones concubinarias, esto a los efectos de atacar los bienes que se encuentran a favor del concubino, respecto a las obligaciones o contratos existentes con el otro.

No obstante, los jueces que conozcan de acciones merodeclarativas de concubinato, pueden perfectamente decretar medidas cautelares a favor del solicitante, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (1987) relativos al *fumus bonis iuris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*. Todo a los efectos de proteger al solicitante de los actos de enajenación y gravamen que pudiera llevar a efecto el demandado.

Los efectos del concubinato declarado legalmente fueron establecidos detalladamente en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de Julio de 2005, así pues en dicha sentencia se interpreta con carácter vinculante el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

La acción merodeclarativa de concubinato, ha sido considerada en el tiempo como de naturaleza esencialmente civil, específicamente del ámbito del derecho civil familia, sin embargo en relación a la competencia para conocer de estas demandas, se analizaron diferentes interpretaciones.

De allí que, se profundizó en la doctrina sentada por la Sala Plena del máximo tribunal, relativa la inafectabilidad de los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes en un debate judicial que independientemente de sus resultados, inevitablemente incidirá en la situación y dinámica de estas personas objeto de especial protección, toda vez que, como ya fue expresado, el proceso de formación y desarrollo de la personalidad en el niño, niña y adolescente, constituye una cuestión esencial no solo para su propio futuro en tanto persona humana, sino incluso para el devenir de la sociedad de la cual es parte y a su vez expresión.

Por tal motivo se consideró que, el desarrollo de un juicio en el que se ventila el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales, las cuales no se agotan en el mundo de la normatividad jurídica, pues lo espiritual, psicológico, en fin, el conjunto de referentes que configuran el sensible mundo de los niños, niñas y adolescentes lo trasciende.

La incidencia o repercusión, se materializa en cada caso concreto, en grados distintos, pero siempre producirá sus consecuencias, por cuyo motivo, se justifica plenamente la intervención de un juez especializado en el abordaje, tratamiento y solución de este tipo de situaciones. Por consiguiente, y a modo de conclusión, la protección especial que amerita la persona humana que aún no ha alcanzado el suficiente nivel de madurez, desborda los límites de las clásicas medidas asociadas a la concepción del derecho civil, habida cuenta que requiere de un juez especial en virtud de la especialidad de la materia.

En consideración de lo precedentemente expuesto, la Sala Plena abandonó el criterio jurisprudencial hasta ahora suscrito y, fundamentalmente, establecido a través de sentencia número 71 de fecha 25 de abril de 2008, consistente en atribuirle la

competencia para conocer de las acciones mero declarativas de unión concubinaria, a la jurisdicción civil, toda vez que efectuado el razonamiento que antecede, arriba a la conclusión que en los procedimientos en que se solicita el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, en la que se hayan procreados hijos, y mientras éstos sean menores de edad, la jurisdicción competente es la especial de protección de niños, niñas y adolescentes, habida cuenta que es la más capacitada para brindarle la debida protección a los sujetos en etapa de niñez o adolescencia.

En consecuencia, el nuevo criterio que sobre esta materia adoptó la Sala Plena, a los fines de garantizar el más idóneo, integral y cabal tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, que se ven involucrados en juicios relacionados con solicitudes de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, son los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes.

Por lo que, en la actualidad, el juez civil solo conocerá de la demandas declarativas de concubinato, cuando estos no hayan tenido hijos, que para el momento de la interposición de la demanda sean niños, niñas o adolescentes, por el contrario siempre que se afirme que en la unión concubinaria se procrearon hijos que para la fecha de presentación de la demanda son menores de edad, corresponderá conocer al juez de protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En relación a las probanzas, pueden las partes valerse de cualquier medio no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil (1982), y en su defecto, en la forma que señale el Juez. Entre las pruebas abordadas, se destaco, las constancias de concubinato, los justificativos

judiciales, la prueba testimonial, la confesión y las posiciones juradas, las pruebas libres, entre otras.

La investigación desarrollada se justifica en función del analizar los cambios que actualmente ha sufrido la concepción del concubinato en Venezuela, y el especial estudio de los procedimientos para declarar el concubinato y para partir los bienes de la comunidad concubinaria.

Seguidamente la investigación se centro en el procedimiento de partición de la comunidad concubinaria, en sus dos fases, pero el verdadero aporte de la autora radica en la adecuación que se propuso en lo atinente a la partición llevada a efecto en los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ya que aún cuando el procedimiento de partición es un procedimiento especial, debe tramitarse el mismo conforme el juicio ordinario previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), adecuando el mismo en cuanto sea posible para no desnaturalizar el procedimiento y conquistar la finalidad del mismo.

En este sentido, se concluyó que efectivamente el procedimiento hasta su remisión a juicio debe ser sustanciado por el tribunal de mediación y sustanciación observando las normas previstas en el procedimiento ordinario previsto en la ley especial protectora del niño, niña y adolescente, lo cual tendrá lugar si se realiza la oposición, evitando que el juicio sea desnaturalizado, debiendo el juez de mediación y sustanciación verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 777 del Código de Procedimiento Civil (1987), necesarios para iniciar el trámite de los juicios de partición.

Durante la fase de mediación, en la oportunidad de la contestación la parte demandada podrá hacer oposición a la partición procediendo en consecuencia a la sustanciación y preparación de las pruebas, remitiéndolo seguidamente a este juez de

juicio a objeto de proferir sentencia en la que se dilucide el derecho o no a partir los bienes que afirma la parte actora pertenecen a la comunidad concubinaria y cuales quiera otros que señale la parte demandada, si fuere el caso y se compruebe la titularidad.

No obstante, realizada la oposición debe el juez verificar si la misma se encuentra subsumida en algunas de las causas de oposición que prevé el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), para así el juez de mediación y sustanciación determinar la necesidad de sustanciar y pasar a juicio, o en su defecto convocar al nombramiento del partidor.

En virtud que la especialidad del asunto, se requiere que en caso de que no haya oposición se pase directamente al nombramiento del partidor, fase especial esta que sin duda debe ser incluida dentro del juicio ordinario previsto en la LOPNNA (2007), de tal suerte de cumplir con el fin último del procedimiento.

Las actuaciones relativas a la designación del partidor, juramentación, recepción de requerimientos por parte del partidor, provisión de tales requerimientos, nombramiento de otros expertos que requiera el partidor, recepción del informe de partición, presentación de reparos, entre otros, constituyen actuaciones propias del juez de mediación y sustanciación, en consecuencia al momento de la oposición si el demandado no objetare la misma conforme las precisiones del artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (1987), procedente resultaría que el juez de mediación y sustanciación conserve el expediente a objeto de continuar la tramitación de la causa. Empero realizada válidamente la oposición a que se refiere el artículo 778, toca pasar el expediente debidamente sustanciado al juez de juicio a objeto que se pronuncie sobre el derecho a partir.

Posterior a tal pronunciamiento se distinguió entre dos escenarios: el primero si la demanda es declarada sin lugar en cuyo caso el procedimiento concluye, salvo el derecho de las partes a ejercer el recurso ordinario de apelación y posterior casación si fuere el caso. Y el segundo, en el que la demanda es declarada con lugar o parcialmente con lugar, ordenando en consecuencia que se continúe el trámite en el estado de nombrar partidor, así las cosas la investigadora sugirió que en este caso debe el juez de juicio tras la espera de que transcurra el lapso previsto para la apelación, remitir el asunto al juez de mediación y sustanciación a objeto de que avance en el procedimiento, produciéndose las actuaciones siguientes: designación del partidor, juramentación, recepción de requerimientos por parte del partidor, provisión de tales requerimientos, nombramiento de otros expertos que requiera el partidor, recepción del informe de partición, presentación de reparos, entre otros.

Finalmente se hizo alusión a la competencia para conocer de los juicios de partición de comunidad concubinaria, concluyendo que estos corresponden al juez civil si no hay hijos menores, de lo contrario corresponden al juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

RECOMENDACIONES

A raíz de la investigación realizada surgieron una serie de recomendaciones, que pueden coadyuvar al mejor desenvolvimiento de las causas merodeclarativas de concubinato, así como la partición de la comunidad concubinaria, tanto en el orden civil como en materia de protección de niños, niñas y adolescentes, las cuales se sintetizan de la siguiente manera:

Al juez de mediación de protección: Procurar la verificación de los requisitos de procedencia del procedimiento de partición de comunidad concubinaria, pues debe distinguir entre los requisitos de las demandas comunes según la ley especial, y el especial procedimiento de partición que deviene del Código de Procedimiento Civil (1987).

Al Tribunal Supremo de Justicia: realizar foros y mesas de trabajo relacionadas con los procedimientos de partición de la comunidad concubinaria con niños, niñas y adolescentes, toda vez que existen desacuerdos y criterios contrapuestos en relación con el manejo de las mismas en sede de Protección de niños, niñas y adolescentes.

A la Asamblea Nacional: Proponer la reforma de la LOPNNA a fin de incluir en el artículo 177 lo atinente a la competencia en materia de declaración de concubinato, conforme la jurisprudencia patria, a fin de que se adapte dicha ley a los criterios actuales que persiguen la protección de los niños, niñas y adolescentes.

A las Coordinaciones de protección: Organizar mesas de trabajo que permitan unificar criterios en materia de acciones merodeclarativas de concubinato y partición de comunidad concubinaria, facilitando al efecto formatos y modelos que permitan de

alguna manera minimizar las enormes diferencias de criterios entre jueces incluso de la misma jurisdicción y competencia territorial.

A los abogados litigantes: Profundizar en el estudio de las instituciones del concubinato y la partición, para brindar una mejor asesoría y para contribuir con los tribunales del país como parte del sistema de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Balzán, J. (1986). Lecciones de derecho procesal civil. Caracas: Editorial SULIBRO C.A.
- Baudin, P. (2004). Código de Procedimiento Civil. Caracas: Editorial Justice S.A.
- Bello, L. (1979). Manual de Derecho Probatorio. Tomo II, Caracas: Edic. Librería La Lógica.
- Bello, L. (1991). La Prueba y su Técnica. Quinta edición. Caracas: Mobil Libros.
- Brewer, A. (2000). La Constitución de 1999. Caracas: Arte.
- Cabanellas, G. (2.000) Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Décimo cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina
- Cabanellas, A. (2005). Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta.
- Carnelutti, F (1997). Instituciones del proceso civil”, traducido por Santiago Sentís Melendo, Ed. El Foro, Buenos Aires.
- Carnelutti, F. (1955). La prueba civil. Buenos Aires, Ediciones Arayú. Traducido al castellano por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo
- Chiovenda, J. (1977). Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid: Editorial. Reus.
- Colin y Capitant (1951). Derecho Civil. Tomo 3. Madrid: Editorial Reus.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) ratificada por el Estado venezolano en fecha 14 de julio de 1977. Gaceta Oficial N° 31.256. Caracas.
- Couture, E. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Edición Depalma.
- Echandía, H. (1993). Teoría general de la prueba judicial. (4ª ed). Santafé de Bogotá: Editorial ABC.

- Gaceta Oficial de la República de Venezuela (Extraordinario), Código Civil. Julio 26, 1982.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela (Extraordinario) N° 3.694, Código de Procedimiento Civil. Enero 22, 1987.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Diciembre 30, 1999
- Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.262 del 11 de septiembre de 1998 Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Ley Orgánica para la protección del Niño, Niña y Adolescente. Diciembre 10, 2007.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.096 Extraordinario del 6 de abril de 1967. Ley Del Seguro Social.
- Gobierno en Línea. Disponible <http://www.gobiernoenlinea.ve/tramites-nvo-view/ver> (Consulta: 2006, Junio 10)
- Grisanti, H. (1997). Sentencia de la Sala de Casación Civil del tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de Julio de 1997.
- Henríquez, R. (1998). Código de Procedimiento Civil. Caracas: Centro de Estudios jurídicos del Zulia.
- La Roche, A. (1981). Derecho civil II. Maracaibo: Impresora Nacional S.A.
- Loreto, L. (1987). Ensayos jurídicos. (2ª ed). Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt – Editorial Jurídica Venezolana.
- Osorio, M. (1974). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina: Imprenta de los Buenos Aires.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ratificado por Venezuela en fecha 10 de mayo de 1978.
- Palacios, L. (2002). La acción mero declarativa. Caracas: ediciones Liber.
- Rengel, A. (1991). Tratado de derecho procesal civil venezolano. Caracas: Editorial Ex Libris.

Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de fecha 15 de julio de 2005.

Sentencia N° 190 de fecha 28 de febrero de 2008, dictada en Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de octubre de 2000. Ponencia de Magistrado Dr. Franklin Arrieché.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez, Exp. 2009-000632, con ponencia del Magistrado: Luís Antonio Ortiz Hernández.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 11 de junio de dos mil ocho, Exp.N° 06-1510, con ponencia del Magistrado: Marcos Tulio Dugarte Padrón sentencia.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 127, de fecha 12 de abril de 2005, caso: Técnicos de Concreto Teconsa S.A, contra Banco de Fomento Regional de Los Andes C.A., expediente N° 03-020.

Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia número 20, del 14 de mayo de 2009, caso: Raúl Vinsencio Rodríguez Ramírez contra Iris Violeta Angarita.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 25 de junio de 2003, con Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, N° 1737.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 05 de agosto de 2008.

Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 21 de Mayo de 2008 Caso: Reino contra Bracamonte.

Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N°39, con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba.

Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha siete de marzo del año dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado: Malaquías Gil Rodríguez, Expediente N° AA10-L-2010-000138.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de febrero de 2003, Caso: Maritza Herrera de Molina y otros.

Sentencia del 11 de julio de 2003, Caso: Puertos de Sucre S.A.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, de fecha 14 de Junio de 2005, bajo la ponencia de la Magistrada Isbelia Perez de Caballero.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 3 de marzo de 1993.

Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 02 de Agosto de 2001, Caso: Seguros Mercantil C.A.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de noviembre del año 2000.

Sentencia N° 0200, de la Sala de Casación Civil del tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de Julio de 1997, dictada bajo la ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani.

Sentencia N° 098-172, reiterada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 1998, dictada bajo la ponencia del Magistrado Anibal Rueda.

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de Octubre de 2000.

Sojo, R. (1984). Apuntes de derecho de familia y sucesiones. Caracas: Editorial Bicentenario.

Tribunal Asociado de Argentina (1941). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 03 de Diciembre de 1941.

Universidad Católica Andrés Bello. (1997). Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado en el área de Derecho para optar al Título de Especialista. Caracas: UCAB.

Vásquez, I. (1995). Derecho Procesal Civil II.

Villasmil, F. (1988) Teoría de la Prueba y el nuevo Código de Procedimiento Civil. Maracaibo: editorial Librería Roberto Borrero.

ANEXO



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

EN

SALA PLENA

Magistrado Ponente: MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ

Expediente N° AA10-L-2010-000138

I

Mediante oficio número 2010-1850, de fecha 16 de junio de 2010, el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Juez Unipersonal N° 3, remitió a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia el expediente contentivo del juicio relacionado con la acción mero declarativa de unión concubinaria, instaurada por la ciudadana **ALEXANDRA CARREÑO HERNÁNDEZ**, titular de la cédula de identidad número 14.496.433, asistida por la abogada Sonia Pumar Carrasquero, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 23.556, contra el ciudadano **NELSON LUIS GONZÁLEZ MEDINA**, titular de la cédula de identidad número 11.867.500.

El 7 de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional designó a las ciudadanas y ciudadanos: Jhannett María Madriz Sotillo, Ninoska Beatriz Queipo Briceño, Malaquías Gil Rodríguez, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover, Gladys María Gutiérrez Alvarado, Trina Omaira Zurita, Oscar Jesús León Uzcátegui como nuevas Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, quienes se juramentaron e incorporaron el día 9 de ese mismo mes y año.

Por auto de fecha 7 de abril de 2011, se designó ponente al Magistrado doctor **MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ**, que con tal carácter suscribe el presente fallo.

Siendo la oportunidad para decidir y analizadas las actas procesales, esta Sala pasa a dictar sentencia, previas las siguientes consideraciones:

II

ANTECEDENTES

En fecha 25 de marzo de 2009, la ciudadana **ALEXANDRA CARREÑO HERNÁNDEZ**, ya identificada, interpone acción mero declarativa de unión concubinaria, ante la Oficina de Recepción y Distribución de Documentos del Circuito Judicial del Estado Zulia, contra el ciudadano **NELSON LUIS GONZÁLEZ MEDINA**, ya identificado.

Mediante decisión de fecha 07 de abril de 2010, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, se declara incompetente y declina la competencia en la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, para lo cual, remite el expediente de la causa al órgano distribuidor de los Juzgados de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a los fines consiguientes.

En fecha 16 de junio de 2010, el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio-Juez Unipersonal N° 03, a quien por distribución correspondió conocer, no aceptó la competencia atribuida y, en consecuencia, planteó conflicto negativo de competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, remitiendo el expediente a este Tribunal Supremo de Justicia, a los fines subsiguientes.

III

DEL CONFLICTO DE NO CONOCER ENTRE TRIBUNALES

El 7 de abril del 2010, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, se declaró incompetente por la materia para conocer y decidir la referida acción, conforme a las siguientes consideraciones:

“Aduce la solicitante en el escrito que encabeza las presente actuaciones lo siguiente: “...desde el día 10 de marzo de 1.997, inicie (sic) con el ciudadano NELSON LUIS GONZÁLEZ MEDINA, quien es venezolano, mayor de edad, soltero, titular de la cédula de identidad N° 11.867.500 y de mi mismo domicilio, una relación concubinaria estable, en forma pública y notoria, la cual se mantuvo con (sic) mas de siete años, hasta el día 4 de septiembre de 2004. Durante ese lapso nos mantuvimos en forma ininterrumpida tratándonos como marido y mujer, ante familiares, amigos, vecinos y la comunidad en general, guardándole fidelidad, con asistencia, auxilio y socorro mutuo. De esa unión procreamos una hija que lleva por nombre (...), de ocho (08) años de edad, con quien compartimos el mismo techo en el conjunto residencial parcelamiento urbanización la rosaleta, avenida 80-A, lote “G” distinguida con el Nro 1, casa Nro 80-A-03 en jurisdicción de la parroquia Raúl Leonis de esta Ciudad y Municipio Maracaibo del Estado Zulia...” (sic).

Ahora bien, se evidencia de los señalamientos supra transcritos que, la demandante alegó la existencia de una unión concubinaria entre su persona y el demandado, en la cual, procrearon una hija que para la fecha aún es menor de edad, por lo que infiere este órgano jurisdiccional que en la referida pretensión de establecimiento de unión concubinaria estarán ineludiblemente involucrados intereses de carácter patrimonial que abrazan a la menor de edad (...). A este respecto se pronunció la Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 21 de julio de 2.009, Caso: A. del R. Bello y otros contra C.E. Milano y otros donde se estableció lo que de seguidas se transcribe : “...De igual forma, en atención a la decisión

antes indicada se concluye, que es criterio de esta Sala, que en todos aquellos casos en que se encuentre discutido el carácter patrimonial, y que además figuren niños, niñas y/o adolescentes, no importando si actúan como demandantes o demandados, corresponde la competencia a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, siempre y cuando la demanda sea admitida con posterioridad al 16 de noviembre de 2.006, fecha en la cual se publicó el fallo que fijó el nuevo criterio por parte de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, criterio que ha sido reiterado por esta Sala de Casación (sic) Civil, en su fallo N° RC-848 de fecha 10 de diciembre de 2.008, expediente N° 2007-163. Caso: Antonio Arenas y Juana Ynocencia Rengifo de Arenas, en representación de su menor hijo (Identidad omitida en cumplimiento a lo pautado en el parágrafo primero del artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y como representantes de sus hijas fallecidas..., contra las sociedades..., con ponencia del mismo Magistrado que con tal carácter suscribe la presente...". (Subrayado y negritas de este Juzgado). Así las cosas, atendiendo a la jurisprudencia parcialmente transcrita, se evidencia que corresponde el conocimiento a los Juzgados de Protección del Niño, Niña y Adolescente, de toda aquella controversia, en la cual, se encuentre discutido el carácter patrimonial, y donde figuren niño, (sic) niñas y adolescentes, sin importar si éstos figuran como legitimados activos o pasivo en el proceso. Así se declara.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, este JUZGADO CUARTO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRÁNSITO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO ZULIA, se declara INCOMPETENTE, en razón de la materia para seguir conociendo de la presente causa, corolario de lo anterior, declina su competencia al ÓRGANO DISTRIBUIDOR DE LOS JUZGADOS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO ZULIA, a quien se ordena remitir el presente expediente en original con el respectivo oficio."

Por su parte, en fecha 16 de junio de 2010, el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3, se declaró incompetente para conocer de la presente demanda, argumentando lo siguiente:

"... se debe hacer referencia a la sentencia dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 29 de julio de 2009, con ponencia del magistrado Luis Antonio Ortiz Hernández, expediente AA-10-L-2007000039, caso Jennifer Guerrero Gutiérrez contra Johnny Rodolfo Páez Graffe, que también declaró competente al tribunal civil ordinario en un juicio de liquidación y partición de comunidad concubinaria. Ahora bien, en el presente caso, se observa del contenido de la demanda que la ciudadana Alexandra Carreño Hernández, actúa en nombre propio, no en representación de su hija, por lo que tratándose de una demanda entre adultos plenamente capaces, más no una demanda donde figuran niños, niñas o adolescentes como sujetos activos o pasivos en la relación jurídico procesal; es un asunto que compete a la jurisdicción civil, no a esta jurisdicción especializada.(...)".

IV DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL CONFLICTO PLANTEADO

Como punto previo, debe esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, pronunciarse sobre su competencia para conocer y decidir la controversia competencial suscitada entre el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, y el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3.

En consecuencia, la resolución del presente conflicto negativo de competencia, se subsume en lo previsto en los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil, en concatenación con lo contemplado en el numeral 51 del artículo 5 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial numero 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, habida cuenta de estar estas disposiciones legales en rigor para el momento del ejercicio de la acción que da inicio a la causa judicial.

El precitado numeral 51 del artículo 5 de la derogada ley, ahora numeral 4 del artículo 31 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5991 de fecha 29 de julio de 2010, disponía que era competente para decidir tal controversia, la Sala afín con la materia y naturaleza del asunto debatido, al establecer:

*“Artículo 5.- Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.
(... omisis...)”*

51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido.”

En este orden de exposición, corresponde ahora determinar a cual de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia se le confirió facultades para dirimir los conflictos negativos de competencia suscitados entre tribunales que no tengan un superior común a ellos. A tales efectos cabe acotar en este contexto, que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante el fallo número 24, publicado en fecha 26 de octubre de 2004, fijó el criterio, que luego, reafirma y reitera en su sentencia número 1 de fecha 17 de enero de 2006, consistente en lo siguiente:

“(...) todas las Salas de este máximo tribunal (sic) tienen atribuida competencia para decidir los conflictos de competencia de los tribunales, en el caso de que no exista otro tribunal superior y común a ellos. En este sentido, resulta competente esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de la presente causa, toda vez que justamente el conflicto planteado versa en torno a cual es la materia objeto del proceso, ya que se presenta un conflicto negativo de competencia, en este caso entre tribunales con competencia agraria y tribunales con competencia civil, (...) consecuencia de lo anterior, es que establecer cuál es la Sala afín con la materia significaría determinar el fondo del asunto debatido en esta instancia, que no es otro que determinar la competencia según la materia para conocer del presente caso.

Así las cosas, debe esta Sala asumir la competencia a fin de establecer cuál es el

tribunal competente para conocer de la demanda, especialmente porque es la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la más apropiada para resolver los conflictos de competencia entre tribunales de distintas 'jurisdicciones' sin un superior común (...).”.

Por consiguiente, de conformidad con el criterio antes expuesto, actualmente recogido en el numeral 3 del artículo 24 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), al tratarse la situación jurídica bajo examen, de la solución de un conflicto negativo de competencia surgido en razón de la materia y entre órganos judiciales que no tienen un superior común por pertenecer a jurisdicciones distintas, vale decir, jurisdicción Civil y jurisdicción de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a los preceptos jurídicos precitados, se declara competente para conocer y decidir la presente controversia competencial. **Así se decide.**

V

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez asumida la competencia, esta Sala Plena pasa a determinar a cuál órgano judicial le corresponde conocer y decidir el asunto planteado en la presente causa, ello en virtud del conflicto de no conocer suscitado entre los premencionados tribunales, a propósito del juicio incoado con ocasión a la acción mero declarativa de unión concubinaria interpuesta por la ciudadana Alexandra Carreño Hernández contra el ciudadano Nelson Luís González Medina; relación concubinaria en la cual, según lo alegado por la parte actora en su escrito libelar, procrearon una hija que para el momento del ejercicio de la referida acción, contaba con 8 años de edad, cuya identidad se omite en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En este contexto, estima conveniente esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de cara a su perenne voluntad de garantizar una recta aplicación de justicia, entrar a analizar el conjunto de elementos teóricos y normativos que apreció y ponderó al momento de adoptar el criterio jurisprudencial que ha acogido a los fines de dirimir las controversias de no conocer que se suscita entre órganos judiciales pertenecientes a jurisdicciones distintas, frente a litigios relacionados con la tramitación de solicitudes de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, en las cuales estén involucrados derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes.

Como es sabido, y se ha expresado reiteradamente, con ocasión a la entrada en vigor de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, se generaron conflictos negativos de competencia entre órganos judiciales pertenecientes principalmente a la jurisdicción civil y a la de protección de niños, niñas y adolescentes; situación ésta, que progresivamente fue resolviéndose en la medida en que se fueron unificando los criterios al respecto, lo cual, no significa en modo alguno, que tales criterios abriguen una solución definitiva sobre la materia, pues ello sería tanto como concebir el sistema jurídico como un cuerpo de normas estáticas, invariables, en desconexión absoluta con una realidad social que está en permanente cambio, habida cuenta de la manifestación de sus contradicciones y, especialmente, en razón del proceso de transformación del cual hoy es objeto la sociedad venezolana, producto de la construcción del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia; de allí que, el proceso constante de cambios de la realidad social, constituye uno de los factores que determina la necesidad permanente de revaloración del conjunto de normas

jurídicas que rigen la convivencia social, en función de procurar al máximo su eficiencia y efectividad como instrumento no sólo regulador de dinámicas sociales, sino además como herramienta fundamental para provocar los cambios, esencialmente, aquellos que apuntan hacia la construcción de la felicidad social.

En síntesis, en este marco de ideas, la función jurisdiccional trasciende su típica labor de aplicación de la justicia normativa, para convertirse en una fuerza que concurre y coadyuva al proceso de transformación de las complejas realidades que se hacen presentes en la dinámica social, especialmente, en los aspectos que por su naturaleza, alcance o implicaciones resultan jurídicamente relevantes para el colectivo social. Por tanto, el cambio de una regulación jurídica concreta, o, el cambio de un criterio jurisprudencial determinado, no representa necesariamente una expresión de improvisación, desorden o carencia de rigurosidad científica en el mundo del derecho, sino, por el contrario, puede constituir la más genuina manifestación del proceso de armonización entre los desafíos y dinámicas que formulan la realidad social, de cara a la superación de lo indeseado, y el sistema jurídico que se orienta a convertirse en dispositivo regulatorio del quehacer social, en la perspectiva de alcanzar, fruto de su desenvolvimiento, el mayor grado de felicidad social posible.

Un ilustrativo ejemplo de lo precedentemente aseverado, es decir, los cambios que operan en el sistema jurídico en función de su adecuación a los requerimientos que el proceso de transformación de la realidad social plantea, se materializa en el reciente fallo número 1951, proferido en fecha 15 de diciembre de 2011 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual se sistematiza la evolución que ha experimentado el criterio jurisprudencial relativo a la determinación del órgano judicial competente para conocer y decidir asuntos en los que estén involucrados intereses y derechos de niños, niñas y adolescentes, a propósito de lo controvertido que ha sido esta materia. La referida sentencia, en el aspecto que es de interés para el mérito de la presente causa, sostiene lo siguiente:

“Esta situación imprevista que obligaba a citar a estos sujetos, menores de edad, para la iniciación del juicio, hizo que surgiera un fuero atrayente, a favor de los Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme a lo establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a pesar del evidente carácter agrario del asunto. Ello se explica por cuanto en la confrontación entre la especialidad de la materia agraria y de niños, niñas y adolescentes, es factor determinante ésta última, de donde se sigue que el bien jurídico tutelado que debe prevalecer es la protección de éstos, en función del interés superior del niño.

Ello tiene igualmente su explicación en la circunstancia de que la mera existencia de un conflicto donde se discutan derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, conforme a la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, obliga a que los mismos se discutan ante un juez especializado, formado en la protección integral de éstos, a los fines de garantizar la realización de un proceso acorde con los especiales intereses que se tutelan.

Asimismo, debe recordarse que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.266 del 2 de octubre de 1998, entró en

vigencia el 1 de abril de 2000. Posteriormente, dicha Ley fue reformada mediante la Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinaria de fecha 10 de diciembre de 2007; esta reforma incluyó el cambio de denominación de este cuerpo normativo, el cual quedó titulado como Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, la demanda por interdicto restitutorio fue interpuesta en fecha 11 de agosto de 2003, es decir, antes de la mencionada reforma de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Por ello, a juicio de la Sala, el conflicto de competencia planteado debía ser resuelto en atención al principio *perpetuatio fori*, consagrado, como principio general del Derecho, en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual “[l]a jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Sin embargo, dicho principio encuentra su excepción en aquellos casos en los que el sujeto pasivo en la demanda esté constituido por un niño, niña o adolescente, pues debe protegerse los interés de los mismos, aplicando las instituciones propias establecidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo cual le corresponde al juez competente en esa materia su aplicación, en atención a lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de pleno derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, lo cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.” (subrayado de este fallo).

De esta manera resulta necesario recordar que, inicialmente, mediante la sentencia N° 33 publicada en fecha 24 de octubre de 2001, (y ratificada en sentencia N° 4 publicada en fecha 21 de febrero de 2002), la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia interpretó que la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente “atribuye a los órganos de la referida jurisdicción especial [de protección del niño y del adolescente] el conocimiento y decisión de las demandas incoadas contra niños y adolescentes, lo cual, evidentemente, implica la competencia de estos órganos para conocer de los juicios en los cuales los niños y adolescentes figuren como demandados o accionados en la relación procesal...” y que, por consiguiente, ello suponía que “...no forma parte de la competencia de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente ni de la Sala de Casación Social de este Supremo Tribunal el conocimiento de las demandas de naturaleza patrimonial o del trabajo incoadas por niños o adolescentes”.

Este criterio interpretativo, basado en el tenor literal de las normas aplicables, habría bastado en su momento para determinar que, en la presente causa, la demanda de interdicto restitutorio debe ser conocida y sentenciada por los tribunales de protección de niños y adolescentes, ya que en este caso, los adolescentes figuraban como demandados en la relación procesal.

No obstante, debe recordarse que este criterio inicial fue posteriormente modificado para ampliar el ámbito de competencia de los mencionados tribunales de protección del niño y del adolescente. Es así como a través de la sentencia N° 44 de fecha 2

de agosto de 2006, publicada en fecha 16 de noviembre de 2006 (Caso: Sucesión Carpio de Monro Cesarina), la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia expresó lo siguiente:

(...)No obstante, esta Sala considera necesario abandonar el anterior criterio jurisprudencial respecto a la interpretación del Parágrafo Segundo del artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, en virtud de que el objeto de dicha ley, es garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarle desde el momento de su concepción.

Derechos y garantías cuyo ejercicio y disfrute pleno y efectivo necesitan de la protección estatal no sólo en aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes figuren como demandados, sino también en aquellos casos en que figuren como demandantes, pues el patrimonio de éstos puede verse afectado en ambos casos. Cabe preguntarse, y sólo a título de ejemplo, qué pasaría si en un juicio cualquiera el demandado propone reconvencción contra los niños, niñas y adolescentes que figuren como demandantes. O en aquellos casos donde el único patrimonio del niño, niña y adolescente es el objeto de la pretensión de carácter patrimonial. No necesitaría también el niño, niña y adolescente una protección especial, integral y cabal de sus derechos e intereses de carácter patrimonial. Es la pregunta que debemos hacernos.

Por eso es que la intención del Legislador no pudo ser la de excluir del ámbito de competencia de los Tribunales de Protección al Niños y al Adolescente, aquellos asuntos de carácter patrimonial en que los niños, niñas y adolescentes figurasen como demandantes, ya que, además de lo expuesto anteriormente, es necesario advertir que la Exposición de Motivos de la referida ley, punto de referencia para indagar sobre la intención del Legislador, señala lo que se indica a continuación:

“(...) Puntal del nuevo sistema es la concepción del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, órgano jurisdiccional especializado para conocer **todos los asuntos que afecten directamente la vida civil de niños y adolescentes**, en materia de familia, **patrimoniales** y laborales (...) Esto evidencia la magnitud de la importancia del Tribunal, diseñado para una especial, integral y cabal protección (...)”. (Destacado de la Sala)

De allí que la conjugación de un sistema de interpretación gramatical, relativo al sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí, y el sistema lógico de interpretación, relativo a la intención del legislador, lleva a esta Sala a concluir que los asuntos de carácter patrimonial en los que figuren niños y adolescente, independientemente de que sean demandados o demandantes, deben ser competencia de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente; más aún si se piensa que estos Tribunales cuentan con especialistas en las distintas materias y servicios propios para una especial, integral y cabal protección de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional(...).

De esta manera, incluso antes de la reforma de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, quedó claramente establecido que el ámbito material de competencia de los órganos de la jurisdicción especial de protección de niños y adolescentes debe extenderse a todos los asuntos de carácter patrimonial en los que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes, independientemente del carácter con que éstos intervengan en el

proceso, criterio éste contenido en la disposición actual del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.

De tal manera que, no cabe duda de que la competencia para el conocimiento del asunto corresponde a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Así se establece.”

En este orden de exposición, resulta oportuno referir que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, aprecia del extracto de la sentencia precitada, entre otras relevantes cuestiones, lo que se apunta a continuación:

1.- Que con independencia de la especialidad de la materia, priva a los fines de la determinación de la competencia del órgano judicial que debe conocer de una controversia en la que se discutan derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, la noción del fuero atrayente, en tanto factor decisivo para garantizar que la labor jurisdiccional sea realizada por un juez especializado, en razón del interés superior que el constituyente o legislador patrio abriga sobre los sujetos a quienes se les otorga la especial tutela.

2.- Que la tendencia del desarrollo legislativo y jurisprudencial de la preceptiva constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, se orienta hacia una ampliación constante de las facultades conferidas a los órganos judiciales que integran la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, en la perspectiva de concentrar en ellos el juzgamiento de las controversias en las que estén en juego los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, lo cual, inequívocamente se evidencia del análisis comparativo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; así como, de la sentencia número 44 de fecha 26 de agosto de 2006, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se anticipó asertivamente al texto legislativo de la ley vigente.

3.- Que el ámbito material de competencia de los órganos de la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes debe extenderse a todos los asuntos de carácter patrimonial en los que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, independientemente del carácter con que éstos intervengan en el proceso, en atención a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Constitucional en el acto jurisdiccional previamente citado y someramente analizado, en cierto sentido se aparta de los fundamentos y alcance del criterio jurisprudencial que de manera reiterada han venido suscribiendo las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y, en especial, la Sala Plena, en lo tocante a la determinación del tribunal competente para pronunciarse frente a una acción mero declarativa de unión concubinaria, independientemente de los niños habidos durante la misma, por cuya razón, estima procedente esta Sala, examinar el criterio que en torno a este controvertido tópico ha acogido hasta ahora, en la perspectiva de procurar la supresión de cualquier incongruencia al respecto, pero sobretudo, en función de garantizar que la especial tutela de la cual son objeto los niños, niñas y adolescentes se haga efectiva en

lo atinente a la observancia absoluta del derecho constitucional que les asiste a ser juzgados por sus jueces naturales, principalmente, considerando la integralidad de la formación de éstos. Resulta aquí oportuno destacar que, el criterio jurisprudencial que de seguida se entrará a analizar, no ha contado con el respaldo unánime de todas las Magistradas y Magistrados que integran el Tribunal Supremo de Justicia, de allí la existencia de votos salvados al respecto.

En este sentido, cabe acotar que el criterio jurisprudencial que actualmente sostiene la Sala Plena sobre el régimen competencial de los órganos judiciales que conforman la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, en lo tocante al conocimiento de las acciones mero declarativas de unión concubinaria, en parte sustancial, encuentra su fundamentación teórica en la sentencia número 20 de la Sala de Casación Civil dictada el 22 de marzo del año 2002, en la que se afirma:

“Tal como se expresó, el presente juicio se refiere a una demanda por liquidación y partición de comunidad conyugal incoada por (...) contra (...); que el mismo fue iniciado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual se declaró incompetente para conocer del asunto y declinó la competencia en un Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente, Sala de Juicio, de la misma Circunscripción Judicial, conociendo del mismo el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. Juez Unipersonal V, el cual, al declararse igualmente incompetente, planteó el conflicto negativo de competencia.

Para decidir, la Sala observa:

De la lectura íntegra de las actas del expediente, se desprenden los siguientes elementos a considerar:

1º. La demanda es una partición de comunidad conyugal, la cual se regula por las normas establecidas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

2º. La relación jurídica procesal está conformada por los ciudadanos (...) (demandante) y (...) (demandada), quienes son mayores de edad y son los únicos involucrados directamente en el juicio, tal como se evidencia del libelo de la demanda, el cual riel a los folios uno (1) y dos (2), respectivamente de que integran el presente expediente.

3º. Es cierto, que uno de los hijos de las partes, (...) es menor de edad, pero en ningún momento ha intervenido éste en el proceso, ni directa [ni] indirectamente.

*De lo expuesto, se evidencia que la naturaleza de la relación jurídica objeto de la controversia es civil, ya que se regula por normas del Código Civil, como lo es el artículo 1.067 y los artículos 777 y 778 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, en relación con la existencia del menor de edad, no se le están lesionado **directamente** sus derechos y garantías, porque en razón del fuero de atracción personal **especial**, no se están ventilando asuntos previstos en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como para que la presente causa sea del conocimiento de los Juzgados de Protección del Niño y del Adolescente.*

*En este mismo orden de ideas, es menester resaltar que las causas que sean reguladas por la Ley adjetiva y sustantiva civil -como la partición- son de naturaleza civil; y aun en las causas donde estén involucrados **indirectamente** menores de edad, la competencia le corresponde a los Tribunales Civiles, ya que son los órganos especializados en la materia.*

En atención a lo precedentemente expuesto y al no afectar directamente la acción los derechos y garantías del menor, es competente para el conocimiento de la causa el Juzgado de la Jurisdicción Civil Ordinaria, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide.” (sic). (Corchete de la Sala).

La Sala Plena, acoge íntegramente el precitado criterio de la Sala de Casación Civil, al sostener en su sentencia número 71 de fecha 25 de abril de 2007, lo que se refiere de seguida:

“Véase que aun en la hipótesis de que dicha demanda llegase a prosperar, la división de esos bienes en nada afectaría los derechos e intereses de los niños habidos durante la unión no matrimonial, pues, el status quo en que ellos se encuentran seguiría siendo el mismo.

Un precedente jurisprudencial en esta materia, resulta el criterio de Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 20 de fecha 22 de marzo de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Franklin Arrieché Gutiérrez (Caso: Miguel Antonio Samuel contra Julia del Valle Lafón), en el que señaló lo que se indica a continuación:

(...omissis...)

De allí que, ante una situación similar a la que originó el precedente jurisprudencial, esta Sala Plena estime que no puede hacer otra cosa sino atribuir la competencia al Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en razón de que en el presente juicio de partición de bienes comunes tampoco se encuentran niños, niñas o adolescentes involucrados de forma directa con las resultas que se produzcan en el mismo, y así se decide.” (sic).

Reitera la Sala Plena el criterio jurisprudencial bajo estudio, al afirmar en sentencia número 39, aprobada en fecha 2 de abril de 2008 y publicada en la página electrónica del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 21 de mayo de 2008, que corresponde a la jurisdicción civil conocer y decidir las acciones mero declarativas de unión concubinaria, lo cual hace, textualmente, del siguiente modo:

“Establecido lo anterior, se observa que dicho análisis no encuadra con el presente caso, toda vez que la pretensión ejercida por el actor, se suscribe a obtener la declaratoria de reconocimiento de la unión concubinaria “...para la posterior partición de la comunidad concubinaria...”, lo que no pondría en juego los derechos o intereses de niños y adolescentes alguno.

En orden a lo anterior, se concluye, que el ciudadano (...) pretende obtener el reconocimiento judicial de la unión concubinaria que según afirma sostuvo con la ciudadana (...), mientras que “...la posterior partición de la comunidad concubinaria...”, ameritaría el ejercicio de una acción específica y autónoma que no está incluida en la presente causa.

En consecuencia, por tratarse la acción mero declarativa de unión concubinaria, de una acción de naturaleza civil, regulada por el Código Civil, en la que las partes son mayores de edad, y no está afectado directamente el derecho o interés de ningún niño o adolescente que haya que salvaguardar, se declara que el tribunal competente para conocer la presente causa es el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide. (sic).

Una vez más ratifica la Sala Plena el criterio jurisprudencial en referencia, con la singularidad que en la sentencia número 79 de fecha 10 de julio de 2008, acota una diferenciación entre las situaciones jurídicas que se configuran a propósito del reconocimiento judicial de la unión concubinaria y la partición de la comunidad de bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de dicha unión, cuando en la misma se hayan procreados hijos y aún se encuentren en la etapa de niñez o de adolescencia. La sentencia en mención, es del tenor siguiente:

“Así las cosas, esta Sala Plena advierte que la pretensión de la demandante es el reconocimiento de una situación jurídica, la cual, independientemente de la decisión que se produzca en la solución del presente caso, no afectaría –ni directa ni indirectamente- los derechos e intereses de los niños habidos durante la unión no matrimonial, pues el *status quo* que ellos tienen seguiría siendo el mismo, por lo que no habría perturbación o trasgresión de sus derechos y garantías, por cuanto los mismos no son parte en el presente juicio, ni como demandantes ni como demandados.

En este sentido, para determinar el tipo de juez que le compete conocer, resulta necesario acudir a la norma rectora en razón de la materia establecida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece: “*La competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, y por las disposiciones legales que la regulan*”.

Al respecto, esta Sala Plena mediante sentencia N° 71 del 25 de abril de 2007, caso: *Rosangel Moreno Gelvez vs. Boris Iván Varela Ramírez*, invocando los precedentes jurisprudenciales que al respecto ha establecido la Sala de Casación Civil, estableció:

(...omissis...)

Conforme a los argumentos que preceden, la Sala estima que la naturaleza de la relación jurídica, objeto de la presente controversia, es meramente civil, ya que como se apuntó anteriormente no se afectan directa ni indirectamente los intereses de los niños habidos en la relación concubinaria, por lo que tal jurisdicción es la competente para conocer de la misma, y no la jurisdicción de protección del niño y del adolescente. En consecuencia, el Juzgado competente es el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas. Así se decide.” (sic).

Ahora bien, del conjunto de los extractos de las sentencias precitadas, esta Sala Plena infiere que el soporte teórico jurídico en que se ha basado el criterio jurisprudencial hasta ahora sostenido y relativo a la determinación del órgano judicial competente para conocer y decidir los juicios incoados con ocasión a la interposición de demandas de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, fundamentalmente descansa, entre otros aspectos, en los que se apuntan a continuación:

1.- Que la naturaleza de la relación jurídica objeto de la controversia que se suscita a propósito de la interposición de la acción mero declarativa de unión concubinaria es civil, ya que se regula por normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.

2.- Que en la secuela procesal en la que se ventila la procedencia o no de una acción mero declarativa de unión concubinaria, no se afectan directa ni indirectamente los intereses

de los niños habidos en la relación concubinaria, toda vez que, el *status quo* que ellos tienen seguiría siendo el mismo, por lo que no habría perturbación o trasgresión de sus derechos y garantías, por cuanto los mismos no son parte del juicio, ni como demandantes ni como demandados.

Ahora bien, en cuanto al primer soporte teórico jurídico, estima conveniente la Sala expresar en esta oportunidad, que si bien es cierto que en atención a lo estatuido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute y por las disposiciones legales que la regulan, no es menos cierto que, tal principio admite la excepcionalidad del fuero subjetivo atrayente, sin que ello implique subvertir el carácter de orden público que posee la normativa destinada a regular la competencia, pues la excepción al aludido dispositivo legal, en el marco de la integralidad del ordenamiento jurídico positivo, no se presenta como una colisión, sino antes bien, como una complementariedad que obedece y responde a la expresa voluntad del constituyente patrio cuando en el artículo 78 de la Carta Magna contempló que el Estado, las familias y la sociedad asegurarán con prioridad absoluta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el Poder Judicial, en tanto rama del Poder Público Nacional, en ejercicio de las funciones conferidas le corresponde contribuir con la realización de los fines del Estado, lo cual, en el caso del tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, inexorablemente deberá concretarse por conducto de los tribunales especializados, habida cuenta de la compleja y alta responsabilidad que significa brindarles el oportuno, íntegro y cabal amparo que presupone el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

De otra parte, resulta pertinente destacar que la normativa jurídica destinada a la protección de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, se ha venido desarrollando de forma autónoma e independiente del derecho civil, no sólo por el hecho de ser históricamente posterior a la regulación que sobre la misma materia se ubicaba inicialmente en el campo del mencionado derecho, sino en virtud de la nueva concepción que al respecto postula nuestra Ley Fundamental, lo que hace evidente, que el conjunto de normas jurídicas preconstitucionales, necesariamente deban interpretarse y armonizarse con el espíritu y mandato expreso del constituyente. En este contexto, el reconocimiento que realiza el texto constitucional en su artículo 77 de las uniones estables de hecho, y su equiparación, en cuanto a los efectos, a la unión matrimonial, representa un elemento de significativa importancia al momento de considerar todo lo relativo a la jurisdicción que debe conocer las controversias que puedan suscitarse en el mundo de las relaciones familiares en que estén involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes. Del mismo modo, lo consagrado en el artículo 78 de la constitución, en lo tocante a la Prioridad Absoluta y al Interés Superior de niños, niñas y adolescentes, desarrollados legislativamente en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, son elementos que concurren en la progresiva ampliación y fortalecimiento de la nueva concepción que sobre esta sensible materia estableció el constituyente del año 1999 y que, consecuentemente, ha venido desarrollando el Estado venezolano.

A mayor abundamiento acerca de esta cuestión, considera la Sala Plena pertinente destacar que como parte del progresivo desarrollo de la legislación que regula esta especial y

compleja materia, observa que el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, representa un avance en comparación con lo estatuido en el artículo 177 de la reformada Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, en la perspectiva de la ampliación de la competencia de la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, en lo tocante, a la expresa inclusión entre los asuntos de familia de naturaleza contenciosa, lo relativo a “...la liquidación y partición de la comunidad conyugal o de las uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes...”.

Ciertamente, a juicio de esta Sala Plena, no cabe la menor duda que en el literal l del párrafo primero del artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, reside el conferimiento a la jurisdicción especial de niños, niñas y adolescentes de la competencia para conocer y decidir lo tocante a las acciones mero declarativas de uniones concubinarias, pues, aún cuando en su texto no se contempla ni se alude expresamente a las citadas acciones mero declarativas, la interpretación progresiva de dicho dispositivo normativo a la luz de los valores, principios y preceptiva constitucional, así como su desarrollo legislativo y jurisprudencial, razonable y coherentemente conduce a tal conclusión. Tanto más cuanto que, la norma jurídica bajo análisis, contempla las uniones estables de hecho, las cuales fueron calificadas por la Sala Constitucional como equivalentes a las uniones matrimoniales, en sentencia número 1682 de fecha 15 de julio de 2005, a propósito de la interpretación que realizara sobre el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En dicho fallo, categóricamente afirmó el máximo órgano de interpretación constitucional, que “...en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.”. En suma, de la valoración de los lineamientos que se infieren de la interpretación del artículo 77 constitucional, conjuntamente con lo establecido en el precitado artículo 177, lo procedente conforme a lo contemplado y a la progresiva orientación humanista del sistema jurídico positivo patrio, es que la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes sea la que conozca de los juicios destinados al reconocimiento judicial de uniones concubinarias.

En relación con el segundo punto en que se sustenta el criterio que actualmente acoge la Sala Plena, vale decir, la no afectación directa ni indirectamente de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, con ocasión al ejercicio de una acción mero declarativa de unión concubinaria, es necesario precisar lo siguiente:

El reconocimiento judicial de una unión estable de hecho, indiscutible y evidentemente surte un conjunto de efectos jurídicos en el mundo del derecho, particularmente, en el campo de las relaciones entre las personas involucradas directa e indirectamente en la misma y, en lo relativo a la cuestión patrimonial. Otras relaciones y consecuencias jurídicas, no tan nítidas y notorias como las mencionadas, pero al mismo tiempo, no menos importantes, por consiguiente, trascendentes para la protección integral de la persona humana, primordialmente en su especial etapa de niñez y adolescencia, están presentes en la familia, en tanto, concreción y expresión de una asociación creada por un hombre y una mujer, y fundada en el afecto. El desarrollo de la familia, vale decir, la procreación de descendencia, no sólo es el medio natural que conduce a la consolidación de la asociación familiar, sino que ello se traduce en una fuente de deberes y derechos para el

padre y la madre, que su observancia o desconocimiento inevitablemente incidirán en la formación de los niños, niñas y adolescentes.

De manera que, a juicio de esta Sala Plena, la inafectabilidad de los niños, niñas y adolescente a propósito de un procedimiento de reconocimiento judicial de unión concubinaria es relativa, toda vez que en el reconocimiento judicial de la base de la familia, o sea, el reconocimiento de la unión estable de hecho, comporta e implica la consideración de un conjunto de relaciones y dinámicas que trascienden el estricto enfoque civilista, es decir, aquel vinculado con el estado de las personas y su patrimonio, de allí que, garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes, exige el análisis global de la dinámica familiar y social en que se desenvuelve, pues estos factores, inobjetablemente repercutirán en la formación de su personalidad, razón por la cual, es forzoso concluir que el más idóneo de los juzgadores está integrado a la jurisdicción especial para la protección de niños, niñas y adolescentes, toda vez que las autoridades públicas que desempeñan dicha función, han sido expresamente capacitadas para proporcionar las soluciones que amerita la compleja y especial situación que significa e implica biológica, psicológica y socialmente la niñez y adolescencia.

De allí que, se reitera, a juicio de esta Sala Plena sea relativa la inafectabilidad de los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes en un debate judicial que independientemente de sus resultados, inevitablemente incidirá en la situación y dinámica de estas personas objeto de especial protección, toda vez que, como ya fue expresado, el proceso de formación y desarrollo de la personalidad en el niño, niña y adolescente, constituye una cuestión esencial no solo para su propio futuro en tanto persona humana, sino incluso para el devenir de la sociedad de la cual es parte y a su vez expresión.

Dicho de otro modo, el desarrollo de un juicio en el que se ventila el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales, las cuales no se agotan en el mundo de la normatividad jurídica, pues lo espiritual, psicológico, en fin, el conjunto de referentes que configuran el sensible mundo de los niños, niñas y adolescentes lo trasciende. La incidencia o repercusión, se materializa en cada caso concreto, en grados distintos, pero siempre producirá sus consecuencias, por cuyo motivo, se justifica plenamente la intervención de un juez especializado en el abordaje, tratamiento y solución de este tipo de situaciones. Por consiguiente, y a modo de conclusión, la protección especial que amerita la persona humana que aún no ha alcanzado el suficiente nivel de madurez, desborda los límites de las clásicas medidas asociadas a la concepción del derecho civil, habida cuenta que requiere de un juez especial en virtud de la especialidad de la materia.

En consideración de lo precedentemente expuesto, la Sala Plena abandona el criterio jurisprudencial hasta ahora suscrito y, fundamentalmente, establecido a través de sentencia número 71 de fecha 25 de abril de 2008, consistente en atribuirle la competencia para conocer de las acciones mero declarativas de unión concubinaria, a la jurisdicción civil, toda vez que efectuado el razonamiento que antecede, arriba a la conclusión que en los procedimientos en que se solicita el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, en la que se hayan

procreados hijos, y mientras éstos sean menores de edad, la jurisdicción competente es la especial de protección de niños, niñas y adolescentes, habida cuenta que es la más capacitada para brindarle la debida protección a los sujetos en etapa de niñez o adolescencia. En consecuencia, el nuevo criterio que sobre esta materia adopta la Sala Plena, a los fines de garantizar el más idóneo, integral y cabal tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, que se ven involucrados en juicios relacionados con solicitudes de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, son los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes. **Así se decide.**

En congruencia con lo anterior, y visto que en el presente caso, el debate se centra en la procedencia o no del reconocimiento judicial de unión concubinaria, en la que la actora afirma que se procreó una hija, la cual aún se encuentra en la etapa de niñez, la Sala Plena considera y, subsiguientemente, declara que el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la presente causa es el Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3. **Así se decide.**

VI DECISIÓN

Por los razonamientos antes expuestos, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- Que es **COMPETENTE** para conocer y decidir el conflicto negativo de competencia surgido entre el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia y el Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3.

2.- Que la **COMPETENCIA** para conocer y decidir la acción mero declarativa de unión concubinaria interpuesta por la ciudadana **ALEXANDRA CARREÑO HERNÁNDEZ**, contra el ciudadano **NELSON LUIS GONZÁLEZ MEDINA**, le corresponde al Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3.

3.- Se **ORDENA** remitir el expediente al Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3, a los fines de la continuación del proceso. Notifíquese de la presente decisión al Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Igualmente, se ordena la publicación de la sentencia en la página Web del Tribunal Supremo de Justicia y en la Gaceta Judicial.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los siete (7) días del mes de marzo del año dos mil doce (2012). Años: **201°** de la Independencia y **153°** de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Segunda Vicepresidenta,

JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO

Las Directoras,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA

NINOSKA BEATRIZ QUEIPO BRICEÑO

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ

YOLANDA JAIMES GUERRERO

MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ
Ponente

ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ

JUAN RAFAEL PERDOMO

ALFONSO VALBUENA CORDERO

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

EMIRO GARCÍA ROSAS

FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN

LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

HÉCTOR CORONADO FLORES

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

TRINA OMAIRA ZURITA

OSCAR JESÚS LEÓN UZCÁTEGUI

MÓNICA G. MISTICCHIO TORTORELLA

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

MGR/

Exp. N° AA10-L-2010-000138

VOTOS

Quien suscribe, Magistrado **Antonio Ramírez Jiménez**, conforme a lo establecido en el artículo 63 del Reglamento Interno de este Alto Tribunal, se permite disentir del criterio sostenido por la distinguida mayoría sentenciadora en el presente fallo, en base a los siguientes términos:

En el presente caso, en un conflicto negativo de competencia respecto de una acción mero declarativa de reconocimiento de unión concubinaria, planteado entre un tribunal en materia civil y otro en materia de niños, niñas y adolescentes, se decide que corresponde a la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes su conocimiento, abandonando el criterio sostenido reiteradamente por esta Sala Plena en una serie de decisiones, desde el año 2007, mencionando, por vía de ejemplo, la número 43 de fecha 05 de octubre de 2011.

Quien disiente se permite expresar que, de acuerdo a lo establecido por el legislador, la competencia en las acciones mero declarativas de unión concubinaria corresponde a la jurisdicción civil, tomando en consideración que el concubinato constituye una situación de hecho, plenamente reconocida al ser en la mayor parte de los países de América Latina una realidad, incluso mayoritaria, desde el punto de vista de la relación entre hombre y mujer. Por ello el reconocimiento judicial de dicha unión, no afecta los intereses de los hijos menores de edad, a menos que se demuestre, como esa determinada situación puede incidir o afectar a los mismos. Demostración de lo anterior es la reforma de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, promulgada en el año 2009, en la que se atribuyó otras competencias a estos Tribunales especiales, así como, por ejemplo, la liquidación de comunidades concubinarias, pero no se incluyó las acciones mero declarativas. En el fallo del cual se disiente se expresa como base del mismo, en que ello “*necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales...*”, pero sin que se explique y se determine las razones de tal fundamento, al tratarse de una modificación de competencia establecida por vía jurisprudencial.

Las anteriores consideraciones conducen a concluir que, en el presente caso, la competencia para conocer del mismo, ha debido ser declarada en los tribunales civiles.

Queda así expuesto el presente voto salvado.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Primer Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Segunda Vicepresidenta,

JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO

Las Directoras,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA

NINOSKA BEATRIZ QUEIPO BRICEÑO

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ

YOLANDA JAIMES GUERRERO

MALAQÚIAS GIL RODRÍGUEZ

ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

LUIS E. FRANCESCHI GUTIÉRREZ

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ

Magistrado Disidente

JUAN RAFAEL PERDOMO

ALFONSO VALBUENA CORDERO

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

EMIRO GARCÍA ROSAS

FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN

LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

HÉCTOR CORONADO FLORES

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

TRINA OMAIRA ZURITA

OSCAR JESÚS LEÓN UZCÁTEGUI

MÓNICA G. MISTICCHIO TORTORELLA

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

Exp. N° AA10-L-2010-000138

Quien suscribe, Magistrado **FERNANDO VEGAS TORREALBA**, en virtud de la potestad que le confiere el artículo 63 del Reglamento Interno de este Alto Tribunal, salva su voto por disentir del criterio de la mayoría expresado en el presente fallo, en los términos siguientes:

En el caso de autos se decidió un conflicto de competencia para conocer de una acción mero declarativa de reconocimiento de unión concubinaria planteado entre un tribunal con competencia en materia civil y otro con competencia en materia de niños, niñas y adolescentes, declarando que corresponde a la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes su conocimiento, con fundamento en que 1) lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil respecto a que la competencia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, admite excepciones, y que 2) “...el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o

adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales...”, lo que constituye un abandono del criterio que venía sosteniendo esta Sala Plena de manera reiterada e ininterrumpida, tal como se aprecia en los fallos números 71 del 25 de abril de 2007, 60 del 11 de abril de 2007, 39 del 21 de mayo de 2008, 79 del 10 de julio de 2008, 20 del 14 de mayo de 2009, 103 del 25 de noviembre de 2009, 43 del 5 de octubre de 2011 y 49 del 6 de octubre de 2011, y que con anterioridad sostuvo la Sala de Casación Civil como se desprende de sus fallos números Reg.00109 del 30 de mayo de 2003, Reg. 00169 del 21 de agosto de 2003 y Reg.00070 30 de marzo de 2005, entre otros.

Al respecto, quien disiente aprecia que en el año 1998 se promulgó la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la cual fue derogada en el año 2007 por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siendo ésta reformada en el año 2009. De un análisis comparativo de esos textos normativos resulta palmaria la evolución legislativa en esa materia a favor de la protección integral de los menores de edad cónsona con los revolucionarios cambios sociales que felizmente se reflejan en el país.

En lo que respecta precisamente a las competencias de los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes, es evidente la progresividad de las normas, muestra de ello es que en la reforma del año 2009 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se le atribuyen nuevas competencias a los tribunales de esa jurisdicción, como por ejemplo la competencia para conocer de solicitudes de liquidación de comunidades concubinarias cuando hubieren procreado hijos y aun se encontrasen en minoridad para la fecha de interposición de la acción.

Tal proceder obedece a un proceso de reflexión por parte del legislador -que es quien tiene atribuida la función de determinar las competencias de los órganos jurisdiccionales- respecto a la necesidad de proteger los intereses de los niños, niñas y adolescentes involucrados en causas judiciales, asegurándose de someter al control de la jurisdicción especializada en esa materia todos los procesos en que sus derechos e intereses puedan estar en juego.

Es el caso que realizada tal revisión y producidos los cambios reflejados en la reforma del año 2009, el legislador no incluyó a las acciones mero declarativas de unión concubinaria dentro de las competencias de la jurisdicción de protección de niños, niñas y adolescentes, lo que obedece a una razón eminentemente lógica, cual es que sencillamente – en principio– los intereses de los hijos menores de edad de los concubinos no se ven afectados porque se produzca el reconocimiento judicial de la unión concubinaria.

El concubinato es una situación de hecho que no se inicia ni varía porque un órgano jurisdiccional se pronuncie acerca de su reconocimiento, de manera que el *status familiae* y el *status personae* tanto de los concubinos como de sus hijos permanece intacto ante el solo reconocimiento de la unión concubinaria; puede que la declaración que se obtenga en el juicio mero declarativo sea posteriormente utilizada con fines legales, verbi gratia, para la partición de la comunidad concubinaria, en un juicio de filiación o con fines sucesorales, casos en los cuales evidentemente estarían en juego los intereses de los hijos menores de edad de los concubinos, y por ello en este caso sí se justificaría que fuesen los tribunales con competencia en materia de niños y adolescentes quienes conozcan de las respectivas controversias.

En el fallo del cual se disiente, se sostiene que es “...*relativa la inafectabilidad de los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes en un debate judicial* [de reconocimiento de unión concubinaria] *que independientemente de sus resultados, inevitablemente incidirá en la situación y dinámica de estas personas objeto de especial protección...*”, más no se explica de qué forma incide, limitándose a afirmar que el reconocimiento judicial que se produzca “...*necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales...*”. Cabe preguntarse qué cambio se produce en el seno de la familia cuando un tribunal reconoce la unión concubinaria de los padres, o cómo ese reconocimiento pudiera afectar los intereses de los hijos menores de edad, reconocimiento que invariablemente surgirá o no de la sentencia mero declarativa del juez civil o del juez de niños, niñas y adolescentes.

Las respuestas a esas interrogantes no figuran en el fallo que nos ocupa y es porque sencillamente –en principio– el reconocimiento de la unión concubinaria de los padres no afecta los intereses de sus hijos menores de edad, y es justamente por ello que el legislador en la reciente reforma del año 2009 no consideró que tales solicitudes deberían pasar a las competencias de la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes restándoselas a la civil.

Conviene recordar que el juez que decide las acciones mero declarativas de reconocimiento de unión concubinaria se limita a examinar los elementos probatorios que demuestran la unión de hecho de la pareja, entre los cuales pueden estar los hijos concebidos en común, pero en ningún momento entra a conocer, defender, constituir o declarar algo sobre los derechos de los hijos en estado de minoridad.

Llama la atención que el legislador en la reforma del año 2009 de la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, haya revisado las competencias de la jurisdicción que conoce de esa materia y haya aclarado e incluido competencias que no figuraban en la norma de 2007, y precisamente no lo haya hecho respecto al conocimiento de las acciones mero declarativas de unión concubinaria.

Se pueden presentar casos excepcionales en que resulta evidente que si existen intereses en juego de los niños, niñas y adolescente, tanto que en ellos sí es posible dar respuesta contundente a las interrogantes arriba planteadas, como por ejemplo, el caso al que se circunscribió el conflicto de competencia resuelto por esta Sala en la sentencia número 46, publicada el día 8 de marzo de 2007 (exp. Número AA10-L-2006-000144), en la cual se declara competente para conocer de una acción de reconocimiento de unión concubinaria a un tribunal con competencia en materia de niños, niñas y adolescentes, por cuanto en ese caso el concubino había fallecido y la concubina actuó en su nombre y en representación de su menor hijo (cuyo padre fue el *de cujus*), además de ello, destacó los fines sucesorales de tal solicitud.

La acción mero declarativa de unión concubinaria, es de evidente naturaleza civil, regulada por el Código Civil, en la que si las partes son mayores de edad y no están afectando directamente los derechos o intereses de algún niño, niña o adolescente que se deba salvaguardar, no se justifica que sea la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes la que conozca de ellas, y menos aun que esa competencia se instaure por vía jurisprudencial, pues con ello se corre el riesgo de generar inseguridad jurídica.

Por otra parte, no se deben interpretar los valiosísimos principios constitucionales dirigidos a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, desvinculándolos de otros

principios del mismo rango que van dirigidos a la protección de las garantías del debido proceso y el juez natural, porque todos los justiciables, mayores de edad o en estado de minoridad tienen también derechos y garantías, y sólo se justifica limitar el goce de esas garantías cuando una norma atributiva de competencia así lo establezca o en su ausencia cuando pudiere haber un conflicto de intereses entre los niños, niñas y adolescentes y los mayores de edad involucrados (progenitor, familiares u otros), todo ello a fin de asegurar la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

En consecuencia, en el presente caso ha debido declararse al juzgado civil competente para conocer de la causa.

Queda expresado el criterio del Magistrado disidente.

En Caracas, fecha *ut retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente,

Segunda Vicepresidenta,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO

Las Directoras,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA

NINOSKA BEATRIZ QUEIPO BRICEÑO

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ

YOLANDA JAIMES GUERRERO

MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ

ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

Ponente

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ

JUAN RAFAEL PERDOMO

ALFONSO VALBUENA CORDERO

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

EMIRO GARCÍA ROSAS

FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN

Disidente

LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

HÉCTOR CORONADO FLORES

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

TRINA OMAIRA ZURITA

OSCAR JESÚS LEÓN UZCÁTEGUI

MÓNICA G. MISTICCHIO TORTORELLA

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

Exp. AA10-L-2010-000138

FRVT.-

El Magistrado Luís Antonio Ortíz Hernández disiente de la mayoría de los integrantes de esta Sala Plena que aprobaron el fallo que antecede, de conformidad a lo establecido en los artículos 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 63 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, en consecuencia Salva su voto en la presente decisión, con base en las siguientes consideraciones:

La disidentida, en su motiva sostuvo:

“...De allí que, se reitera, a juicio de esta Sala Plena sea relativa la inafectabilidad de los derechos e intereses de niños niñas y adolescentes en un debate judicial que independientemente de sus resultados, inevitablemente incidirá en la situación y dinámica de estas personas objeto de especial protección, toda vez que, como ya fue expresado, el proceso de formación y desarrollo de la personalidad en el niño, niña y adolescente, constituye una cuestión esencial no solo para su propio futuro en tanto persona humana, sino incluso para el devenir de la sociedad de la cual es parte y a su vez expresión. Dicho de otro modo, el desarrollo de un juicio en el que se ventila el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales, las cuales no se agotan en el mundo de la normatividad jurídica, pues lo espiritual, psicológico, en fin, el conjunto de referentes que configuran el sensible mundo de los niños, niñas y adolescentes lo trasciende, la incidencia o repercusión, se materializa en cada caso concreto, en grados distintos, pero siempre producirá sus consecuencias, por cuyo motivo, se justifica plenamente la intervención de un juez especializado en el abordaje, tratamiento y solución de este tipo de situaciones. Por consiguiente, y a modo de conclusión, la protección especial que amerita la persona humana que aún no a alcanzado el suficiente nivel de madurez, desborda los límites de las clásicas medidas asociadas a la concepción del derecho civil, habida cuenta que requiere de un juez especial en virtud de la especialidad de la materia...”

“En consideración de lo precedentemente expuesto, la Sala Plena abandona el criterio jurisprudencial hasta ahora suscrito y, fundamentalmente, establecido a través de sentencia número 71 de fecha 25 de abril de 2008, consistente en atribuirle la competencia para conocer de las acciones mero declarativas de unión concubinaria, a la jurisdicción civil, toda vez que efectuado el razonamiento que antecede, arriba a la conclusión que en los procedimientos en que se solicita el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, en la que se hayan procreados hijos, la jurisdicción competente es la especial de protección de niños, niñas y adolescentes, toda vez que es la más capacitada para brindarle la debida protección a los sujetos en etapa de niñez o adolescencia. En consecuencia, el nuevo criterio que sobre esta

materia adopta la Sala Plena, a los fines de garantizar el más idóneo, integral y cabal tutelaje a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, que se ven involucrados en juicios relacionados con solicitudes de reconocimiento judicial de uniones concubinarias, son los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes. Así se decide.”

En atención a lo anterior, naturalmente decidió:

“Por los razonamientos antes expuestos, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- Que es COMPETENTE para conocer y decidir el conflicto negativo de competencia surgido entre el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia y el Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio- Juez Unipersonal N° 3.

2.- Que la COMPETENCIA para conocer y decidir la acción mero declarativa de unión concubinaria interpuesta por la ciudadana ALEXANDRA CARREÑO HERNÁNDEZ, contra el ciudadano NELSON LUIS GONZÁLEZ MEDINA, le corresponde al Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio- Juez Unipersonal N° 3.

3.- Que se ABANDONA el criterio jurisprudencia aplicado hasta ahora, consistente en considerar competente a la jurisdicción civil para que conozca y decida las causas judiciales que se sustancian a propósito de la interposición de acciones mero declarativas de uniones concubinarias, con independencia a la existencia o no de niños, niñas y adolescentes; en consecuencia, se acoge un nuevo criterio jurisprudencial, según el cual, la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, es la competente a los fines de dirimir las controversias suscitadas con ocasión al ejercicio de acciones mero declarativas de unión concubinarias, en las que se hayan procreados hijos, y se encuentren en etapa de niñez o adolescencia para el momento que cursa el juicio.

4.- Se ORDENA remitir el expediente al Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 3, a los fines de la continuación del proceso.

Notifíquese de la presente decisión al Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

Publíquese, regístrese y comuníquese.”

Antes de pasar a las consideraciones de fondo sobre las cuales se apoya mi disconformidad con el criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, observo que no podría la Sala Plena entrar a conocer del conflicto de competencia planteado para aplicar el cambio de doctrina al presente caso, pues se estarían quebrantando los principios constitucionalmente inviolables a la confianza legítima, seguridad jurídica y expectativa plausible, lo que trae como consecuencia una franca violación del derecho a la defensa e igualdad de las partes en el proceso.

En ese sentido tenemos que la seguridad jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, que no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Así, tenemos que el principio de confianza legítima lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán, ya que se encuentra garantizado constitucionalmente en que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable, -artículo 26 de nuestro texto fundamental- lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Ahora bien, en atención a lo resuelto por la mayoría sentenciadora, estimo que tal y como se ha venido sosteniendo, la declaratoria o no de la acción mero declarativa de unión no matrimonial, es de naturaleza civil, -así fue reconocido en el cuerpo de la disidencia- tanto por su origen como por su ubicación dentro del derecho positivo vigente, aunado a lo anterior, en el caso concreto, ambas partes litigantes son mayores de edad y **no forma parte de la relación jurídico material ningún Niño, Niña ni Adolescente**, por lo que considero un error de la mayoría sentenciadora declarar competente a un juzgado en la referida materia especial en apoyo a que *“... el desarrollo de un juicio en el que se ventila el reconocimiento judicial de una unión concubinaria en la que se procrearon hijos que aún se encuentran en etapa de niñez o adolescencia, necesariamente incidirá en sus situaciones y dinámicas individuales, familiares y sociales, las cuales no se agotan en el mundo de la normatividad jurídica, pues lo espiritual, psicológico, en fin, el conjunto de referentes que configuran el sensible mundo de los niños, niñas y adolescentes lo trasciende, la incidencia o repercusión, se materializa en cada caso concreto, en grados distintos, pero siempre producirá sus consecuencias, por cuyo motivo, se justifica plenamente la intervención de un juez especializado en el abordaje, tratamiento y solución de este tipo de situaciones...”*, razón no jurídica y puntual, que no tiene la fortaleza científica que pueda modificar lo sostenido por esta Sala en situaciones similares, y que en mi criterio, considero deba seguir siendo la solución a casos como el que se resuelve.

Con base a lo anterior, se evidencia que la disidencia en su resolución, atenta contra la pacífica y diuturna doctrina aplicable a casos como el que se analiza, que se encuentra contenida, entre otras, en sentencia N° 44 de fecha 2 de agosto de 2006, publicada en fecha 96 de noviembre de 2006 (Caso: Sucesión Carpio de Monro Cesarina), donde esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia expresó lo siguiente:

(...)No obstante, esta Sala considera necesario abandonar el anterior criterio jurisprudencial respecto a la interpretación del Parágrafo Segundo del

artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, en virtud de que el objeto de dicha ley, es garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarle desde el momento de su concepción.

Derechos y garantías cuyo ejercicio y disfrute pleno y efectivo necesitan de la protección estatal no sólo en aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes figuren como demandados, sino también en aquellos casos en que figuren como demandantes, pues el patrimonio de éstos puede verse afectado en ambos casos. Cabe preguntarse, y sólo a título de ejemplo, qué pasaría si en un juicio cualquiera el demandado propone reconvencción contra los niños, niñas y adolescentes que figuren como demandantes. o en aquellos casos donde el único patrimonio del niño, niña y adolescente...”

La Sala entonces, determinó, en atención a la norma contenida en el artículo 177 de aquella Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, en principio, que la competencia estaba atribuida a los Juzgados de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando estos eran demandados y luego modificó su criterio, ampliándolo, en el sentido de que fuesen los Niños, Niñas y Adolescentes actores o demandados, la competencia le correspondía a los juzgados especializados en la materia, pero siempre dentro de un juicio de naturaleza patrimonial, de los cuales no pertenece la acción mero declarativa de unión no matrimonial que se resuelve, tal y como lo sostuve en líneas anteriores, siendo que, a la postre, ambas partes intervinientes son mayores de edad.

En base a lo anteriormente expuesto y a la doctrina citada, que refleja lo que hasta ahora se sostiene en casos como el de autos y por no compartir la argumentación acogida por la mayoría de los integrantes de la Sala, ya que de la misma se evidencia la errónea interpretación de la normas contenidas en la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescente, específicamente en su artículo 177, lo que a todas luces atenta contra la intención del legislador sobre la competencia por la materia que deben tener los tribunales especializados, salvo mi voto en la presente sentencia porque considero que en el caso de marras, la Sala debió conforme a los señalamientos que plasmé en el presente voto salvado, otorgarle la competencia al Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia y circunscribirse a su doctrina, que si está apoyada en razones jurídicas y que por razones de temporalidad es la aplicable a la caso.

Queda así expresado el voto salvado del Magistrado que suscribe.

En Caracas, fecha ut-supra.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente,

Segunda Vicepresidenta,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO

Las Directoras,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA

NINOSKA BEATRIZ QUEIPO BRICEÑO

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ

YOLANDA JAIMES GUERRERO

MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ

ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ

JUAN RAFAEL PERDOMO

ALFONSO VALBUENA CORDERO

BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

EMIRO GARCÍA ROSAS

FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN

LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

HÉCTOR CORONADO FLORES

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DELGADO ROSALES

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

TRINA OMAIRA ZURITA

OSCAR JESÚS LEÓN UZCÁTEGUI

MÓNICA G. MISTICCHIO TORTORELLA

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.