

## Tema V

# La sucesión legal, *ab intestato* o intestada

**SUMARIO: 1. Noción 2. Fundamento 3. Caracteres 4. Sujetos a quienes se defiere 5. Incapacidad para suceder 5.1. Consideraciones sobre la denominada incapacidad por «inexistencia» 5.2. La indignidad 5.3. La ausencia 5.4. La conmorienencia 5.5. El reconocimiento post mortem 6. Representación 7. Orden de suceder 8. Herencia yacente y herencia vacante**

## 1. NOCIÓN

Según indicamos, las fuentes del Derecho Sucesorio son la ley o, en su defecto, el testamento, a saber, la voluntad del causante<sup>1</sup>. Señalamos que la sucesión legal entra en juego a falta de testamento, pero inclusive existiendo este la ley plantea la aplicación de ciertas normas imperativas como las relativas a la legítima. De allí que algunos critiquen el término «sucesión legítima», toda vez que la fuente o causa de la sucesión testamentaria, también es la ley<sup>2</sup> que ha previsto su aplicación dentro de su propio marco jurídico. «Tan legítima como la sucesión por la ley es la sucesión testamentaria»<sup>3</sup>. Por eso, no

---

<sup>1</sup> Véase *supra* I.3.

<sup>2</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 285, «Aunque suele denominarse también sucesión legítima, esta denominación no resulta del todo acertada, ya que la disposición testamentaria es también legítima por estar conforme a la ley».

<sup>3</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 87. Véase también: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 165, la sucesión testamentaria o voluntaria, también está reconocida y regida por la ley, que representa su causa y título. Véase también criticando el término pero con base en que se confunde con la figura de la sucesión forzosa: AQUINO GRANADOS, Mónica Leticia: *La sucesión intestada o legal*. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2011, p. 7, <http://biblio3.url.edu.gt/tesis/2011/07/01/aquino-monica.pdf>.

obstante la existencia de las dos clases de sucesión *mortis causa* –legal y testamentaria– se reconoce que ambas tienen como fuente la propia ley. Pero, según titulamos el presente capítulo, la doctrina admite distintos términos, a saber, sucesión: intestada, *ab intestato*<sup>4</sup>, legítima y legal<sup>5</sup>. Aunque se acota que el término sucesión «legítima» pudiera provocar confusión con la sucesión forzosa, necesaria o legitimaria<sup>6</sup>, a la que nos referiremos posteriormente<sup>7</sup>. Se distingue, pues, entre sucesión legal necesaria y no necesaria<sup>8</sup>, según el llamado de la ley imponga la legítima a los herederos legales o no, respectivamente.

La sucesión intestada o *ab intestato*, régimen común del Derecho Sucesorio<sup>9</sup>, es aquella que regla el legislador<sup>10</sup>; significa sucesión en virtud de

<sup>4</sup> Véase: PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*. Madrid, Tecnos, 2.ª edic., 1986, p. 148, *ab intestato* es una denominación romana (latina) no del todo expresiva, porque solo denota el caso de la defunción del causante sin haber otorgado testamento, esto es, intestado, que hace necesaria la denominada sucesión «legítima». Pero importa, no solamente la inexistencia de testamento sino también la falta, ineficacia o insuficiencia del llamamiento.

<sup>5</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 163 y 164. Véase también: DE OLEAGA Y ECHEVERRÍA, Francisco Javier: «Sobre la sucesión intestada». En: *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, N.º extra 5, Bilbao, 2008, pp. 73-79, alude a sucesión intestada o legal, también conocida como sucesión *ab intestato*.

<sup>6</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 164. Véase haciendo la distinción entre ambas expresiones: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 101 y 102. Véase: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 443, convendría eliminar el término «sucesión legítima» cuando se aluda en el Código Civil a sucesión intestada para no confundir con la sucesión legítima o forzosa y las legítimas.

<sup>7</sup> Véase *infra* IX.

<sup>8</sup> Véase: MAIA NEVARES, Ana Luíza: «*A solidariedade familiar e a sucessão legítima*», en: <http://www.arpensp.org.br>.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, ob. cit., p. 121. Véase sobre el tema: LAFONT PIANETTA, ob. cit., pp. 523 y ss.

<sup>10</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, ob. cit., p. 99. Véase también: SEPÚLVEDA CERLIANI, ob. cit., es aquella en que los asignatarios y la parte que estos llevan en la herencia la determina el legislador.

la ley<sup>11</sup>. Cuando la ley determina la persona del sucesor en atención a los vínculos familiares con el fallecido, se alude a sucesión legal<sup>12</sup>. Opera en virtud de llamamientos legítimos, sin intervención de la voluntad del causante expresada en su testamento<sup>13</sup>. La sucesión intestada es la delación hecha por la ley para regular la ordenación y distribución de las titularidades de quien fallece sin testamento, o cuando habiéndolo hecho, este es insuficiente o ineficaz para ordenar su sucesión<sup>14</sup>. La sucesión *ab intestato* tiene lugar por imperio de la ley; la ley dispone los sujetos a quien se transfiere el patrimonio del causante si no existe manifestación de este<sup>15</sup>. La transmisión de los bienes del difunto tiene lugar fuera de su voluntad<sup>16</sup>. La sucesión legal

---

<sup>11</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 48.

<sup>12</sup> CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 468.

<sup>13</sup> Véase: ZANNONI, ob. cit., p. 421; ARRUE, Marcelo Alejandro: «Derecho Sucesorio. Parte II», <http://www.monografias.com>.

<sup>14</sup> CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 398. Véase también: SUÁREZ FRANCO, ob. cit., pp. 124 y 125, porque no existe testamento, o porque este solo afecta una parte de los bienes, porque afectó la legítima, o porque no tenga efecto; ROJINA VILLEGAS, ob. cit., pp. 135 y 136; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XIII, pp. 192 y 193; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 13-10-06, exp. BP02-S-2006-004876, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/1066-13-BP02-S-2006-004876-.html>, «La sucesión intestada o legal tiene establecida su base legal en el Capítulo 1, Libro Tercero del Código Civil, desprendiéndose de los artículos que rigen la materia, que dicha sucesión se produce cuando el *de cuius* no deja testamento, por lo que la misma se defiende por ministerio de la ley, o en los casos que ella misma expresamente lo disponga. En tal sentido, la sucesión intestada es supletoria de la voluntad del causante, por lo que se produce la transmisión de los derechos y obligaciones del mismo, según normas legales cuando esa voluntad no existe o está viciada»; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 103 y 104.

<sup>15</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 285; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 39, «la transferencia se hace por imperio legal»; SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 236, la sucesión intestada es un sucesión legal en cuanto que es la ley la que llama a ser sucesores a determinados familiares del causante, es supletoria porque opera en defecto o insuficiencia de la sucesión testamentaria; GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 475, es la que tiene lugar por ministerio de la ley, cuando falten en todo o en parte los herederos testamentarios; ROJAS, ob. cit., p. 45, se produce por imperio de la ley.

<sup>16</sup> MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. II, p. 67.

e intestada es la que se abre a falta de testamento ante la insuficiencia o ineficacia de éste último. Se indica que la sucesión legal, *ab intestato* o legítima, es primera en el tiempo que la testamentaria<sup>17</sup>. Esto es, a falta de previsión del *de cuius* mediante testamento, la ley regula detalladamente el destino y la suerte de sus relaciones patrimoniales.

Al efecto indica la jurisprudencia: «... Se habla de sucesión intestada o *ab intestato* haciendo referencia a la figura jurídica mediante la cual, por imperio de la ley, a la muerte de un sujeto de derecho se realiza una transferencia de sus derechos y obligaciones a otro u otros sujetos expresamente señalados por la misma ley, a no ser que exista una manifiesta declaración de voluntad del fallecido»<sup>18</sup>. «La sucesión es legítima o intestada, por lo que una porción de la sucesión intestada corresponde de pleno derecho a ciertos herederos legítimos, la cual es la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de la ley»<sup>19</sup>.

Sin embargo, aclara acertadamente ZANNONI que debe advertirse que la sucesión legítima no solo suple la ausencia de testamento, pues de ser así sería simplemente supletoria, sino que cuando los herederos gozan además de vocación legitimaria, resulta imperativa para el causante su no exclusión<sup>20</sup>. Dado aquel sentido, se ha considerado como una sucesión supletoria, complementaria, subsidiaria o negativa<sup>21</sup>.

En tal sentido, el artículo 807 del Código Civil prevé: «Las sucesiones se defieren por la ley o por testamento. No hay lugar a la sucesión intestada sino cuando en todo o en parte falta la sucesión testamentaria».

<sup>17</sup> SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 126.

<sup>18</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*.

<sup>19</sup> Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, sent. del 20-09-07, exp. 05-1131, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/2111-20-05-1131.html>.

<sup>20</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 420.

<sup>21</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 166 y 167.

Así pues, según dicha norma, la sucesión puede tener lugar en virtud de la ley o de testamento. La testamentaria tiene preeminencia sobre la sucesión legal siempre que se mantenga dentro de los límites de la propia ley, pero la sucesión legítima o *ab intestato* entra en juego a falta de aquella o puede concurrir con esta si fuera el caso, si las previsiones del causante son insuficientes o exceden la autonomía de la voluntad. Así pues, podría tener lugar la concurrencia entre la sucesión testada y *ab intestato* cuando la regulación de la primera es insuficiente<sup>22</sup>, esto es, la sucesión intestada puede coexistir con la testamentaria, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano donde la última excluía la primera<sup>23</sup>, aunque ciertamente dicho Derecho constituye antecedente de la figura<sup>24</sup>. En el Derecho moderno no constituye problema la coexistencia de las dos formas de sucesión testada e intestada<sup>25</sup>. De allí que se aluda entre las clases o especies de sucesión, a la «mixta» para referirse al

---

<sup>22</sup> Véase: BOSCH CAPDEVILLA, ob. cit., pp. 64-67; FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 12, son perfectamente compatibles en una misma sucesión, la disposición voluntaria y la legal, ocupando cada una la posición que le corresponda. Siendo posible porque el ordenamiento admite la validez del testamento a pesar de no contener la institución de heredero, lo que permite concurrencia de sucesión testada e intestada; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 367.

<sup>23</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., p. 287, agrega el autor que ello acontecía porque la cualidad de heredero hecha por el testador era un título que investía al designado como titular de la universalidad del patrimonio y demás derechos del *de cuius*, y por tanto cerraba la posibilidad de que cualquier otra persona pudiera participar, aunque fuera parcialmente, de la soberanía del grupo doméstico y por ende del patrimonio. Nuestro Derecho por el contrario, en el artículo 807 del Código Civil admite la sucesión legítima si falta en todo o en parte la testamentaria, o incluso contra la voluntad del causante como cuando se afecta la legítima. Véase: BERNAD MAINAR, ob. cit., pp. 143, existía la regla nadie puede morir en parte testado y en parte intestado (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), esto es, la incompatibilidad de los dos llamamientos.

<sup>24</sup> Véase: LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora: «Sucesión intestada y “la legítima” en Roma», <http://www.salvador.edu.ar/romano1.html>; TURIÉL DE CASTRO, Gerardo: «La sucesión intestada en el Derecho romano». En: *IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano*. Universidad de Vigo, 1999, vol. I, pp. 63-88; BERNAD MAINAR, ob. cit., pp. 95-100.

<sup>25</sup> CAMUS, ob. cit., p. 55.

supuesto de concurrencia de sucesión parte testada y parte intestada<sup>26</sup>. De hecho, se admite que podrían concurrir herederos nacidos de distintas vocaciones; testamentaria y legal<sup>27</sup>; así como herederos y legatarios, siendo que los últimos suponen necesariamente la voluntad testamentaria mientras que los primeros, además de la ley, pueden ser instituidos por testamento. Al efecto, comenta KIPP que sucesión legal y la sucesión voluntaria pueden coexistir una al lado de la otra. El causante puede nombrar un heredero parcial. En tal caso, para una parte del caudal vale la disposición *mortis causa* y para el resto la sucesión legal<sup>28</sup>.

Por ello, la doctrina cita entre los supuestos de apertura de la sucesión legal: la inexistencia de título testamentario, la vulneración de ciertas normas imperativas como la legítima<sup>29</sup>, así como la revocatoria<sup>30</sup>, nulidad y caducidad del testamento. Los tres últimos supuestos los califica la doctrina de ineficacia<sup>31</sup>. Así pues, la sucesión bajo análisis puede entrar en aplicación no solo a falta de previsión o manifestación del *de cuius*, es decir, no solo en caso de ausencia de testamento, sino cuando este es incompleto –previsiones parciales– o ineficaz, vulnera la legítima, en caso

---

<sup>26</sup> Véase: ídem; PÉREZ PUERTO, ob. cit.; NÚÑEZ BARROSO, Plácido: «Sucesión universal o sucesiones». En: *Revista de Derecho Notarial*, N.º 105. México D. F., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1994, p. 100, <http://www.juridicas.unam.mx>; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pp. 324 y 325; ROJAS, ob. cit., p. 28.

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio...*, vol. IV, p. 23.

<sup>28</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 21.

<sup>29</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 207-209.

<sup>30</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la circunscripción judicial del estado Carabobo, sent. del 05-11-04, exp. 48 166, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/.../721-5-48.166-.html>, «al haber el causante revocado tácitamente su testamento, queda sin efecto alguno la llamada sucesión testamentaria para la sucesión (...) quedando en consecuencia sustituida por la prevista en la Ley, o lo que es lo mismo, sucesión *ab intestato*...».

<sup>31</sup> Véase *infra* VII.5; Tribunal Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 13-03-15, exp. AP31-S-2014-005685, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2015/marzo/3047-13-ap31-s-2014-005685-pj0042015000042.html>.

de incumplimiento de la condición de la disposición testamentaria, premoriencia del beneficiario al testador, si el heredero repudia la herencia o es incapaz de suceder<sup>32</sup>. La jurisprudencia también indica: «La sucesión *ab intestato* procede cuando no hay la voluntad manifiesta del causante y esto ocurre no solo cuando no se ha dejado testamento»<sup>33</sup>.

La sucesión intestada se caracteriza porque ocurre por causa de muerte, es decir, requiere del fallecimiento del causante; siempre es a título universal, por cuanto no existiendo declaración expresa del causante no puede haber sucesores a título particular o legatarios; se produce por ordenarlo la ley de forma expresa y es supletoria de la voluntad del causante, en el sentido que el acto jurídico de última voluntad –testamento– no existe o existiendo está viciado total o parcialmente<sup>34</sup>. Efectivamente, la sucesión intestada es siempre una sucesión universal, pues la ley en ella nombra herederos y no legatarios, estos últimos corresponden a la voluntad del causante<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 286; ROJAS, ob. cit., p. 45; VILLAROEEL RIÓN, ob. cit., p. 126. Véase también: LOUZAN DE SOLIMANO, ob. cit., La sucesión intestada o legítima –como también decimos hoy– tiene lugar cuando el causante no otorgó testamento, o el otorgado no es válido o ninguno de los instituidos llegan a ser herederos. Es lo que expresan las instituciones de JUSTINIANO.

<sup>33</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*, «a. el testamento es nulo o ineficaz; b. si el testador no ha dispuesto por testamento la totalidad de los bienes de que podía disponer, en cuyo caso la porción no dispuesta, será objeto de sucesión intestada; c. cuando se haya afectado en el testamento parte de la porción legítima; d. cuando el beneficiario de la disposición testamentaria deje de cumplir la condición que le haya sido impuesta; e. cuando el beneficiario de la disposición testamentaria muere antes que el testador, f. cuando el heredero testamentario repudia la herencia y no existe sustituto ni tiene lugar el derecho de acrecer a favor de los otros coherederos; g. finalmente, si el heredero es incapaz de suceder».

<sup>34</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*.

<sup>35</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 415.

## 2. FUNDAMENTO<sup>36</sup>

La sucesión *ab intestato* encuentra sentido en dos ideas que admite el legislador; los afectos naturales de quien fallece sin manifestación de última voluntad y la necesidad de cumplir cierta exigencia de orden social<sup>37</sup>. La última descansa en la primera: el afecto y el amor de toda persona debe orientarse por naturaleza y lógica a su familia; pero aunque así no fuera para algunos sujetos en particular, la paz social reconocida jurídicamente reclama su consagración por parte del orden jurídico.

La realidad de las distintas legislaciones demuestra que, con mayor o menor pureza, la sucesión legal se dirige a los familiares del difunto, pero aparece discutida la razón última por la que se imponen tales llamamientos. Se ha sostenido en líneas generales que el orden sucesorio es expresión de una comunidad patrimonial de la familia, que es una simple y necesaria consecuencia de la protección que dada su importancia social, ha de otorgarse a la misma<sup>38</sup>. Se admite como fundamento o justificación de la sucesión intestada –que prevé en principio un orden imperativo de suceder al menos en lo relativo a los herederos legitimarios– la importancia natural de algunos vínculos familiares, y respecto de los cuales ni siquiera la voluntad del propio testador tiene la fuerza de excluir de la sucesión<sup>39</sup>. Se funda en

---

<sup>36</sup> Véase: MAIA NEVARES, ob. cit., *passim*; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 102 y 103; AQUINO GRANADOS, ob. cit., pp. 18-24.

<sup>37</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, pp. 34 y 35, tiene un doble fundamento el orden natural de los afectos y el orden social. Véase también: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 353, se basa en una presunción de afectos típicos del causante medio, pero existen también razones de política legislativa y de política social, como pueden ser la protección de los intereses familiares.

<sup>38</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 172.

<sup>39</sup> Véase: ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 119, la doctrina apoya la sucesión intestada en la idea de comunidad doméstica, pues los miembros de una misma familia tienen eventuales derechos a la muerte del titular. Otros lo ven en la voluntad presunta del causante, y el interés social que limita la afectividad para la búsqueda de protección de la familia; ROJAS, ob. cit., p. 46, se fundamenta en el orden natural de los afectos y en el orden social.

la relación familiar, pues el legislador no habiendo dispuesto el causante, y en trance de elegir heredero, dirige el nombramiento hacia sus familiares, únicos respecto de los que cabe fácilmente un nombramiento abstracto. A tal razón de comodidad, cabe añadir, para los grados más próximos y el cónyuge, la solidaridad familiar<sup>40</sup>, el deber de asistencia y la presunción típica de afecto<sup>41</sup>.

La sucesión legal descansa objetivamente sobre la idea de que el patrimonio del difunto de ser heredado por su familia<sup>42</sup>. Para MESSINEO, la sucesión legal se explica mejor haciendo de ella un medio con el cual el orden jurídico reafirma el vínculo familiar y el conyugal<sup>43</sup>. De allí que el legislador atribuya en el orden natural de los afectos<sup>44</sup> que el derecho de sucesión atañe, en primer lugar, a los descendientes, a quienes se orienta primariamente nuestra protección por ser producto de la propia reproducción, luego a los ascendientes en razón de habernos brindado esta última y finalmente a los colaterales por compartir parte de nuestras vivencias familiares. La necesidad de incluir al cónyuge concurriendo con los primeros como parte fundamental del orden jurídico y social es igualmente reconocida por el legislador<sup>45</sup>. Se sostiene así generalmente, que la sucesión intestada reposa sobre el afecto presunto del causante, aun cuando tal presunción varíe según las diversas legislaciones<sup>46</sup>, así como a la naturaleza de las relaciones de familia, a pesar de que autores como LAFAILLE indican que «el grado de afecto atribuido al causante» es una construcción jurídica y lógica actualmente en decadencia<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Véase: MAIA NEVARES, ob. cit., *passim*, se fundamenta en la prioridad de la familia.

<sup>41</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 416.

<sup>42</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 23.

<sup>43</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 49.

<sup>44</sup> Véase en tal sentido: POLACCO, ob. cit., t. 1, pp. 34 y 35, la ley interpreta la voluntad del mismo inspirándose en el orden natural de los afectos; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 49, respecto de los miembros de la familia.

<sup>45</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 286 y 287; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 16 y 17.

<sup>46</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 33.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 35.

Debe admitirse que, al margen de los conflictos familiares o de la lejanía que pudiere existir entre determinados parientes o cónyuges, lo lógico, obvio y natural por simple sentido humano es que entre estos mediara un mínimo de sentido de socorro y afecto, que necesariamente debe proyectarse en el ámbito económico en lo atinente al destino de las relaciones pecuniarias de quien fallece.

POLACCO señala que también se armoniza tal elemento relativo al orden natural de los afectos con consideraciones de orden social, la ley dicta particulares restricciones en homenaje a la familia legalmente constituida. Por razón de este segundo fundamento sería demasiado absurdo decir que «la sucesión legítima es el testamento tácito del difunto», de allí que —acertadamente indica el autor— no es correcto sostener que la sucesión legal se basa en la presunta voluntad del difunto<sup>48</sup>, pues el pensar de este podría ser lejano a la ley<sup>49</sup>. MESSINEO igualmente rechaza la presunta voluntad del difunto como fundamento de la sucesión legal<sup>50</sup>. De allí que el remanido fundamento de la «presunta» voluntad del causante, invocado para justificar diversas figuras sucesorias, no sirve de fundamento a la sucesión intestada<sup>51</sup>. La ley simplemente se inspira en lo que debería naturalmente ser el curso de los afectos familiares y ni siquiera la voluntad expresa del causante logra descartar parte del efecto de la sucesión legal, a saber, el orden de suceder y el respeto a la legítima que, como bien se afirma, forma parte de la sucesión bajo análisis.

Indica ROJAS que la sucesión legal se inspira, para los llamamientos y atribuciones que hace, en las relaciones que ligan al causante con los miembros de sus familia y con el Estado, de manera que el vínculo familiar y el

---

<sup>48</sup> POLACCO, ob. cit., t. 1, p. 35.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 36, pues puede suceder que la regulación legal no se corresponda con la verdadera voluntad del causante, pero la ley se apoya en lo que sería el hombre medio en atención a sus afectos y sobre el regula los llamados a suceder.

<sup>50</sup> MESSINEO, ob. cit., pp. 49 y 50.

<sup>51</sup> Como tampoco a la sucesión necesaria como especie de ésta, esto es no es la esencia o justificación de la figura que analizamos ni de la legítima. Véase *infra* IX.2.

nacional constituyen la causa y el título de la misma<sup>52</sup>. Se admite así que se fundamenta, salvo en el supuesto excepcional del llamamiento del Estado, en la relación familiar<sup>53</sup>.

Es natural que la ley regle el destino lógico de las relaciones patrimoniales del individuo en atención a lo que la naturaleza y el afecto demandaría. No se trata de una voluntad presunta, es realmente un orden impuesto, al menos en lo atiente a cierta categoría de sucesores. Pero ha de existir un destino previsto por ley, incluso para aquellos sucesores que el causante pudiendo excluir no lo hizo, porque ante la inercia u omisión del interesado, el orden jurídico trata de preservar la regularidad en la transmisión de las relaciones pecuniarias, considerandos los familiares del *de cuius* por orden de proximidad y en defecto de estos, queda a la persona incorporal por excelencia o de existencia necesaria asumir el papel de último sucesor. Alguien debe asumir la continuidad de las relaciones del causante, las primeras llamadas será en función del vínculo afectivo familiar; las demás responden a una necesidad jurídica y social. La sucesión legal encuentra así su fundamento en un requerimiento familiar, social y jurídico en virtud del cual, el Derecho prevé un orden lógico y subsidiario de la transmisión hereditaria.

### 3. CARACTERES

Entre las características, algunas ya referidas de la sucesión legal o *ab intestato*, cabe citar: i. Opera por imperio o voluntad de la ley; ii. acontece a falta de la voluntad del causante y para completar la voluntad parcial o viciada de este<sup>54</sup>, de allí que se aluda a supletoria o subsidiaria; iii. al igual

<sup>52</sup> ROJAS, ob. cit., p. 105.

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 476. Véase comentario final de: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 103, La ausencia de testamento debe ser suplida por la ley, pues, de lo contrario, las relaciones patrimoniales quedarían limitadas a la temporalidad de la vida humana.

<sup>54</sup> Véase *supra* 1.

que la sucesión testamentaria, y en el sentido limitado o restringido de la acepción, se trata de una sucesión *mortis causa* o por causa de muerte, esto es que tiene lugar ante la muerte del sujeto; iv. si entra en aplicación a falta de testamento supone una sucesión a título universal, en defecto de previsión testamentaria de legatarios<sup>55</sup>, es decir, la sucesión bajo análisis no prevé nunca la figura del legatario característica de la sucesión testamentaria<sup>56</sup>, de allí que se aluda a «universalidad» –en tal sentido respecto de los caracteres se pronuncia una decisión judicial<sup>57</sup>–; v. compatibilidad con la sucesión testada, porque en aquellos casos en los que la voluntad del causante no agota la totalidad del haber hereditario coexistirán ambas clases de sucesión, testada e intestada<sup>58</sup>.

#### 4. SUJETOS A QUIENES SE DEFIERE

En la sucesión *ab intestato*, la herencia se defiere a determinados familiares<sup>59</sup> en atención al orden de suceder que prevé el Código sustantivo en

<sup>55</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 287.

<sup>56</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*.

<sup>57</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*. Entre las características fundamentales se señalan cuatro, a saber: i. Es una situación a causa de muerte o al menos de muerte, ii. siempre la sucesión es a título personal, pues no habiendo testamento no existen herederos particulares o legatarios, iii. ocurre siempre por imperio de la ley, iv. es supletoria de la voluntad del causante, puesto que surge solo cuando esa voluntad no existe o está viciada total o parcialmente.

<sup>58</sup> PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, Encarnación y RODRÍGUEZ RAMOS, F. Javier: «El régimen de sucesión intestada en España. Régimen general». En: *Economist & Jurist*, vol. 21, N.º 168, Madrid, 2013; AQUINO GRANADOS, ob. cit., pp. 27 y 28.

<sup>59</sup> Sostuvimos la trascendencia del concepto de «familia» a propósito de la sucesión *ab intestato* en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa». En: *1 Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil «Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés»*. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis

los artículos 822 y ss. que precisaremos más adelante<sup>60</sup>. Indica al efecto una decisión judicial: «De allí, que suceden al causante determinada categoría de personas; y el orden de suceder lo establece la Ley en los artículos 822 y siguientes del Código Civil; así encontramos ciertos órdenes sucesivos: descendientes; cónyuge, ascendientes y hermanos y sus descendientes y otros parientes comprendidos entre el tercero y sexto grado (artículo 830 del Código Civil)»<sup>61</sup>. En efecto, los sujetos que pueden figurar en la sucesión bajo análisis son: cónyuge —o concubino<sup>62</sup>—, descendientes, ascendientes, colaterales y en defecto de los anteriores, es llamado en último lugar el Estado. Veremos en qué orden y porción<sup>63</sup>.

---

de la Culture Juridique Francaise. José ANNICCHIARICO, Sheraldine PINTO y Pedro SAGHY, coords. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 63-89.

<sup>60</sup> Véase *infra* 7; SOJO BIANCO, ob. cit., p. 288.

<sup>61</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*. Véase también: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 13-10-06, citada *supra*, «... es necesario señalar que en la sucesión intestada, las personas llamadas a suceder son los ascendientes, descendientes, cónyuges y parientes colaterales hasta el sexto grado del causante».

<sup>62</sup> Declarado judicialmente como tal o acreditado mediante la respectiva acta del estado civil. *Vid.* Ley Orgánica de Registro Civil, artículos 117 al 122; Consejo Nacional Electoral, Resolución N.º 121220-0656, mediante la cual se resuelve dictar el Reglamento N.º 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil, *Gaceta Oficial* N.º 40 093, del 18-01-13, artículos 65-68 (previamente: Resolución N.º 100623-0220: «Normas para regular los libros, actas y sellos del Registro Civil», *Gaceta Oficial* N.º 39 461, del 08-07-10, artículos 52-55). Véase *infra* 7; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 67; HERNÁNDEZ DE SOJO-BIANCO, Milagros: «El derecho de los concubinos a heredarse, según el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela». En: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. I, Caracas, TSJ, Fernando PARRA ARANGUREN, editor, 2004, p. 711, el Servicio Autónomo de Administración Tributaria solicita al interesado la sentencia definitivamente firme que declare el concubinato, toda vez que tales derechos se tienen por reconocidos a través de un órgano jurisdiccional. Vale acotar al comentario de la autora que la Ley Orgánica de Registro Civil admite como opción probatoria la respectiva acta por lo que la sentencia merodeclarativa tendrá lugar a falta de ésta—; TSJ/SCC. sent. N.º 107, del 11-04-19.

<sup>63</sup> Véase *infra* 7.

De allí que la doctrina distingue que en la sucesión *ab intestato* se llaman a los parientes consanguíneos, al cónyuge y al Estado<sup>64</sup>; los primeros pueden concurrir, el Estado, por el contrario, viene cuando faltan las otras<sup>65</sup>. Los parientes<sup>66</sup> más próximos excluyen a los más lejanos<sup>67</sup>. Así, se cita como principio básico de la sucesión *ab intestato* «la mejor condición del parentesco próximo»<sup>68</sup>. En cada orden es llamado a la sucesión el pariente más próximo, teniéndose en cuenta el grado de parentesco; los parientes del mismo grado suceden en condición de igualdad<sup>69</sup>.

Se alude a «herederos legítimos», esto es, aquellos sujetos determinados expresamente por la ley a la herencia en razón de parentesco, matrimonio o concubinato<sup>70</sup>. Los herederos o sucesores legítimos o legales, llamados por el orden legal a la herencia a falta de testamento, se diferencian, según veremos,

---

<sup>64</sup> Véase al respecto: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 39; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 50-64; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 104.

<sup>65</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 39.

<sup>66</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 20-06-06, citada *supra*, «... Esta forma de sucesión intestada tienen vocación hereditaria los parientes consanguíneos del *de cujus*, las cuales son gobernadas por dos principios básicos y fundamentales como lo son: el de calidad de línea y el de la proximidad de grado. Hay tres tipos de líneas de parentesco consanguíneo que corresponden distintas categorías en cuanto a la vocación *ab intestato*, en primer lugar esta línea recta descendente, en segundo lugar la línea recta ascendente y por último la línea colateral. La Ley llama a suceder, es decir, el Código Civil venezolano primeramente a los parientes consanguíneos del causante, en línea recta descendente –hijos–, cuando estos rechazan la herencia o no exista pariente del causante, la Ley llama a los parientes consanguíneos del causante en línea recta ascendente y si no existen estos o han rechazado o repudiado la herencia la Ley llama a los parientes consanguíneos del causante en línea colateral».

<sup>67</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 288.

<sup>68</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, ob. cit., pp. 93 y 94, así como constituye un principio el respeto a la voluntad en la sucesión testada –ambos principios básicos de las dos formas sucesorias–.

<sup>69</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 88.

<sup>70</sup> ROJINA VILLEGAS, ob. cit., pp. 75.

de los herederos «legitimarios», titulares de la «legítima» y ambas categorías no necesariamente coinciden<sup>71</sup>. Son herederos legitimarios los primeros llamados en la sucesión legal, a saber, cónyuge<sup>72</sup>, descendientes y ascendientes, proyección del carácter imperativo del llamamiento<sup>73</sup>. La sucesión legal impone un orden –en parte imperativo– al menos en lo que respecta a los herederos legitimarios –a quienes debe respetársele su cuota legítima–. El testador puede variar parte del orden sucesorio legal<sup>74</sup>; aquel que no sea imperativo porque no supone la existencia de herederos legitimarios.

El *de cuius* podría efectivamente excluir por testamento a determinados parientes en forma expresa o tácita<sup>75</sup> llamados en la sucesión legal, a lo que cabe reiterar que tal exclusión en nuestro ordenamiento es válida como forma de manifestación de la autonomía de la voluntad del causante, únicamente respecto de herederos no legitimarios –hermanos, sobrinos y otros colaterales–. Afirma PINO, en este sentido, que los parientes colaterales en general pueden ser excluidos de la sucesión por el causante, pues

---

<sup>71</sup> Véase *infra* IX.1; TSJ/SCC, sent. N.º 698, del 10-08-07; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 135, se les denomina «legítimos» en una terminología no exenta de confusión. Los «legitimarios» son los llamados por la ley a suceder aun contra la voluntad del causante.

<sup>72</sup> O de ser el caso, el concubino o concubina –acreditado judicialmente o mediante la respectiva acta de conformidad con la Ley Orgánica de Registro Civil–.

<sup>73</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 12-02-08, citada *supra*. Estas tres normas sustantivas (artículos 822, 823 y 824 del Código Civil) que son de orden público no pudiendo ser relajadas ni contravenidas por los particulares, en el sentido, de que establece quienes son los sujetos llamados a suceder al causante, como vemos en primer lugar, el padre y la madre y a todo ascendiente lo heredan sus hijos o descendientes, y el matrimonio crea derechos sucesorales y la viuda concurre a la herencia con todos los descendientes correspondiéndole una cuota parte de la herencia igual a la de un hijo.

<sup>74</sup> Véase: PINO, Augusto: *La esclusione testamentaria dalla successione legittima*. Roma, Tipografia del Senato del Dott. G. Bardi, 1955; CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *La esclusione testamentaria de los herederos legales*. Madrid, Civitas, 2000.

<sup>75</sup> Véase: CÁMARA LAPUENTE, ob. cit., pp. 74-121. Véase también: Pino, *La esclusione...*, p. 5.

presentan una vocación eventual<sup>76</sup>. También cabría que el causante excluya al Estado si no tiene otros familiares, para evitar la herencia vacante, instituyendo un sucesor por vía testamentaria.

## 5. INCAPACIDAD PARA SUCEDER<sup>77</sup>

Para suceder se precisa «capacidad». No obstante, los supuestos que ubica la ley y la doctrina dentro de tal noción a los fines de la sucesión no se corresponde con el concepto técnico de «capacidad de obrar» o posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia<sup>78</sup>, toda vez que los incapaces de obrar pueden suceder<sup>79</sup> con los debidos mecanismos o regímenes de protección de incapaces y a beneficio de inventario. La incapacidad de suceder se asocia a la «incapacidad de goce», que constituyen prohibiciones que la ley impone por la especial posición de los sujetos o por razones de moralidad<sup>80</sup>.

La capacidad para suceder que se refiere al sucesor, es una capacidad pasiva porque es para recibir<sup>81</sup>; y por tal se afirma que es una capacidad jurídica o de derecho<sup>82</sup>, por contraposición a la capacidad de obrar o ejercicio; de allí

<sup>76</sup> Véase: PINO, *La esclusione...*, p. 11.

<sup>77</sup> Véase «la capacidad en la sucesión» en: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 199-409; y la capacidad para suceder de manera intestada en LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 67-85; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 107-122.

<sup>78</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 27 y ss.; VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes (especial referencia al Derecho español y venezolano)*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 26 y ss.

<sup>79</sup> Véase: SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 240, si el llamado a suceder es una persona física no hace falta capacidad de obrar.

<sup>80</sup> Véase sobre la capacidad de goce: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 50-59; VARELA CÁCERES, ob. cit., pp. 22 y ss.

<sup>81</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 201.

<sup>82</sup> Véase: MESSINEO, ob. cit., p. 43, la capacidad de suceder es un caso particular no de capacidad de obrar sino de capacidad jurídica; TOGLIO, ob. cit., «La capacidad para suceder a título universal o *mortis causa* es la aptitud para ser titular de los

que puedan suceder los incapaces de obrar<sup>83</sup>. Señala en tal sentido LÓPEZ DEL CARRIL que la ley no trata la capacidad para suceder, ni la define ni da el concepto de la misma en razón de su propia especificidad y destino. Siguiendo a PRAYONES, podría considerarse que «capacidad para suceder es el conjunto de requisitos que la ley exige para que una persona pueda ser sujeto pasivo de la transmisión hereditaria». Y tal capacidad es de derecho, pues se refiere al goce o titularidad del derecho sucesorio, y comprende la capacidad receptiva de adquirir o recibir. Esta capacidad para suceder es distinta a la capacidad para aceptar o repudiar la herencia, que es una capacidad dinámica, relativa a la «capacidad de obrar»; en tanto que la capacidad para suceder es estática o «capacidad de derecho», y consiste en la calidad misma de sucesor o heredero en virtud de un título válido<sup>84</sup>. Tampoco debe confundirse la capacidad o aptitud para suceder con la «vocación hereditaria»<sup>85</sup>.

ZANNONI define la capacidad para suceder *mortis causa* como «la aptitud para ser titular de los derechos activos y pasivos que contiene la herencia a cuya adquisición se es llamado en el todo, en una parte alícuota o en un objeto determinado, en carácter de heredero o legatario». Se trata así de una capacidad de derecho o de goce<sup>86</sup>. Dicha capacidad —agrega el autor—, no constituye un presupuesto de la vocación, sino una condición de

---

derechos activos y pasivos que contiene la herencia a cuya adquisición se es llamado en el todo, en una parte alícuota o en un objeto determinado en carácter de heredero o legatario. Es una capacidad de derecho. Toda aptitud para adquirir es de derecho, independientemente del ejercicio de los derechos adquiridos»; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 107, la capacidad para suceder es una capacidad jurídica o de goce.

<sup>83</sup> La capacidad de obrar o de ejercicio es la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia, de allí que se considere dinámica, por contraposición a la capacidad jurídica o de goce que es la medida de la aptitud para ser titular de deberes o derecho, esto es la medida de la personalidad. Se afirma que la capacidad para suceder se asocia propiamente a esta última.

<sup>84</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., pp. 9 y 10.

<sup>85</sup> DE PAGE, ob. cit., p. 55.

<sup>86</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 61.

eficacia de ella. Si fuese su presupuesto, afectaría la existencia del llamamiento. Como es una de las condiciones de eficacia, podría acontecer que el llamado en razón de su incapacidad no pueda adquirir eficazmente la herencia<sup>87</sup>.

De tal suerte, que, combinando las nociones anteriores con los conceptos asociados a la capacidad jurídica<sup>88</sup>, podemos afirmar que la capacidad para suceder viene dada por la aptitud para recibir o aceptar los derechos y deberes derivados del fenómeno sucesorio, bien sea a título universal o particular. Se aprecia que es ajena a la capacidad de obrar o de ejercicio, vinculada a la realización de actos jurídicos por propia voluntad, porque esta puede ser subsanada por el mecanismo legal correspondiente.

Dispone el artículo 808 del Código Civil: «Toda persona es capaz de suceder, salvo las excepciones determinadas por la ley». La doctrina clasifica las incapacidades en absolutas o relativas, según que afecten en todo caso o en relación con una sucesión determinada<sup>89</sup>. En la absoluta no se puede recibir de persona alguna, en la relativas no se puede recibir de determinada persona<sup>90</sup>. Para suceder *ab intestato*<sup>91</sup>, al igual que acontece en materia de sucesión testamentaria, rige la regla de que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción<sup>92</sup>, así como que en materia de incapacidades no se admite la analogía, pues las causas de incapacidad –en virtud de sus graves consecuencias– son taxativas<sup>93</sup>. El Código Civil regula lo relativo a la capacidad para suceder en los artículos 808 al 813. Veamos cada uno de los supuestos contenidos en tales normas.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>88</sup> Según la cual esta viene dada por la medida de la aptitud para ser titular de deberes y derechos o la medida de la personalidad. La cual la tiene todo sujeto por el solo hecho de ser persona.

<sup>89</sup> Véase: SOJO BIANCO, *ob. cit.*, p. 288.

<sup>90</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 207.

<sup>91</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 108.

<sup>92</sup> Véase *ídem*; *infra* VI.2.

<sup>93</sup> Véase DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 46-49.

### 5.1. Consideraciones sobre la denominada incapacidad por «inexistencia»

En el presente ítem, vale distinguir comentarios sobre tres situaciones o supuestos referidos por la doctrina: el concebido o *conceptus* –que tiene capacidad sucesoria si llega a nacer vivo por su condición de persona–, el no nacido vivo –quien nunca llegó a ser persona– y el *concepturus* o por concebir –quien no es persona ni concebido, sino una mera expectativa–.

Prevé el artículo 809 del Código Civil: «Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna».

Una antigua regla que se remonta al Derecho romano exige que las sucesiones se abran a favor de seres que ya existen, pues los bienes del difunto son recogidos por aquellos que viven al momento de su fallecimiento<sup>94</sup>. El concebido o *conceptus* –si bien no es persona– a la fecha de la apertura de la sucesión tiene capacidad de suceder siempre que se consolide su condición de persona al producirse el nacimiento con vida. Explicamos en otra oportunidad que el concebido o *conceptus* constituye un supuesto excepcionalísimo en que, sin tener personalidad jurídica –porque esta se adquiere con el nacimiento vivo de conformidad con el artículo 17 del Código Civil– puede temporalmente considerarse en algunas situaciones jurídicas que se traten de su bien con la necesaria condición de que se nazca con vida<sup>95</sup>. Se trata de una flexibilización del Derecho que reconoce derechos al no nacido en materia sucesoria<sup>96</sup>. En tal caso no se precisa haber nacido para

---

<sup>94</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 55.

<sup>95</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 104-137.

<sup>96</sup> FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 68.

que el ordenamiento lo considere, pues se trata de su bien<sup>97</sup>. De allí que se afirme que «el concebido es siempre capaz para suceder»<sup>98</sup>.

La concepción o fusión de las células sexuales que originan una nueva vida es fundamental para la consideración de derechos sucesorales *ab intestato*; su cálculo a partir del nacimiento con vida supone tener igualmente en cuenta la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil<sup>99</sup>. Según tan presunción *iuris tantum*, lo importante será, a los efectos de la capacidad sucesoral del concebido, que la concepción haya operado al instante de la apertura de la sucesión o muerte del causante, para lo cual se considerará los primeros 121 días de los 300 que preceden al día del nacimiento.

Ahora bien, respecto del «no nacido vivo», vale observar que nuestro sistema vigente adopta la teoría de la «vitalidad» consagrada en el citado artículo 17 del Código Civil, en virtud del cual se precisa para ser persona natural nacer «con vida», por lo que carece de existencia jurídica el ser que nació muerto o no vivió ni un instante siquiera fuera del claustro materno<sup>100</sup>. Si bien algunos autores patrios incluyen el supuesto del no nacido vivo entre los casos incapacidad por «inexistencia»<sup>101</sup>, siguiendo la

<sup>97</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 288, «Obsérvese que no hace falta haber nacido, pues basta que el llamado a heredar esté concebido para el momento de la apertura de la sucesión, para que se le tenga por nacido, en virtud de la regla '*conceptus pro nato habetur*' —el concebido se tiene por nacido—», esto último cuando se trate de su bien, situación obvia en una sucesión de activo superior al pasivo.

<sup>98</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 214.

<sup>99</sup> Que prevé: «Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros 121 días de los 300 que preceden al día del nacimiento». Véase también: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «El cálculo de la concepción». En: *Revista de Derecho*, N.º 24. Caracas, TSJ, 2007, pp. 63-96 (también en: *Manual de Derecho de Familia...*, pp. 483-509).

<sup>100</sup> Véase sobre la teoría de la vitalidad: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 57-74.

<sup>101</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 68; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 215 y 216; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 41; AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil I Personas*. Caracas, UCAB, 23.ª edic., 2010, pp. 205 y 206. Véase:

doctrina extranjera tradicional que alude a la incapacidad por «falta de existencia»<sup>102</sup>, extensible al no concebido<sup>103</sup>, según referimos en otra oportunidad, más que una incapacidad –noción que presupone la existencia del sujeto o la persona– lo que se configura en el caso concreto es la inexistencia de personalidad o subjetividad jurídica<sup>104</sup> y no habiendo ésta, mal puede existir capacidad o incapacidad. Lo mismo cabe decir del supuesto del *concepturus* o por concebir que comentaremos de seguidas.

En cuanto al *concepturus* o por concebir, cabe indicar que si el concebido ni siquiera es «persona» jurídicamente hasta que nazca con vida –aunque excepcionalmente dada su potencialidad y proximidad a ser sujeto de derecho, sea admitido por expresa disposición de ley a la sucesión–, mal podría aceptarse al ni siquiera concebido a una sucesión legítima o *ab intestato*. Un ser inexistente que representa una mera expectativa nunca sería llamado a una sucesión legal o *ab intestato*, por lo que el *concepturus* o por concebir no es llamado en modo alguno en la sucesión intestada; ello está fuera de toda lógica jurídica. Sin embargo, según veremos, dada la distinta naturaleza del llamamiento testamentario, el *concepturus* sí podría ser considerado a los efectos de la sucesión testamentaria por expresa voluntad del causante<sup>105</sup>. De allí que desde un punto de vista estrictamente técnico –al igual que comentamos respecto del no nacido vivo– la imposibilidad de suceder del no concebido para la época de la apertura de la sucesión

---

TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Mis comentarios y reparos a la reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, UCV-Colegio de Abogados del Estado Lara, 1984, vol. 1, pp. 64 y 65, quien indica al comentar el artículo 809 que, en efecto, exprese o no en la ley, determinadas situaciones, por biológicas, por naturales, producen siempre fatalmente sus consecuencias. «Los que no hayan nacido vivos» no son personas naturales, y por ende, no son personas jurídicas, lo cual evidencia la incapacidad de ellos, incapacidad general por inexistencia, que es un axioma.

<sup>102</sup> Véase: MESSINEO, ob. cit., p. 45, la incapacidad jurídica es en sustancia el equivalente a falta de personalidad aunque sea potencial; DE RUGGIERO, ob. cit., p. 405.

<sup>103</sup> Véase en tal sentido: POLACCO, ob. cit., t. 1, pp. 61 y 62.

<sup>104</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 56.

<sup>105</sup> Véase *infra* VI.2.2.

legal, más que constituir una incapacidad por inexistencia<sup>106</sup>, que presupone —a nuestro criterio— la personalidad, se presenta como la carencia de un presupuesto natural de las situaciones jurídicas, a saber, la existencia de subjetividad al momento que se configura la situación de derecho en cuestión<sup>107</sup>. Ello llevaría a concluir que el supuesto de la fecundación artificial *post mortem* excluiría al concebido con posterioridad a la apertura de la sucesión, aunque el máximo Tribunal refirió lo contrario<sup>108</sup>, y algunos lo han considerado por vía analógica<sup>109</sup>.

Recapitulando, somos del criterio que los supuestos del «no nacido vivo» y del «no concebido» no configuran propiamente una «incapacidad» para suceder, pues, no obstante los términos de la Ley y la doctrina, es elemental que quien no existe no tiene subjetividad o personalidad jurídica, presupuesto previo y necesario a los fines de la capacidad jurídica<sup>110</sup>. En los citados casos, simplemente no se tiene la condición de persona o sujeto de derecho de conformidad con el artículo 17 del Código Civil<sup>111</sup>. De allí que

---

<sup>106</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 68; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. 1, pp. 212 y 213; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 41; AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 205.

<sup>107</sup> Véase en sentido semejante: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 55, tanto las «criaturas abortivas» como las asociaciones no constituidas, más que defecto de capacidad, presentan defecto de existencia pues «no es que sean incapaces: es que no son personas».

<sup>108</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 1456, del 27-07-06, «Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse *post mortem*, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos...».

<sup>109</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 58.

<sup>110</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 56.

<sup>111</sup> Tales casos no se presentan como verdaderas incapacidades de goce, pues lo que ocurre es que en los supuestos indicados no existe «persona» y la capacidad de goce es simultánea a ésta. Véase en el mismo sentido: DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana». En: *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Vol. 1, Caracas, TSJ, Fernando PARRA ARANGUREN, editor, 2002, p. 334.

constituya una impropiedad de la ley o, en todo caso, una aclaratoria innecesaria, por obvia, aludir a una incapacidad de suceder de quien no esté concebido al tiempo de la apertura de la sucesión.

Por la misma razón, no resulta apropiado aludir a «incapacidad», respecto de quien ya perdió la subjetividad jurídica en razón de la muerte. En efecto, algunos autores incluyen en la citada incapacidad para suceder por «inexistencia», los supuestos de «premorienza» –muerte previa al causante<sup>112</sup>– y de «conmorienza» –muerte simultánea (artículo 994 Código Civil)<sup>113</sup>–. Es obvio que quien ha muerto previamente –premuerto– al causante no le sucede porque ha dejado de ser persona y para suceder debe sobrevivir al *de cuius*, sin perjuicio de la figura de la «representación sucesoria» de los descendientes. Respecto de la conmorienza haremos una consideración especial de seguidas, por lo que preferimos sustraerla de la «inexistencia». Reiteramos que la problemática de la capacidad o la incapacidad presupone la existencia o subjetividad jurídica; si no se tiene esta última, ya sea por no nacer vivo o por haber muerto, se carece del presupuesto o sustrato básico de cualquier atributo o consecuencia de la personalidad<sup>114</sup>. Así pues, a pesar de la expresión utilizada por el legislador, resulta impropio en general, aludir a «inexistencia» como causa de incapacidad<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 68; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 217; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>113</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 217 y 218; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 41 y 43.

<sup>114</sup> Afirmar que el no nacido y el fallecido es incapaz para suceder se presenta como una impropiedad, habría que citar tales casos en todo supuesto de incapacidad de goce, lo cual sería absurdo. La carencia de personalidad no genera una «incapacidad» sino que la personalidad es presupuesto del tema de la capacidad.

<sup>115</sup> De lo contrario, tendríamos que llegar a la absurda conclusión que todos los no concebidos, no nacidos vivos y los fallecidos son incapaces, lo que propiciaría un examen o pronunciamiento ilógico e infinito sobre una pretendida incapacidad que no es tal.

## 5.2. *La indignidad*<sup>116</sup>

El artículo 810 del Código Civil consagra las causas taxativas de indignidad como causa de incapacidad relativa –con relación al causante exclusivamente–: «Son incapaces de suceder como indignos: 1. El que voluntariamente haya perpetrado o intentado perpetrar un delito, así como sus cómplices, que merezca cuando menos pena de prisión que exceda de seis meses, en la persona de cuya sucesión se trate, en la de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano. 2. El declarado en juicio adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. 3. Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello»<sup>117</sup>.

Se trata de causales taxativas y, por tal, de orden público, que no pueden extenderse analógicamente dada su naturaleza sancionatoria a otros hechos distintos a los previstos por el legislador aunque sean censurables<sup>118</sup>, lo que es de orden privado es plantearlas<sup>119</sup>. No toda conducta indebida o inadecuada da lugar a indignidad, sino las expresamente consagradas por la ley<sup>120</sup>. Tales causales son objeto de consideraciones particulares por la doctrina<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Véase: SALAS, Acdeel E. *Obligaciones, contratos y otros ensayos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 483-510; CÓRDOBA *et al.*, ob. cit., pp. 88-98; LAFONT PIANETTA, ob. cit., pp. 266-288; SERRANO GARCÍA, *Las sucesiones en general...*, pp. 13 y 15.

<sup>117</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., pp. 26 y 27, el autor al comentar el Código Civil de 1896, señalaba el artículo 706 que incluía 7 causas de indignidad: 1. matar o intentar matar al *de cuius*, 2. acusar de un crimen que merezca prisión si la acusación fue calumniosa, 3. forzar a hacer o reformar testamento, 4. impedir hacer o revocar testamento, así como suprimir, ocultar o alterar un testamento, 5. adulterio, 6. no cuidar o socorrer al pariente demente, y 7. padres que abandonen hijos menores de 15 años o que hayan tratado de corromperlos o prostituirlos a cualquier edad.

<sup>118</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 245.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>120</sup> SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 41.

<sup>121</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 246-266.

La primera causal precisa, en principio, sentencia condenatoria penal<sup>122</sup> que se reproducirá en juicio civil<sup>123</sup>, aunque se aclara que puede acontecer que no exista sentencia penal porque no exista la primera, como sería el caso de suicidio del homicida<sup>124</sup>. Se aprecia decisión judicial<sup>125</sup> confirmada

---

<sup>122</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 112, se precisa sentencia definitivamente firme. El autor excluye el delito culposo porque la indignidad implica una intensión ofensiva.

<sup>123</sup> Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sala de Juicio N.º 3, sent. del 25-09-08, exp. KP02-V-2005-4261, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/645-25-KP02-V-2008-004261-.html>, «... la parte actora presentó junto con el libelo de la demanda, original de la querrela interpuesta por el ciudadano (...) pero no así la sentencia condenatoria emanada de un tribunal penal que condene a los ciudadanos (...) por la comisión de algún delito específico en contra de su padre (...) y mal podría este Tribunal pronunciarse sobre la responsabilidad de los demandados porque incurriría en extralimitación de competencia por lo que esta juzgadora al estudiar y analizar los medios de prueba aportados por la parte actora, con los mismos no se demostró por las vías legales establecidas que los demandados (...) hayan perpetrado algún hecho punible en contra su padre por lo que no quedo configurado así, estar incurso en la causal establecida en el ordinal 1º del artículo 810 del Código Civil, para ser declarados incapaz de suceder como indignos». Véase también: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 76, en el juicio civil bastara la copia certificada de la decisión penal.

<sup>124</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 249-257.

<sup>125</sup> Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 07-10-03, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/282-7-20.183-.html>, «Del espíritu de la Ley, establecida en los artículos precedentemente transcritos, se desprende que el legislador sancionó al declarado incapaz de suceder por indignidad, a la pérdida del derecho hereditario. Y ha sido doctrina jurisprudencial, que: “La indignidad funciona en sucesión tanto testada como intestada, la indignidad existe en mérito a la Ley, sin requerir declaración del causante contra el indigno que pretende heredar, accionan los coherederos”. Así las cosas, tenemos que quedó demostrado en las actas procesales con todas y cada una de las pruebas aportadas por la parte actora, que la ciudadana (...) perpetró el delito de estafa agravada en contra de su padre (...) sumando con este hecho a su patrimonio bienes del acervo universal de la herencia legítima de su mencionado padre (...) en perjuicio de sus hermanos (...) por lo cual fue condenada (...) Configurándose así, estar incurso en la causal establecida en el ordinal 1º del

por el Juzgador Superior Civil<sup>126</sup> que considera la figura procedente en el caso de estafa agravada. Se ha presentado también cuando el heredero es el homicida del causante<sup>127</sup>.

En cuanto, a la causal segunda<sup>128</sup>, la mayor parte de la doctrina consideraba que no se limitaba la prueba del mismo a una sentencia condenatoria penal de adulterio que se haría valer en juicio civil, sino que también podía derivarse de juicio civil<sup>129</sup>. Otros consideran que el adulterio debía derivarse de sentencia penal porque otros juicios civiles no serían oponibles al tercero<sup>130</sup>.

---

artículo 810 del Código Civil, para ser declarada incapaz de suceder como indigna (...) razón por la cual la presente acción está ajustada a derecho y por consiguiente debe prosperar».

<sup>126</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*, «Ahora bien, el numeral 1 del artículo 810 del Código Civil establece esta causal –la perpetración de un delito– como motivo suficiente para que se declare al sucesor incapaz para suceder como indigno; aún más la referida norma exige que el delito merezca cuando menos pena de prisión que exceda de seis meses y en el presente caso, la demandada (...) fue condenada a un año cuatro meses de prisión por el delito de estafa agravada, razón legal eficiente para que el tribunal de con lugar la acción intentada; esto es, la declare incapaz para suceder al causante (...) por indignidad. Es decir, incurrió la accionada en una de las causales previstas en la Ley para que se repute indigna y en consecuencia incapaz para suceder al *de cuius*; perdiendo de esta manera la herencia de su causante (...) por indignidad; causal de carácter moral que le priva heredar, devolver los bienes que posea y que pertenezcan al patrimonio del causante y restituir los frutos que haya gozado desde la apertura de la sucesión». Véase declarando pericido el respectivo recurso de casación: TSJ/SCC, sent. N.º 205, del 20-03-06.

<sup>127</sup> BARRIOS, Plácido: «Acta de herederos a favor de condenado por asesinato de su esposa-causante». En: *El Notario del siglo XXI*, N.º 50. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2013, <http://www.elnotario.es>.

<sup>128</sup> Véase sobre la causal: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 258-263.

<sup>129</sup> Véase: *ibíd.*, p. 258, si el legislador hubiese querido exigir sentencia penal condenatoria firme hubiese referido ello en la redacción –condenado por el delito de adulterio–. Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 77 y 78, tal declaratoria podría tener lugar en juicio civil de divorcio o de desconocimiento de la paternidad.

<sup>130</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 113, necesariamente tendrá que ser un juicio penal del cual resulte su condenatoria por la comisión del delito; un juicio

Pero, actualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia le quitó el carácter punible al adulterio<sup>131</sup>, por lo que simplemente cabría acreditar el mismo dentro del juicio de indignidad, pues la norma no pretendía limitarlo a la sentencia penal. No aplica al caso concreto la prueba trasladada de otro juicio civil en el que el presunto indigno no fue parte<sup>132</sup>

---

de divorcio fundado en la causal de adulterio no parece suficiente para establecer la indignidad del tercero que no fue parte en el juicio. Véase rechazando la traslación de la prueba de otro juicio civil: ZANNONI, ob. cit., p. 85, aunque sea susceptible de crítica, tampoco bastará el adulterio probado en juicio de divorcio que promovió el causante contra su cónyuge y del cual puede resultar la identidad del codelincuente.

<sup>131</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 738, del 11-08-16, «Sentencia que declara nulas por inconstitucionales las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, normas que contemplan los tipos penales de adulterio, por ser contrarias, tal como están concebidas, a los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y respeto a la dignidad humana consagrados en los artículos 2, 3 y 21 de la Constitución...»; RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «La sentencia 738/2016 de la Sala Constitucional y los artículos 394 y 395 del Código Penal ¿Se eliminó la discriminación por el sexo o se creó otro problema?». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 9. Caracas, 2017, pp. 183-202, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

<sup>132</sup> Véase sobre la prueba trasladada: TSJ/SCC, sent. N.º 463, del 13-08-09, «las pruebas trasladadas, son aquellas que ya fueron admitidas, promovidas y evacuadas en otro juicio, y, previo cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, han sido transportadas, con la finalidad de utilizar elementos probatorios que pudieran ser útiles, relevantes y determinantes, en un nuevo proceso»; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 06-05-09, exp. 11657, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/515-6-11657-23.html>, «Con relación a estas pruebas la tesis del profesional del derecho Nelson Urdaneta González (...) titulada “*La prueba trasladada en la legislación procesal civil venezolana*”, presentada en la maestría de Derecho Procesal Civil de La Universidad del Zulia, en el año de 1996, dispone que las pruebas trasladadas son aquellas que se practican o se admiten en un primer proceso y que son presentadas en un proceso distinto mediante copia auténtica, o mediante el desglose del expediente original en el cual reposa, si la prueba lo permite. En el presente caso, la prueba trasladada fue presentada en copia auténtica –copia certificada–. También refiere que la prueba trasladada es un medio de prueba indirecto con referencia al hecho que se pretende demostrar. El medio de prueba que por cualquier circunstancia fue aportado a un proceso primigenio bien sea testifical,

al juicio civil de indignidad. A todo evento, sería recomendable de *lege ferenda* no excluir al cónyuge de causante o, en su defecto, eliminar la referida causal, pues no tiene sentido tan injustificada e inmoral exclusión.

---

confesión, inspección judicial, fotografía, experticia o cualquiera otra que quedó transcrita y constituida en instrumento en las actas procesales, conformando el respectivo expediente debe ser considerado un medio de prueba indirecto, por cuanto, existe una relación de intermediación entre el medio de prueba de carácter fundamental, el hecho probado –objeto de prueba– y el sentenciador del nuevo proceso en que se quiere hacer valer; porque el juez solo percibe la representación de los hechos por intermedio de la transcripción gráfica certificada de la cual podrá inducir o inferir la existencia del hecho o los hechos que se pretende probar. Desde otra perspectiva, las fotografías, las testificales, la confesión, la inspección judicial utilizadas y valoradas en el primer juicio serían prueba directa en tanto que ellas servirían para demostrar de una manera directa el hecho o hechos controvertidos. Según el trabajo antes mencionado la prueba trasladada no tiene contenido propio, pues éste deriva de otra prueba ya promovida y evacuada. Tal cosa nos permite afirmar que la prueba trasladada como tal no tiene contenido propio, carece de esencia, no es un tipo de prueba, a lo sumo es una herramienta que permite vehicular una determinada prueba –inspección judicial, ocular, testimonial, posiciones juradas, experticias o prueba libre– en un proceso distinto a aquel en que fue originalmente promovida y evacuada. Si bien es cierto que ni la legislación, ni la doctrina de nuestro país han hecho pronunciamiento sobre la prueba trasladada o son pocos sus pronunciamientos, no es menos cierto que la sentencia de la Corte Superior en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y estado Miranda, de fecha 30 de abril del año 1962, señaló que son válidas en un juicio las pruebas evacuadas en otro que tuvo lugar entre las mismas partes, porque la parte interesada tuvo la oportunidad de hacer valer contra ellas los medios de verificación e impugnación que la ley otorga en el juicio en el cual se produjeron (...) Así pues, y al revisar este juzgador exhaustivamente las copias certificadas que como prueba trasladada fueron promovidas constatada que, efectivamente, lo que se persigue es que por ser pruebas, las cuales fueron promovidas y evacuadas en otro juicio, en el cual actuaron las mismas partes, se procure la reducción de gastos judiciales, para conseguir una sentencia más justa y pronta, así como también eliminar el excesivo ritualismo, pues eso conlleva a un desgaste judicial innecesario»; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 12-05-09, exp. 23382, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/282-12-23.382-.html>, «la prueba trasladada requiere que se trate de procesos llevados entre las mismas partes, y si las partes son parcialmente distintas, la

La doctrina señala que la norma contiene la impropiedad de referirse al tercero coautor del adulterio y no al cónyuge adúltero —«El declarado en juicio adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate»<sup>133</sup>—, exclusión que pareciera absurda<sup>134</sup>, pero que justifica TORRES-RIVERO porque puede que el causante haya decidido perdonar «hasta por sinvergüenza» a su cónyuge lo que en lo civil equivale a una reconciliación, de allí que el autor concluya que «es explicable, por tanto, que el legislador haya establecido la causal únicamente para el tercero coautor, ya que resultaría inútil que incluya al cónyuge adúltero, quien frente al otro cónyuge mantiene la vocación sucesoral si hubo reconciliación, o la pierde en caso de divorcio o de separación de cuerpos contenciosa»<sup>135</sup>. Por lo que dado

---

parte que no actuó en el anterior proceso, debe contar con la oportunidad de controlar la prueba, dado el elemental principio de que una prueba no puede producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde dicha prueba fue admitida y evacuada»; Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 08-07-08, exp. VP01-R-2008-000399, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2251-8-VP01-R-2008-000399-PJ06420080000133.html>, para su validez se precisa vigencia del principio de bilateralidad; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, sent. del 15-02-08, exp. 17078, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/723-15-17.078-.html>; Juzgado Tercero de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 13-08-09, exp. 5573, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/1347-13-5573-.html>; TSJ/SCS, sent. N.º 307, del 28-05-02, «Las copias certificadas consignadas por el demandado no pueden ser consideradas lo que la doctrina y la jurisprudencia patria denominan “prueba trasladada”, por cuanto en aquel y en este juicio los demandantes no son los mismos y, por tanto, los hechos controvertidos también son disímiles».

<sup>133</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 113, el Código no se refiere al cónyuge adúltero del causante, sino al tercero que incurrió en una relación adúltera con el cónyuge del *de cuius*, si este tercero es llamado a suceder con forme al orden legal, su relación de adulterio con el cónyuge del causante lo incapacita para suceder; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 261.

<sup>134</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 261, comenta el autor que ningún autor venezolano toca el punto.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, p. 262.

que la sanción debe interpretarse estrictamente debería –a decir del autor– reformarse legalmente<sup>136</sup>.

El cónyuge del *de cujus*, obviamente es coautor de adulterio<sup>137</sup>. La verdad es que, por más ingenio que se aporte en justificar la exclusión de la causal al cónyuge adúltero del causante, el asunto no resiste mayor análisis, no obstante el carácter taxativo de las incapacidades, toda vez que el adulterio no puede ser individual; el argumento del perdón no resulta convincente porque perfectamente el causante podía desconocer el hecho o, de conocerlo, diversos motivos distintos al perdón podrían justificar su inacción. La situación de que el cónyuge adúltero del causante no resulte afectado por la presente sanción sucesoria a diferencia del pariente adúltero llamado *ab intestato* –con quien consumó la unión carnal–, constituye una ilógica inmoralidad –para no utilizar términos poco elegantes– que contraría la propia esencia de la indignidad. Se pudiera llegar al absurdo de que el propio cónyuge adúltero del *de cujus* pretenda la indignidad del sucesor –pariente del causante en la sucesión *ab intestato*– con quien consumó el adulterio<sup>138</sup>. Resultaría más sano eliminar la citada causal que consagrar tan injustificada diferencia.

Señalaba ESPARZA que la manera en la que está redactada la disposición obliga a excluir de la causal al cónyuge adúltero del causante, pero acota

---

<sup>136</sup> *Ibíd.*, p. 263, considera el autor que ha incluirse que, a pesar de que el juicio de divorcio o de separación de cuerpos termina por la muerte de uno de los cónyuges, debe continuar a los solos efectos del adulterio del cónyuge sobreviviente, si ello fuere la base de la acción.

<sup>137</sup> Véase sobre el adulterio –aunque a propósito de causal de divorcio–, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual...*, pp. 155-161 –unión carnal entre un hombre y una mujer si uno de ellos está casado–.

<sup>138</sup> Pero de presentarse tan insólito e inmoral supuesto, la causal en comentario sería violatoria del principio de igualdad consagrada en la Carta Magna (artículo 21.1) y por ende susceptible de desaplicación (Constitución, artículos 334.1 y 44.3; 20 del Código de Procedimiento Civil) por configurar un tratamiento distinto entre los coautores del adulterio, cuando en esencia mayor gravedad reviste el adulterio del cónyuge del causante.

que «sin embargo, al cónyuge le sería aplicable la causal primera, es decir la que se refiere a la comisión de un hecho punible que merezca pena de prisión superior a seis meses, si la sanción por el delito de adulterio alcanza ese tiempo»<sup>139</sup>. Pero reiteramos que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal declaró la nulidad de las normas penales reativas al adulterio como delito<sup>140</sup>, por lo que el punto actualmente no puede resolverse con base en la causal primera del artículo 810 Código Civil.

Respecto a la tercera causal, el incumplimiento «injustificado» de la obligación de alimentos<sup>141</sup>. No se requiere que esta prestación alimentaria fuera acordada judicialmente, pues el legislador no lo exige expresamente, basta con la existencia de condiciones que la justifiquen<sup>142</sup>. Se indica que es necesario que exista la obligación legal de alimentos, que se hayan tenido medios económicos y que, no obstante, el sucesor se haya negado a satisfacerla<sup>143</sup>. Se afirma que se precisa declaración judicial que declare la indignidad por la presente causal<sup>144</sup>. TORRES-RIVERO considera que ello

---

<sup>139</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 114.

<sup>140</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 738, citada *supra*.

<sup>141</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. 1, pp. 263-266. La obligación de alimentos en el ámbito de los menores de edad, la denomina la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007 «obligación de manutención» (véase artículos 365 y ss.).

<sup>142</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 114.

<sup>143</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 79.

<sup>144</sup> Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 03-10-12, exp. 13284, <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2012/octubre/515-3-13284-10.html>, «se declara inadmisibles la reconvencción o mutua petición presentada en el juicio especial de partición, mucho más cuando el motivo de la reconvencción de la parte demandada se basa entre otros aspectos, en el supuesto contemplado en el numeral tercero del artículo 810 del Código Civil que trata la incapacidad relativa para suceder *ab intestato* por indigno a “Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello”, la cual solo es posible previa existencia de una sentencia definitivamente firme que así lo declare».

no se extiende al «cónyuge» porque este no es pariente<sup>145</sup>, por lo que señala ESPARZA que en atención al carácter taxativo de las causales de indignidad no es extensible el supuesto al cónyuge, y no será posible corregir este posible error en la enunciación legislativa mediante interpretación analógica o extensiva<sup>146</sup>. Debe recordarse, sin embargo, que existe una diferencia sustancial entre la analogía y la interpretación extensiva –los términos no son sinónimos–; la primera supone aplicar a un supuesto no previsto por el legislador la misma consecuencia jurídica, la segunda implica que el texto de la ley se quedó corto en relación con su espíritu, por lo que la respectiva corrección viene autorizada por la propia ley. Las limitaciones a la capacidad sí admiten dentro de sus justos límites la interpretación extensiva; lo que ciertamente está vedado es la analogía<sup>147</sup>. En el caso que nos

---

<sup>145</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 264.

<sup>146</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 114.

<sup>147</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 494-497, Señala CASTÁN TOBEÑAS que la idea de que las normas excepcionales no admiten la interpretación extensiva es solo el resultado de la confusión entre esta y la analogía. La jurisprudencia española ha reconocido que no es siempre cierto que las normas de Derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas del juego de la interpretación extensiva, ni rechacen el empleo del procedimiento analógico, ya que la norma relativamente excepcional puede consentir la aplicación de esta última dentro del ámbito de su contenido estricto y en tanto la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado. Se ha indicado que fuera del Derecho Penal, las disposiciones taxativas y las excepcionales rige la admisibilidad de la analogía, pues la excepción es la aplicación del argumento a contrario. FRANCISCO PARRA también indica que «la norma de excepción no admite analogía». Obsérvese, pues, que la prohibición respecto de las normas excepcionales se refiere a la analogía y no a la interpretación extensiva. Refiere sabiamente ORGAZ que el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, significa que la incapacidad no puede extenderse por analogía a otros supuestos no previstos por la norma. La analogía jamás procede en leyes excepcionales. Esto no quiere decir que la incapacidad deba interpretarse siempre restrictivamente –como suele afirmarse con ligereza– ni siquiera que sean de interpretación estricta. Las leyes que sancionan la incapacidad deben ser interpretadas con propiedad, esto es, penetrando en su inteligencia y en su voluntad real: el resultado de esta interpretación puede conducir, también aquí, a restringir el alcance de la ley cuando el texto aparezca excesivamente amplio –restrictiva– o ampliar

ocupa es obvio que el texto de la ley debe referirse a «familiares» en lugar de «parientes». En sentido semejante, a propósito de las causales de indignidad se ha pronunciado la doctrina extranjera señalando que el término «pariente» presenta una sinonimia con el término «heredero»<sup>148</sup>.

Sería un contrasentido ante el incumplimiento «injustificado» del deber de alimentos del cónyuge, que pretenda este no incurrir en «indignidad» porque la ley alude a «parientes» cuando lo cierto que debe mediar una interpretación correctiva de tal término por «familiares», ya que el estado

---

ese alcance cuando se demuestre que el texto está redactado con demasiada limitación –interpretación extensiva–. Estos resultados serán correctos siempre que la interpretación lo sea. Lo único que está vedado es extender incapacidades a casos de ningún modo comprendidos en la ley, ni expresa ni implícitamente, que es, por definición, la hipótesis de la analogía. Siguiendo estas ideas, y entendiendo el criterio que permite distinguir entre interpretación extensiva y analogía podemos sostener que las limitaciones a la capacidad no pueden ser objeto de analogía, pero sí de interpretación extensiva, porque esta última implica que el supuesto en concreto se encuentra dentro del espíritu de la norma aunque no en su letra. La analogía por el contrario, alude a un supuesto no previsto ni por el texto ni por el espíritu de la ley. De manera que podemos concluir, no como una regla pero sí como un criterio orientador, que en efecto, las normas que limitan la capacidad no pueden ser objeto de analogía. Respecto a la interpretación extensiva, nos atrevemos a sostener que la misma en ocasiones sería procedente, obviamente manteniendo los justos límites que impone lo delicado del contexto en cuestión.

<sup>148</sup> Véase ZANNONI, ob. cit., p. 85, a propósito de la causal que establece en el Derecho argentino «el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo...», el término «pariente» empleado por la ley no solo alude a quienes gozan de vocación legítima, sino también contra el heredero instituido que incurrió en abandono. Se produce la sinonimia accidental a la que alude RÉBORA entre el término «pariente» y el término «heredero». Véase también: ROLLERI, Gabriel *et al.*: «Legitimación activa de la acción de indignidad». En: *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. v Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión N.º 6 (Sucesiones)*. Córdoba, 23, 24 y 25 de setiembre de 2009, [http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/legitimacion\\_activa\\_accion\\_indignidad\\_rolleri.doc](http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/legitimacion_activa_accion_indignidad_rolleri.doc), «coincidimos con la mayor parte de la doctrina en extender el concepto “pariente” como sinónimo de “heredero”, pero dejando en claro que la legitimación debe ser más amplia aún, a otros interesados que pretendan excluir al indigno».

«familiar» incluye a los parientes, así como al cónyuge<sup>149</sup> y al concubino. No se puede extender la incapacidad por analogía, pero sí se puede interpretar correctivamente en función del espíritu de la ley y la finalidad de la institución especialmente en función de criterios de igualdad.

Se aprecia decisión judicial que declara con lugar la indignidad con base en la causal referida de incumplimiento de obligación de alimentos, respecto de una madre con ocasión de la sucesión de su fallecido hijo, toda vez que quienes habían contribuido a su cuidado fueron otros familiares<sup>150</sup>.

En otras legislaciones rigen otras causales como el abandono del familiar<sup>151</sup>, la falta de reconocimiento filiatorio<sup>152</sup> o no aceptar el cargo de albacea<sup>153</sup>. Se han propuesto otras causales en ordenamientos extranjeros con especial referencia a la «problemática actual de desamparo de algunos

---

<sup>149</sup> Lo cierto es que sobre los esposos pesa el deber de alimentos con características más especiales porque ni siquiera se precisa –al igual que en caso de menores– probar el estado de necesidad; se trata de una obligación consustancial al estado conyugal como parte del deber de socorro.

<sup>150</sup> Véase: Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 15-01-16, exp. AP11-V-2012-000638, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/enero/2122-15-ap11-v-2012-000638-pj0072016000004.html>, «este Tribunal llega a la conclusión de que la ciudadana demandada incumplió con su obligación de alimentos establecida en el artículo 282 del Código Civil, de modo que incurrió en la causal contenida en el ordinal 3º del artículo 810 del Código Civil, por lo que este Tribunal se ve forzado a declarar con lugar la demanda y en consecuencia incapaz para suceder por indignidad».

<sup>151</sup> Véase: ZANNONI, ob. cit., p. 85, Cámara de Apelaciones de Trelew, sent. N.º 034, del 11-11-08, <http://blog.juschubut.gov.ar/sijblog/2010/01/indignidad-sucesoria-concepto.html>, «Declarar formalmente que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3295, 3302, 3303 y ss. del Código Civil, la demandada de autos, sra. A. A. F., es indigna de suceder a su madre, sra. G. C., por haber configurado su conducta la causal de indignidad prevista y sancionada por el artículo 3295 del Código Civil –abandono de su madre demente–».

<sup>152</sup> Véase ZANNONI, ob. cit., p. 86.

<sup>153</sup> Véase *infra* XII.2.

sectores de la sociedad en riesgo como la ancianidad en desamparo y la violencia de género»<sup>154</sup>. Sería recomendable de *lege ferenda* ampliar la causal comentada, no limitándola al incumplimiento técnico de la obligación de alimentos, y acoger una fórmula más genérica asociada al «abandono», que permitiría incluir la desidia afectiva respecto del causante. Logrando así una justicia material respecto de quienes nunca se han ocupado afectivamente del *de cuius* especialmente en supuestos de ancianidad y discapacidad; caso no poco común en la realidad cotidiana<sup>155</sup>.

La indignidad se presenta como una sanción civil exclusiva de la persona natural<sup>156</sup> que priva de la capacidad de suceder en razón de haberse configurado alguno de los hechos o circunstancias que la ley taxativamente considera ofensivos o injuriosos respecto de la persona del causante. Es, pues, una incapacidad relativa de goce que impone el orden jurídico como una suerte de sanción moral<sup>157</sup>; la conducta del llamado a suceder es ofensiva

---

<sup>154</sup> MOREDA, Liliana Alicia y LUJAN MILLÁN, Liliana: «Inclusión nuevas causales de indignidad». En: *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. v Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión N.º 6 (Sucesiones)*. Córdoba, 23, 24 y 25 de setiembre de 2009, [http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/inclusion\\_nuevas\\_causales\\_indignidad\\_moreda\\_millan.doc](http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/inclusion_nuevas_causales_indignidad_moreda_millan.doc).

<sup>155</sup> Véase: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 444, Las causas de indignidad deben reformularse con independencia de los tipos delictivos del Código Penal. Deben ser causas de indignidad todo tipo de malos tratos de obra y palabra entre cualesquiera llamados a sucederse entre sí, sea por derecho propio o por derecho de representación, incluyendo no prestarse alimentos entre obligados; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La negativa de atención o alimentos al causante como causal de incapacidad para suceder (*rectius* inhabilitación o exclusión sucesoria)». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año VI, N.º 5. Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 162-167.

<sup>156</sup> Véase: KRIEG, Claude: *L'indignité en Droit Successoral suisse*. Lausanne, Université de Lausanne, (tesis), 1966, p. 35, solo las personas psíquicas pueden ser declaradas indignas, el instituto no aplica a las personas morales.

<sup>157</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 56 y 57. Véase: CÓRDOBA *et al.*, ob. cit., p. 89, para algunos la indignidad no es una incapacidad, sino una causa que contraría la vocación sucesoria.

a la memoria del *de cuius*, no haciéndolo merecedor de suceder, y de allí la denominación de «indigno».

Es, pues, una pena civil que impone la ley contra el heredero o legatario por un agravio al *de cuius*<sup>158</sup>. La indignidad es una sanción establecida por la ley, cuando el llamado a título universal o singular, ya sea por ley o testamento, haya incurrido en conductas que «... representan agresiones o menoscabos a la integridad, a la libertad, el honor, la salud, las afecciones o la memoria del causante». El fundamento es, pues, doble: está en la presunta voluntad del causante y también en el sentimiento de moral social<sup>159</sup>. «La indignidad es una sanción legal que provoca la pérdida del derecho hereditario del sucesor que ha cometido en agravio del causante un hecho grave previsto en la ley; es decir, pesan sobre aquel sucesor de la herencia testada o intestada razones graves de carácter moral que le privan heredar»<sup>160</sup> ROJAS indica que a la indignidad se le atribuyen distintos sentidos: como una «pena», una desheredación legal, la pérdida de la capacidad relativa de suceder, causa de exclusión o caducidad del derecho hereditario<sup>161</sup>. La indignidad en sus orígenes aparece asociada a la desheredación, incluso

<sup>158</sup> ROMERO CIFUENTES, ob. cit., p. 30. Véase también: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 59, la indignidad constituye una sanción civil que tiene de común con la penal, su falta de función satisfactoria del derecho violado, ya que no tiende a reintegrarlo; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 63, la indignidad es la exclusión de la sucesión pronunciada a título de pena contra quien ha sido culpable de faltas graves contra el difunto y su memoria.

<sup>159</sup> CIARROCCA DE CERVETTO, Laura: «Indignidad, desheredación y legítima». En: *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. V Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión N.º 6 (Sucesiones)*. Córdoba, 23, 24 y 25 de setiembre de 2009, [http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/indignidad\\_desheredacion\\_legitima\\_ciarrocca\\_cervetto.doc](http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/indignidad_desheredacion_legitima_ciarrocca_cervetto.doc).

<sup>160</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*. En el mismo sentido: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sala de Juicio N.º 3, sent. del 25-09-08, citada *supra*.

<sup>161</sup> ROJAS, ob. cit., pp. 52 y 53.

desde el Derecho romano<sup>162</sup>; otros ordenamientos consagran la desheredación que atiende mayormente a la voluntad privada del causante, por las causas de ley, entre las que ubica la indignidad<sup>163</sup>, pero nuestro Derecho no prevé la desheredación, sino la indignidad como causa de suceder que para algunos es una suerte de desheredación legal.

Para POLACCO, su fundamento deriva básicamente de la presunta voluntad del causante, toda vez que este puede condonar la falta<sup>164</sup>. Efectivamente, la inmoralidad cometida cede ante la rehabilitación del causante, funcionando esta como excepción a la incapacidad. Siendo así una suerte de excepción al carácter de orden público o insubsanable de las incapacidades de goce.

La indignidad para suceder ha sido calificada por un sector de la doctrina patria como una «incapacidad especial de goce», que se traduce en una suerte de prohibición de ley por razones de moralidad<sup>165</sup>. La indignidad deriva de la conducta incorrecta, censurable y bochornosa<sup>166</sup>, que se aprecia no solo en el Derecho Sucesoral, sino en el Derecho de Familia en general, en materia de donaciones (artículo 1459 del Código Civil)

---

<sup>162</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 80; MOREDA y LUJAN MILLÁN, ob. cit., «La institución de la indignidad, tiene su origen en el Derecho romano, En este, a la par de la *exheredatio*, con la que se protegía el interés privado tutelando el resentimiento personal del ofendido contra el ofensor, quien podía o no ejercitar esa facultad, existía la indignidad, que tutelaba más bien el interés público, en cuanto repugnaba a la conciencia social que se pudiese suceder a quien se había hecho víctima de ultraje de cierta gravedad». Véase sobre la indignidad en el Derecho romano: REIMUNDO, Benito María: *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*. Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983.

<sup>163</sup> Véase: FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 59; ALBALADEJO, ob. cit., p. 397; CIARROCCA DE CERVETTO, ob. cit. Véase sobre la diferencia entre indignidad y desheredación: ALONSO TÍTICA, ob. cit., *passim*.

<sup>164</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 65.

<sup>165</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 56 y 57; KRIEG, ob. cit., p. 106, la indignidad entraña una incapacidad legal relativa de suceder.

<sup>166</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 238.

y alimentos (artículo 292 *eiusdem*)<sup>167</sup>. Ello, pues es inmoral o contrario al respeto familiar pretender suceder cuando se está incurso en un agravio grave contra el causante estipulado por la ley.

En el Derecho extranjero, LÓPEZ DEL CARRIL –siguiendo a MARTÍNEZ PAZ–, sostiene que la incapacidad y la indignidad no son la misma cosa, porque en la primera hay falta de cualidades legales para suceder, en tanto que en la indignidad tiene lugar la inconducta de una persona con respecto al causante o su memoria, y cuyo derecho a sucederlo es declarado caduco en un juicio al efecto<sup>168</sup>. En su opinión, la indignidad no es una incapacidad para suceder, sino simplemente una causa que contraría la vocación sucesoria al ser declarada judicialmente<sup>169</sup>. Al indigno se le reputa inepto para suceder, con una sanción relativa –no absoluta– a una herencia determinada, en razón de una acción ilícita<sup>170</sup>. «La demanda mediante la cual se solicita la declaratoria de indignidad de alguno de los herederos conforme a los extremos exigidos en el artículo 810 del Código Civil, tiene como finalidad en primer término la declaratoria de una incapacidad relativa para suceder del heredero como sanción moral ante una conducta bochornosa del mismo ejecutada contra el *de cuius* o las otras personas mencionadas en el prenombrado artículo del Código Civil»<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> Véase: *Ibíd.*, pp. 238-243.

<sup>168</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, *ob. cit.*, p. 17. Véase también: JOSSERAND, *ob. cit.*, vol. II, p. 19, la teoría de la indignidad es completamente distinta de la incapacidad; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica». En: *Revista de Derecho*, N.º 1, UNED 2006, p. 173, la relación entre indignidad e incapacidad no suscita opiniones concordantes en la doctrina.

<sup>169</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, *ob. cit.*, pp. 18 y 19.

<sup>170</sup> GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>171</sup> Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 16-09-04, exp. BH01-X-2004-000035, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1066-16-BH01-X-2004-000035-.html>, agrega: «pero tiene como finalidad ulterior el establecer el derecho de acrecer de los restantes herederos de conformidad con lo previsto en el artículo 942 y siguientes del Código Civil, es decir, de hacerse de la cuota hereditaria que en condiciones normales le hubiese correspondido al heredero declarado indigno».

Señala LÓPEZ DEL CARRIL que el indigno es capaz de suceder plenamente al momento del deceso del *de cuius*, pues es imposible que en ese instante exista pronunciamiento mediante sentencia civil que lo declare como tal<sup>172</sup>. La indignidad no opera de pleno derecho o *ipso iure*, sino mediante declaración judicial<sup>173</sup> y en juicio contradictorio»<sup>174</sup>. La figura, según refiere acertadamente la jurisprudencia, «no opera de pleno derecho y se requiere que la acción sea incoada por el interesado con vocación hereditaria y que el tribunal expresamente haga la declaratoria de indignidad<sup>175</sup>. Señala TORRES-

---

sea cual fuere el valor monetario de dicha cuota hereditaria, pero no es fin de esta acción el reparar los daños y perjuicios que uno de los coherederos pudo ocasionarle a los restantes, en cuyo caso es imperioso determinar la cuantía del daño, monto al cual estará supeditada la indemnización que se pueda acordar judicialmente».

<sup>172</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 18. Véase en igual sentido: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 266, no es posible en vida ejercer la acción de indignidad, puesto que mientras la persona esté viva lo que hay es vocación de suceder, expectativa en sucesión futura.

<sup>173</sup> Véase: LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 17; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 44; ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 122, «es cierto que la indignidad ha de ser declarada judicialmente, no opera *ipso iure*»; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 15, esta incapacidad relativa debe ser declarada por un Tribunal; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 20, «la indignidad para ser invocada debe haber sido declarada»; ZANNONI, ob. cit., p. 80, la indignidad se hace efectiva cuando ha sido declarada judicialmente, el estado potencial de indignidad no constituye ninguna anomalía de la vocación hereditaria, pues mientras no exista tal declaración no surte ningún efecto jurídico; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XIII, p. 109; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, ob. cit., p. 89, la postura más probable apunta a que debe ser declarada por sentencia firme, y causa típica y probada.

<sup>174</sup> Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Área Metropolitana de Caracas, sent. del 29-11-99, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, t. CLX, p. 22, agrega: No basta, por título, el simple alegato de indignidad, si los demandados pretendían tal declaratoria debieron proponerla por vía de reconvencción para permitir a los demandantes ejercer su derecho a la defensa; la causal alegada de indignidad supone incumplimiento de la obligación alimentaria y esta obligación a su vez presupone que quien la exija se encuentre en la imposibilidad de proporcionarse alimentos (artículo 289 del Código Civil), circunstancia que tampoco fue alegada por los demandados.

<sup>175</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*; Tribunal de

RIVERO que, si bien las causales de indignidad son de taxativas y de orden público, es de orden privado plantearla, «por lo que es menester el juicio. Se precisa accionarla —demanda, o reconvencción o contrademanda—, probarla y que se declare»<sup>176</sup>.

Algunos pretenden sostener, sin embargo, la necesidad de la acción únicamente cuando el indigno se encuentra en posesión de los bienes<sup>177</sup>. Otros señalan que, vista que la primera causal de indignidad presupone una sentencia penal, sería suficiente con la misma a diferencia de las demás causales<sup>178</sup>. El adulterio ha de probarse en el respectivo juicio de indignidad pero no configura «delito» actualmente; en cuanto a la primera causal se aprecian decisiones judiciales emanadas de la jurisdicción civil donde efectivamente se hizo valer la respectiva sentencia penal<sup>179</sup> —que será prueba

---

Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sala de Juicio N.º 3, sent. del 25-09-08, citada *supra*. Véase también: Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 03-08-06, exp. 30813-2004, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/1327-3-30813-.html>, «... así como tampoco consta en autos la declaratoria de indignidad del ciudadano (...) alegada por la abogada para impedir este herede a la causante»; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 17-11-05, exp. 8567-05, <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/283-17-8567-05-.html>, «... la misma constituye una sanción que debe ser declarada en sede judicial para que surta efectos los cuales se traducen en la pérdida de la herencia aplicable en los casos de sucesiones testadas e intestadas cuando concurren algunas de las causales expresamente señaladas en el artículo 810 del Código Civil...».

<sup>176</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 271.

<sup>177</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 80, la acción, a su criterio, solo precisa ser ejercida cuando el indigno se encuentra de hecho en posesión del patrimonio hereditario; LAURENT, ob. cit., t. IX, p. 27.

<sup>178</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 116, comenta que cuando no se precise sentencia penal será discutido en disputa judicial del sucesor calificado como indigno si reclama su derecho a heredar o cuando se le exija la restitución de lo que ha tomado, pero tal sentencia será solamente «constitutiva» de la situación de indignidad.

<sup>179</sup> Véase citadas *supra*: Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 07-10-03;

suficiente<sup>180</sup>—, pero recordemos que pudiera no existir la sentencia penal, como en el caso del suicidio en que la causal precisará necesariamente ser acreditada por primera vez en juicio civil. Por lo que sería más prudente concluir, dada la naturaleza de sanción —a fin de evitar la discusión de una defensa relativa a la prescripción—, que la declaratoria de indignidad se hace necesaria cuando el indigno no acepte voluntaria y formalmente su condición de tal. Es decir, como acontece con cualquier acción, el actor o demandante acude a la jurisdicción, porque ante la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, precisa de una decisión judicial. Obviamente, de existir sentencia penal definitivamente firme, será suficiente hacerla valer dentro del respectivo juicio de declaratorio de indignidad.

No puede el causante por vía testamentaria pretender declarar la indignidad del heredero porque ello equivaldría a una desheredación no admisible en nuestro ordenamiento que impone el respeto a la legítima<sup>181</sup>. De tal suerte, que dada la gravedad de sus consecuencias, la indignidad es independiente de la declaratoria del testador. La voluntad de este tiene cabida solo a los efectos de la rehabilitación del indigno, mas no para configurar la incapacidad o sanción bajo análisis.

El efecto de la declaratoria de indignidad es la pérdida de la herencia de su causante, con el cargo devolver los bienes que posee y que forman parte

---

Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05; TSJ/SCC, sent. N.º 205.

<sup>180</sup> Véase: ALONSO TRICA, ob. cit., «Que el o los accionantes prueben dentro del proceso los hechos constitutivos de la indignidad, salvo que se trate de causas de puro derecho».

<sup>181</sup> Véase apertura de testamento cerrado, señalando se tomen las acciones al respecto: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y del Trabajo, sent. del 15-06-06, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1242-15-4769-4769-.html>, «... entonces he permanecido enfermo hasta la presente fecha y la que dice ser mi esposa me abandonó en los momentos más difíciles de mi vida. Es mi voluntad, que se tomen las acciones necesarias para anular el matrimonio entre mi persona y la ciudadana (...) por estar fundado en vicios del consentimiento o declararla indigna para suceder».

del patrimonio del causante y restituir los frutos de que haya gozado desde la apertura de la sucesión como lo preceptúa el artículo 812 del Código Civil<sup>182</sup>: «El excluido como indigno quedará en el deber de restituir todos los frutos de que haya gozado desde la apertura de la sucesión». El indigno no debe, pues, retener los bienes ni recibir beneficio derivado de una sucesión que para él no surtió efecto alguno en razón de su conducta.

La indignidad es una causa de exclusión meramente personal<sup>183</sup>, pues tiene carácter personalísimo por propia disposición de ley por lo que no se transmite a los descendientes del indigno, según el artículo 813 del Código Civil que prevé: «La indignidad del padre, o de la madre, o de los descendientes, no daña a sus hijos, o descendientes, ora sucedan por derecho propio, ora sucedan por representación. En este caso ni el padre ni la madre tienen, sobre la parte de la herencia que pasa a sus hijos, los derechos de administración que acuerda la Ley a los padres de familia». Pues, como refiere FARRERA, constituye un principio de justicia que cada quien debe cargar con sus propias culpas<sup>184</sup>.

Sin embargo, el carácter de incapacidad de goce de la indignidad excepcionalmente cede por voluntad del propio causante a tener del artículo 811 del Código Civil que prevé: «Quien haya incurrido en la indignidad puede ser admitido a suceder, cuando la persona de cuya sucesión se trate lo haya rehabilitado por acto auténtico». En la doctrina española se considera que dicho instrumento auténtico puede ser un testamento posterior donde se incluya una rehabilitación tácita, porque sin ser expresamente rehabilitado, el causante procede a instituir al indigno<sup>185</sup>. Consideración

---

<sup>182</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*. En el mismo sentido: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sala de Juicio N.º 3, sent. del 25-09-08, citada *supra*.

<sup>183</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 77; RAMÍREZ, ob. cit., p. 200.

<sup>184</sup> FARRERA, ob. cit., p. 39.

<sup>185</sup> Véase: ALBALADEJO, ob. cit., p. 86; SERRANO ALONSO, *Manual...*, pp. 43 y 44; MESSINEO, ob. cit., p. 46.

compartida por la doctrina nacional, según la cual la rehabilitación en nuestro orden actual puede ser expresa o tácita siempre que sea clara la voluntad de causante<sup>186</sup>. ROJAS, por su parte, indica que no basta que el causante haya favorecido al indigno nombrándolo heredero o legatario, pues la ley quiere que la condonación sea declarada y el testador puede haber ignorado la causa<sup>187</sup>. La rehabilitación tácita se traduce —a nuestro criterio— en el otorgamiento de una disposición testamentaria a favor del presunto indigno con posterioridad a la causa que le dio origen. El argumento o alegato de que el testador desconocía la indignidad, corresponderá probarlo a quien lo alegue a los fines de la procedencia del instituto, en el juicio correspondiente al efecto<sup>188</sup>.

La rehabilitación constituye una excepción legal al carácter de orden público de las incapacidades especiales de goce en que la voluntad del particular tiene cabida por propia disposición de ley (artículo 811). De tal suerte que no presenta carácter imperativo o de orden público<sup>189</sup>, porque el legislador le confirió un papel fundamental a la voluntad del sujeto pasivo de la indignidad, esto es, al causante<sup>190</sup>. Agrega la doctrina que el perdón del causante no admite prueba en contrario aunque pueda someterlo al

---

<sup>186</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 84, con inclusión de nota al pie N.º 23, reseña que los códigos anteriores al de 1942 solo permitían la rehabilitación expresa; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 120 y 121, la moderna doctrina italiana acepta tanto la rehabilitación expresa como la implícita, esta última procede del llamamiento testamentario que se hace a quien había incurrido en indignidad siempre que el testador lo hiciera a sabiendas de la misma; doctrina que es perfectamente aplicable a nuestro régimen sucesorio.

<sup>187</sup> ROJAS, ob. cit., pp. 56 y 57.

<sup>188</sup> Más exactamente, lo que se probaría es que el testador no tuvo posibilidad de conocer los hechos que configuran la indignidad y por tal ignorancia dispuso a favor del indigno.

<sup>189</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 32, «la indignidad del heredero solo atañe en realidad a su causante: puede éste por tanto remitir el mal o la ofensa que se le hizo. No hay en ese punto nada de orden público...».

<sup>190</sup> GUTIÉRREZ BARRENGOIA, *et al.*, ob. cit., pp. 60 y 61.

cumplimiento de ciertas condiciones<sup>191</sup>. La rehabilitación supone la devolución de la capacidad de suceder para el indigno<sup>192</sup> y no es revocable<sup>193</sup>. No debe confundirse la declaración expresa de rehabilitar, que es un acto unilateral y formal, con la reconciliación o perdón<sup>194</sup>. Se afirma que la indignidad se basa en la presunción *iuris tantum* de la voluntad del testador, relativa a que este hubiese excluido al indigno<sup>195</sup>; la prueba en contrario para desvirtuar tal presunción, viene dada precisamente por la rehabilitación que haga el propio testador.

La acción de indignidad pertenece a quien corresponda la herencia en lugar del indigno<sup>196</sup> y puede ser ejercida por los sucesores universales que concurren con el indigno, por los sucesores particulares si el legítimo indigno pretende reducir su cuota, y por los acreedores del heredero o del legatario –con autorización judicial–. Tales son los legitimados a los efectos del ejercicio de la acción<sup>197</sup>. La indignidad aplica a la sucesión *ab intestato* y testada<sup>198</sup>. Algunos, sin embargo, pretenden excluir al legatario<sup>199</sup>, lo que es improcedente en nuestro ordenamiento toda vez que

---

<sup>191</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 289; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 14, agrega que cuando se trata de disposición testamentaria el perdón debe ser posterior a los hechos que causaron la indignidad; ROJAS, ob. cit., p. 57.

<sup>192</sup> RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 21.

<sup>193</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 84; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 121.

<sup>194</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 62.

<sup>195</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 1040.

<sup>196</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 16-09-05, citada *supra*. En el mismo sentido Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sala de Juicio N.º 3, sent. del 25-09-08, citada *supra*.

<sup>197</sup> Véase: TOGLIO, ob. cit., «Solo pueden demandar los parientes a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él».

<sup>198</sup> Véase: ALONSO TITICA, ob. cit., «Es una institución que funciona tanto en la sucesión testada como en la sucesión intestada».

<sup>199</sup> Véase referencia de: ZANNONI, ob. cit., pp. 88 y 89, sosteniendo que la acción supone la vocación para suceder en concurrencia o con exclusión del indigno lo que no ocurre con el legatario.

el legatario es un sucesor o causahabiente, y el artículo 810 del Código Civil alude en términos generales a «incapaces de suceder» lo que incluye al sucesor a título particular<sup>200</sup>. En efecto, la indignidad afecta también la capacidad de recibir legados, porque la institución aplica en general a la sucesión aunque sea testamentaria<sup>201</sup>. Entre los legitimados activos se agrega a la Nación, que puede estar interesada por haber sido instituida sucesora o por falta de heredero<sup>202</sup>. Algunos han planteado la necesidad de ampliar la legitimación activa<sup>203</sup>. Es de recordar<sup>204</sup> que al concubino, declarado judicialmente o acreditado mediante el acta respectiva, lo rigen las mismas normas sucesorales que al cónyuge, lo que se extiende a la «indignidad»<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Véase: *Ibíd.*, p. 90, señala la procedencia en el Derecho argentino respecto al legatario, aunque ordenamientos como el francés la consideran exclusiva de la sucesión legítima pues respecto de la sucesión testamentaria—legados y donaciones— aplica la revocación por ingratitud. Véase sobre el Derecho francés: PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 77, el indigno pierde sus derechos hereditarios en la sucesión *ab intestato*, pero solo esos derechos. Una liberalidad solo podría ser impugnada por los artículos correspondientes.

<sup>201</sup> DOMINICI, *ob. cit.*, p. 33, las donaciones anteriores tendrían que ser revocadas por causa de ingratitud.

<sup>202</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 272; ROLLERI, *ob. cit.*, «consideramos que se encuentra legitimado y puede demandar la indignidad, si por falta del indigno tiene que recibir los bienes hereditarios (...) Autores como MACHADO, RÉBORA, MEDINA, PÉREZ LASALA, CÓRDOBA, LEVY, SOLARI, WAIGMASTER y ZANNONI, admiten su legitimación. Este último sostiene que el Fisco siempre tiene un interés legítimo para controvertir la vocación de sucesores cuando tal controversia lleva a la vacancia de de la herencia».

<sup>203</sup> Véase: ROLLERI, *ob. cit.*, «Si consideramos a la indignidad como un instituto que vela por el buen orden y la moral social, podremos ver con gran claridad cuán conveniente sería que su legitimación activa sea ampliada. Ello se debe a que aumentaría el número de personas capaces de controlar aquellas situaciones reprochables por nuestro sistema, disminuyendo así en gran cantidad el número de situaciones que han de quedar impunes».

<sup>204</sup> Véase *supra* 4.

<sup>205</sup> Véase: TSJ/SC, 1682, del 15-07-05; Juzgado de Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 14-01-09, exp. 10818, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/222-19-10.818-10.818.html>, «... se establece como un efecto lógico el derecho sucesoral de la concubina sobreviviente, sobre los bienes del concubino fallecido al cual

Dicha acción pretende que por vía judicial sea revocada la delación a favor del indigno o que sea revocada la cuota que haya recibido. Se indica que, a falta de previsión expresa de plazo para su ejercicio, ha de aplicársele el plazo de prescripción ordinario establecido en el artículo 1011 del Código Civil, a saber, diez años contados a partir de la apertura de la sucesión<sup>206</sup>. Otros consideran que, efectivamente, podrá intentarse la acción de indignidad mientras no se extinga la posibilidad de aceptar, que, si bien está sujeta a la prescripción ordinaria, se trata de una acción real<sup>207</sup>. La acción, a falta de procedimiento especial, se regiría por el juicio ordinario<sup>208</sup>; se aprecia decisión judicial que reseña acción mero declarativa<sup>209</sup>.

---

accede esta en el mismo modo y forma establecida en el Código Civil 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»; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 27-11-07, exp. BP12-R-2007-000213, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1071-27-BP12-R-2007-000213-BP12-R-2007-000213.html>.

<sup>206</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 289 y 290; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 15; ROJAS, ob. cit., pp. 58 y 59.

<sup>207</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 266.

<sup>208</sup> *Ibíd.*, p. 274.

<sup>209</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, sent. del 06-11-06, exp. 13998, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/102-6-13.998-.html>, «la solicitud de indigna efectuada por el ciudadano (...) parte actora en el presente procedimiento se sustanció como una acción mero-declarativa consagrada en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, es decir, con la finalidad de obtener la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o una relación jurídica, pero es el caso, como se señaló anteriormente que si bien es cierto la parte actora en su texto libelar invocó la norma *ut supra*, no es menos cierto que solicitó al Tribunal fuese declarada indigna de suceder (...) Ahora bien por cuanto los asuntos de familia y patrimoniales son de eminente orden público, el cual representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada y visto que en los casos relativos de solicitud de indignos de suceder, se encuentra involucrado el orden público, el cual implica un procedimiento especial para su tramitación, con la intervención del Ministerio Público tal como lo establece el artículo 132 del Código de Procedimiento

### 5.3. *La ausencia*<sup>210</sup>

El ausente es aquella persona natural de cuya existencia se duda, esto es, reina «incertidumbre» sobre su existencia. Nuestro ordenamiento consagra varias fases o etapas del régimen de la ausencia, bien sea bajo el sistema ordinario<sup>211</sup> o bien el supuesto especial de «presunción de muerte por accidente»<sup>212</sup>. Esta última permite acceder directamente<sup>213</sup> a la ausencia declarada o fase de declaración de ausencia para luego acceder con lapsos abreviados a la fase de «presunción de muerte». Pero en ninguno de los casos existe plena prueba de la muerte del individuo, razón por la cual, la ley dispuso de un mecanismo especial que tiende a proveer sobre la incertidumbre del sujeto, sin que se le asimile a la muerte, la cual constituye la única causa extintiva de la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento.

---

Civil, notificación ésta que será previa a toda otra actuación, razón por la cual este Tribunal haciendo uso de las facultades que le confiere la ley y a los fines de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 206 del Código de Procedimiento Civil y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deberá decretar la reposición de la causa al estado de admitir y sustanciar la misma por el procedimiento especial». No creemos que el juicio de indignidad precise de la notificación al Ministerio Público, toda vez que no se encuentra en los referidos por los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>210</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «El procedimiento de ausencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 3, Caracas, 2014, pp. 13-271 ([www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)); GRAVINA, Orlando: «La ausencia». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, N.ºs 43-45, Caracas, Tipografía Vargas, 1972, pp. 107-110; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil 1...*, pp. 463-492.

<sup>211</sup> Véase artículos 418 a 437 del Código Civil.

<sup>212</sup> Véase artículos 438 a 440 del Código Civil; BINSTOCK, Hanna: *La presunción de muerte por accidente en la legislación venezolana*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974.

<sup>213</sup> Esto es, prescindiendo de la primera fase del régimen ordinario, a saber, la presunción de ausencia.

En materia de incapacidad para suceder se cita el caso del ausente, es decir, aquel de quien se duda de su existencia (artículo 442<sup>214</sup> y ss. del Código Civil), quien directamente no puede suceder dada la incertidumbre sobre su subjetividad. De allí que la doctrina lo ubique dentro de la incapacidad general «absoluta» para suceder<sup>215</sup>, aunque no esté expresamente consagrada en la ley<sup>216</sup>. En tal caso, de conformidad con la citada norma, los derechos sucesorios del ausente «declarado», pasan a los que con él hubiesen tenido derecho a concurrir, o a aquellos a quienes corresponda tal sucesión a falta suya, salvando el derecho de representación, con el cumplimiento de la respectiva constitución de caución o garantía<sup>217</sup>. Podría operar la extinción de los derechos sucesorios del ausente por prescripción de conformidad con el artículo 443 del Código Civil.

Reiteramos que la ausencia no se asimila a la muerte, única circunstancia por la que se extingue la subjetividad humana. Respecto del ausente, e inclusive en el caso de la presunción de muerte<sup>218</sup>, subsiste la posibilidad de retorno del ausente, en tanto que la muerte supone la total extinción del ser humano.

---

<sup>214</sup> «Si se abriere una sucesión a la cual se llame en todo o en parte a una persona cuya existencia no conste, la sucesión pasará a los que con esa persona hubiesen tenido derecho a concurrir, o a aquellos a quienes correspondería dicha sucesión a falta suya, salvo el derecho de representación. En este caso se procederá también a hacer inventario formal de los bienes. Aquellos a quienes pasa la sucesión deben dar caución hipotecaria, prendaria o fideyusoria por la cantidad que fije el tribunal. Esta caución se cancelará transcurridos 13 años desde las últimas noticias del ausente, si no ha dejado mandatario para la administración de sus bienes, o 16, en caso de que lo haya dejado, o antes, si se cumplieren los cien años del nacimiento del ausente».

<sup>215</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 288; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 230-237; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 18; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 41.

<sup>216</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 230.

<sup>217</sup> Véase intervención de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en: SERRANO GARCÍA *et al.*, ob. cit. En el caso de una herencia donde es llamado el ausente y no puede aceptarla por estar ausente. La solución es quienes prescindiendo del ausente heredarían y reservan a favor del ausente.

<sup>218</sup> Véase sobre la diferencia entre la muerte y la presunción de muerte: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 164-168.

Precisamente, en razón de la no asimilación entre «ausencia» y «muerte» que rige en nuestro ordenamiento, mal podría ubicarse el caso del ausente en la ya cuestionada categoría de incapacidad por «inexistencia»<sup>219</sup>, a la que nos referimos previamente<sup>220</sup>. Pues, por definición, el ausente no ha perdido su «existencia», sino que se duda de esta, de lo contrario, esto es, de existir prueba de la inexistencia del individuo, lo que operaría sería la muerte.

#### 5.4. *La conmoriencia*<sup>221</sup>

Indicamos que algunos autores incluyen entre las causas de incapacidad para suceder por «inexistencia» los supuestos de premoriencia –muerte previa al causante<sup>222</sup>– y de conmoriencia –muerte simultánea, artículo 994 del Código Civil<sup>223</sup>–. Señalamos, sin embargo, que preferimos excluir la premoriencia –premuerte al *de cujus*– de las causas de incapacidad para suceder porque, según indicamos, no compartimos la idea de una incapacidad por inexistencia toda vez que quien no existe para el momento de la apertura de la sucesión simplemente no tiene personalidad, y mal se puede plantear un

<sup>219</sup> Véase señalando la ausencia dentro de los supuestos de inexistencia: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 68.

<sup>220</sup> Véase *supra* 5.1.

<sup>221</sup> Véase sobre la conmoriencia: PÉREZ GALLARDO: Leonardo B.: «La conmoriencia: venturas y desventuras de una presunción legal». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N.º 146, Caracas, 2008, pp. 427-496; DEL VALLE HILLERMANN, Luis Pedro: *La conmoriencia y el derecho de representación en la sucesión intestada*. Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2005, pp. 11-19, [www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/3999.pdf](http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/3999.pdf); SOLS GARCÍA, Pedro: «Un caso realmente de conmoriencia». En: *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*. Vol. IV. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, pp. 627-634; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 232-243; DE PAGE, ob. cit., pp. 62-72.

<sup>222</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 68; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 217; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>223</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 217 y 218; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 43, toda persona con vocación hereditaria en cualquiera de las respectivas sucesiones que tenga interés jurídico en sostener la muerte anterior de uno o de otro, deberá probarla –experticias médico-forenses–. En ausencia de tal prueba, la ley presume que ambos murieron al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos del uno al otro.

problema de incapacidad siendo la subjetividad presupuesto de esta<sup>224</sup>. De hecho, en ocasiones, la ley alude a «premoriencia» e «incapacidad»<sup>225</sup>, lo que denota que lógicamente constituyen supuestos diversos. De allí que algunas aluden a quienes no pueden ser herederos por falta de personalidad entre quienes incluyen los que hayan fallecido antes del autor –premoriencia–<sup>226</sup>.

Ahora bien, el especial caso de la «conmoriencia»<sup>227</sup> o presunción de muerte simultánea, dada su evidente particularidad, efectivamente se traduce en el caso concreto en una incapacidad para suceder, porque ante la imposibilidad de probar la prioridad en la muerte o premuerte de uno de los llamados a suceder, lo que opera es la presunción de simultaneidad en la muerte, esto es, la conmoriencia. La imposibilidad de probar la inexistencia o muerte previa de uno de los sucesores, los convierte en conmorientes, y por tal incapaces de transmitirse derechos sucesorios.

Tal supuesto, previsto en el artículo 994 del Código Civil: «Si hubiere duda sobre cuál de dos o más individuos llamados recíprocamente a suceder, haya muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte del uno o del otro deberá probarla. A falta de prueba se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos del uno al otro».

Es principio fundamental del Derecho Sucesorio que solo puede heredar o suceder quien sobreviva al difunto<sup>228</sup>. No siempre es posible precisar el

<sup>224</sup> Véase *supra* 5.1.

<sup>225</sup> Véase: artículos 953 –representación testamentaria–, 815 y 820 –representación *ab intestato* según la cual son causas de la misma: la premoriencia, la ausencia y la indignidad– del Código Civil.

<sup>226</sup> Véase: ARCE Y CERVANTES, ob. cit., p. 20.

<sup>227</sup> La expresión denota reunión, comunidad y simultaneidad en la muerte. Véase: DEL VALLE HILLERMANN, ob. cit., p. 11, la voz no existe en el lenguaje español, se trata de una noción jurídica; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil* 1..., pp. 114-118.

<sup>228</sup> DE RUGGIERO, ob. cit., p. 405. Véase también: DE PAGE, ob. cit., p. 63, para suceder es necesario existir en el momento en que se abre la sucesión.

momento exacto de la muerte<sup>229</sup>. Nuestro ordenamiento, en caso de duda en el orden de los fallecimientos, adopta el sistema de la conmorienencia, estableciendo la respectiva presunción al efecto<sup>230</sup>, como acontece en la mayoría de las legislaciones modernas, toda vez que el antiguo sistema de la premoriencia, según el cual sobrevive el más fuerte –según ciertos criterios como la edad o el sexo–, fue desestimado con el curso del tiempo en razón de lo arbitrario<sup>231</sup>, pues la supervivencia no depende de la fortaleza, sino de circunstancias fortuitas<sup>232</sup>.

La norma atañe fundamentalmente al ámbito sucesorio, aunque es extensible a cualquier supuesto jurídico en que importe el orden de los fallecimientos<sup>233</sup> y no precisa –a diferencia de otros ordenamientos– que la muerte haya

---

<sup>229</sup> CICU, ob. cit., p. 19.

<sup>230</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 06-05-08, exp. 8288, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2008/mayo/512-6-8288-371.html>, «La mencionada norma contiene lo que en el foro jurídico se conoce como presunción de conmorienencia, según la cual, ocurrida la muerte de dos o más sujetos llamados a sucederse mutuamente, queda sin efecto entre ellos la respectivas transmisiones hereditarias; ello es así por la manifiesta imposibilidad de determinar con precisión cuál de todos murió primero y a cuál de ellos favoreció la transmisión de derechos, lo cual supondría ventajas o perjuicios indebidos a cargo de los eventuales sucesores supérstite».

<sup>231</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 231 y 232.

<sup>232</sup> SOLS GARCÍA, ob. cit., p. 630, porque la fortaleza, no se mide por la edad, ni por el sexo, sino por la constitución individual. De allí que la teoría de la premoriencia pueda considerarse hoy derrotada en el terreno científico y legislativo; PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón: «Fin de la personalidad jurídica», <http://www.monografias.com/trabajos17/fin-personalidad-juridica/fin-personalidad-juridica.shtml>, «Este sistema es criticado porque presenta una solución arbitraria porque en muchos casos la supervivencia no tiene relación ni con el sexo ni con la edad, ni siquiera con la fortaleza, y existen otras situaciones además del sexo y edad que podrían influir en la capacidad de un individuo a la hora de hacer frente a los peligros de la muerte».

<sup>233</sup> Como es el caso de seguro de vida, así como reversión o revocatoria de donación (artículos 1453 y 1462 del Código Civil). Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 236 y 237; PÉREZ GALLARDO, *La conmorienencia...*, p. 436; DEL VALLE HILLERMANN, ob. cit., p. 19 (el autor sigue a DE RUGGIERO).

acontecido en el mismo suceso<sup>234</sup>. Se establece entonces una presunción de muerte simultánea a falta de prueba de la prioridad en el fallecimiento.

La circunstancia de que los derechos hereditarios se transmiten en el momento de la muerte confiere gran importancia a la determinación de dicho instante, pues de quien falleció primero depende si la transmisión entre herederos recíprocos puede efectuarse<sup>235</sup>. Cuando dos o más personas son llamadas a sucederse recíprocamente, los sucesores de los fallecidos posiblemente tendrán interés en acreditar la prioridad en la muerte del sujeto que aumente su caudal sucesorio, toda vez que para suceder o heredar debe sobrevivirse al causante; el primero en morir transmite su caudal al sucesor que fallece después de él aunque la muerte sea inmediata. «La vocación sucesoria no puede ser invocada sino en favor de aquel que sobrevive al causante»<sup>236</sup>. Se trata —a decir de PÉREZ GALLARDO— de supuestos donde reina «incerteza» respecto del momento cronológico de los decesos<sup>237</sup>.

La doctrina da ejemplos de cómo puede afectar al orden de suceder la prioridad en la muerte, pues precisar quién ha muerto primero tiene trascendencia decisiva en orden al destino de los bienes<sup>238</sup>. Si, por ejemplo, en un accidente fallece una pareja de esposos, la determinación de quién de ellos murió primero será fundamental a los efectos de los llamados a sucederlos porque para heredar a alguien se precisa sobrevivir al causante y el cónyuge que muera con posterioridad heredaría al premuerto y aumentaría el haber de sus propios causantes<sup>239</sup>. Una interesante sentencia

---

<sup>234</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 237-239.

<sup>235</sup> BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO BÁEZ, ob. cit., p. 271.

<sup>236</sup> Véase: <http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08/familia-y-sucesiones-apunte-sobre.html>.

<sup>237</sup> PÉREZ GALLARDO, *La conmorienca...*, p. 447.

<sup>238</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 229-231; SOLS GARCÍA, ob. cit., pp. 627-634.

<sup>239</sup> Véase ejemplos en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 230, «Si tales esposos tuviesen únicamente descendientes comunes probablemente el orden de la defunción no tendría mayor repercusión, pero de no existir descendientes, la herencia

española del 4 de diciembre de 1948, precisamente a propósito del fallecimiento de dos cónyuges en la Guerra Civil española, concluye que «la premoriencia debe probarse», inclusive contra los asientos del Registro del Estado Civil<sup>240</sup>.

---

entonces se dividiría entre los ascendientes, y en tal caso, el orden de las muertes sería determinante a los fines de acrecentar o disminuir la cuota de cada uno de los herederos en cuestión. Si el esposo falleció primero, a falta de descendientes le sucede su esposa y ascendientes; a su vez, a la esposa le suceden los ascendientes, a falta de cónyuge y descendientes. Ciertamente los ascendientes de la esposa verán sustancialmente incrementada su cuota en el caso de que ella falleciera con posterioridad. Todo ello evidencia la importancia patrimonial del orden de las muertes en un caso concreto».

<sup>240</sup> Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, ob. cit., p. 356, La sentencia dictada por el STS español analizaba el caso de dos cónyuges que se habían instituido recíprocamente herederos y fueron fusilados el mismo día durante la Guerra Civil española; de las respectivas inscripciones de defunción resultaba que había fallecido la mujer en primer lugar, y cinco minutos después su marido. El TS afirma que quien sostenga la muerte anterior es el que debe justificarla pero quien afirme la conmoriencia y consiguientemente la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa sino el estado de duda que existe porque supuesta tal situación, la conmoriencia es una presunción establecida en la ley y las presunciones establecida en la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas. Se señala que la sentencia recurrida declara que no pudo determinarse, dadas las circunstancias en que la muerte de ambos cónyuges se produjo, cuál de los dos murió primero, a cuya declaración llega la sentencia como consecuencia de la apreciación de las pruebas al indicar que si bien es cierto que las actas del Registro Civil constituyen la prueba de estado civil de las personas, tal prueba tiene carácter provisional en cuanto no se suscita contienda ante los tribunales que pongan en entredicho la verdad del contenido de tales actas, pues cuando tal contienda se suscita, la eficacia de las mismas queda subordinada a que los tribunales las confirmen, por responder su contenido a la realidad de los hechos, o las nieguen por no reflejar tal realidad y esto último es lo que declara la sentencia recurrida. Agrega el autor, citando a DIEZ-PICAZO, que la sentencia es llamativa porque parece pasar por alto la presunción de conmoriencia del artículo 33 del Código Civil español por delante del valor probatorio de la inscripción de Registro Civil, pero no es tan incorrecta su doctrina, pues considera como hechos probados, así establecidos en la sentencia de instancia que no ha podido demostrarse cuál de los cónyuges falleció primero, es decir, que se desvirtúa mediante una declaración judicial la verdad oficial que consta registralmente, que genera el estado de duda que hace que entre en aplicación la conmoriencia (véase también referencia en: DEL VALLE HILLERMANN, ob. cit., p. 18).

Así pues, la norma en comentario establece la presunción de conmorencia<sup>241</sup> o presunción de muerte simultánea, que se traduce en que la premoriencia debe probarse, pues, en caso contrario, regirá una presunción de fallecimientos conjuntos en el mismo instante y por tal no habrá transmisión de derechos entre sí. Entre conmorientes no existe, pues, transmisión hereditaria<sup>242</sup>. Consecuentemente, si se prueba la premoriencia, habrá sucesión a favor del fallecido en último lugar<sup>243</sup>. Así ha considerado nuestra jurisprudencia que de no probarse la prioridad en la muerte, no habrá transmisión de derechos, de conformidad con el artículo 994 del Código Civil<sup>244</sup>. La prueba del tiempo de la muerte es fundamental a los fines de desvirtuar la conmorencia, y, al efecto, señala una decisión judicial que ciertamente el padre del adolescente falleció primero porque la muerte tuvo lugar en la autopista al momento del accidente y la del menor con posterioridad en el hospital, por lo que este hereda a su progenitor<sup>245</sup> –lo

---

<sup>241</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 235 y 236, somos del criterio de que el artículo 994 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum*, porque a falta de prueba contraria permite partir del hecho conocido de la muerte, a fin de establecer un hecho desconocido –su simultaneidad–. Algunos autores refieren que la disposición solo consagra una simple aplicación de las reglas de pruebas.

<sup>242</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 23.

<sup>243</sup> MORENO QUESADA, Bernardo *et al.*: *Curso de Derecho Civil 1. Parte general y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2.<sup>a</sup> edic., 2004, p. 98.

<sup>244</sup> Juzgado Superior Cuarto Agrario de la Circunscripción Judicial de Barinas, sent. del 02-02-05, citada *supra*, «En relación con la muerte de ambas personas cónyuges entre sí, si hubiese duda de quien murió primero que el otro deberá probarse y a falta de prueba se presume que todos murieron al mismo tiempo, tal como lo dispone el artículo 994 del Código Civil. En este sentido quien reclama su derecho en una sucesión tiene la obligación de probar su derecho y las circunstancias con motivo a ese alegato, en este sentido compartimos criterio con el Tribunal *a-quo* cuando sostuvo que no hay transmisión de derechos de uno al otro, por cuanto murieron al mismo tiempo y que en todo caso estaríamos en presencia de dos sucesiones y es la razón por la cual conforme a lo anteriormente expuesto no hay transmisión de derecho de uno a otro».

<sup>245</sup> Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Juez Unipersonal N.º 1, sent. del 26-03-07, exp. 7804, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/521-26-7804-213.html>, «De lo antes

que fue ratificado por el Tribunal superior<sup>246</sup>-. Para probarse el orden de los fallecimientos, además de las respectivas partidas de defunción que

---

explicado, se puede observar que en el presente caso, de los sistemas de muerte antes descritos, premoriencia y conmoriencia, solo se podría aplicar el sistema de conmoriencia, ya que el mismo es acogido por nuestra legislación, en virtud de que es el más aceptado, y en el caso de autos, se evidencia que tanto el ciudadano (...) como el adolescente (...) fallecieron en el mismo accidente automovilístico, por lo que se debe determinar si los mismos murieron al mismo tiempo o no, para la aplicación de este sistema», y se agrega: «No obstante, en virtud de que el ciudadano (...) falleció en la autopista (...) y el adolescente falleció en el Hospital (...) se puede determinar que el mencionado ciudadano falleció con anterioridad al adolescente (...) pasando este entonces a ser heredero de su progenitor, y posteriormente con la muerte del adolescente su progenitora, ciudadana (...) pasó a ser heredera del referido adolescente, ya que el mismo no dejaba bienes ni fortuna, adquiriendo de esta manera la cualidad necesaria para intentar la pretensión de desconocimiento de paternidad, en nombre de su hijo fallecido (...) y le nació el interés para obrar, por ser ésta la única y universal heredera del mismo en forma ascendente».

<sup>246</sup> Véase: Sala de Apelaciones Accidental 5.<sup>a</sup>, Tribunal de Protección de Niños Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia Corte Superior, exp. 1018-07, (referencia incompleta en la web), <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/septiembre/528-23-1018-07-01-09Acc.html>, «... el juez de la causa realiza un preámbulo sobre las teorías de extinción de la personalidad del ser humano –que se produce con la muerte– y sobre la premoriencia y la conmoriencia como sistemas aplicables para determinar la muerte de los individuos, refiere que este último es acogido en el artículo 994 del Código Civil, por lo que solo se podría aplicar el sistema de conmoriencia. Luego señala que en el caso de autos se evidencia que tanto el ciudadano (...) como el adolescente (...) fallecieron en el mismo accidente automovilístico, por lo que se debe determinar si los mismos murieron al mismo tiempo o no, para la aplicación de este sistema. Posteriormente, realiza un interesante y lógico estudio sobre las actas de defunción que constan en autos (...) correspondientes al ciudadano (...) y al adolescente (...) las cuales a juicio de esta Alzada poseen pleno valor probatorio conforme a lo previsto en el artículo 457 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1359 y 1360 *eiusdem*, para concluir que el progenitor falleció primero en el sitio del accidente y el adolescente después en el hospital. Así se determina que el adolescente (...) pasó a ser heredero de su progenitor y, a su muerte, la ciudadana (...) pasó a ser heredera del referido adolescente, adquiriendo de esta manera la cualidad necesaria para intentar la pretensión y le nació el interés para obrar, por ser ésta la única y universal heredera de éste en forma ascendente».

indican la hora del deceso<sup>247</sup>, podría acudir, de ser necesario, a experticias médico-forenses, que incluyen el estudio de los fenómenos cadavéricos y la entomología forense<sup>248</sup>. La posibilidad de destruir la presunción legal de conmorienencia le compete a quien sostenga lo contrario, esto es, a quien alegue la sobrevivencia de la que se trate aunque conste una verdad distinta en el Registro Civil<sup>249</sup>.

Comenta TORRES-RIVERO que «conmorienencia» supone dos o más fallecimientos coetáneos, por lo que se abre la sucesión de cada quien y respecto de cada causante, el otro es un conmuerto. La situación es plural y recíproca: la persona de cuya sucesión se trate y el conmuerto dejaron de ser al mismo tiempo persona<sup>250</sup>. El supuesto que comentamos supone una vocación hereditaria recíproca<sup>251</sup>.

De tal suerte que, abierta una sucesión en la cual no pueda probarse que el llamado a la herencia sobrevivió al causante a pesar de morir inmediatamente, es decir, que no pueda acreditarse la premuerte o muerte previa del causante, operará la citada presunción de conmorienencia o presunción de muerte simultánea. En razón de la cual, las personas llamadas a sucederse recíprocamente se presumirán a falta de prueba contraria, fallecidas al mismo tiempo, sin que

---

<sup>247</sup> Véase: artículo 130.3 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

<sup>248</sup> Esta última consiste en la precisión del tiempo de la muerte a través del estudio de la fauna del cadáver. Véase referencias detalladas en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 241 y 242. Véase: Juzgado en función de Juicio N.º 2 del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, sent. del 08-04-08, exp. N.º 2M-206-07, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1121-8-2M-206-07-.html>, se formuló preguntas en cuanto al reconocimiento médico legal: «4. ¿Cómo se determina la conmorienencia y premorienencia?», señaló: «Desde el punto de vista médico se hace necesario la autopsia para determinar con precisión la causa de la muerte y la diferencia de un traumatismo en relación con el resultado para uno poder saber si antes del accidente existía algún precedente que condicionó al hecho y que haya acelerado la muerte, por lo que hay que tener la historia clínica del paciente».

<sup>249</sup> PÉREZ GALLARDO, *La conmorienencia...*, p. 458.

<sup>250</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 217 y 218. Véase también: *ibíd.*, p. 53.

<sup>251</sup> DE PAGE, *ob. cit.*, p. 69.

opere sucesión o transmisión de relaciones jurídicas entre una y otra. Significa entonces que dos sujetos respecto de los que ha recaído la presunción de conmorienencia no se suceden entre sí, y no verán los sucesores de ninguno de ellos aumentado el caudal hereditario en razón de la fallida sucesión de los conmorientes. Los respectivos herederos de los conmorientes se tendrán que conformar con lo que exista en el haber hereditario de cada uno, sin que medie aumento en razón de lo señalado. De allí que la conmorienencia se traduzca –aunque se asocie a los supuestos de inexistencia– a una incapacidad para suceder a falta de prueba de la supervivencia del llamado a la herencia respecto del causante<sup>252</sup>. Se afirma que la presunción de conmorienencia es de suma importancia pues resuelve un problema de tipo sucesorio que podría ser fuente de complicaciones<sup>253</sup>.

No creemos que la presunción de conmorienencia sea descartable por voluntad del causante, toda vez que aplica a falta de prueba sobre el momento de exacto de varios fallecimientos, y la determinación del inicio y el fin de la existencia jurídica constituye materia de orden público; por lo que los límites temporales de la subjetividad humana están sustraídos del principio de la autonomía de la voluntad<sup>254</sup>. PÉREZ GALLARDO comenta

---

<sup>252</sup> La doctrina coloca la conmorienencia como causa de incapacidad absoluta a la par de la «premorienencia» asimilándola a una incapacidad por inexistencia, pues quien no existe no puede suceder a nadie (véase al efecto: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 217 y 218; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 41). Sin embargo, dado que no compartimos tal expresión porque es obvio que quien no existe, no es persona y mal se puede plantear un problema de incapacidad, preferimos no calificar la conmorienencia como «incapacidad absoluta», ya que es obvio que el sujeto falleció y por tal no podrá suceder, pero su incapacidad por muerte simultánea se plantea únicamente respecto del o los demás conmorientes. De allí que se acerque –dada su particularidad– a una «incapacidad relativa», que aplica, respecto de la sucesión en torno a la cual no puede probarse la premorienencia. Esto es, respecto de los conmorientes rige en el caso concreto una suerte de incapacidad relativa recíproca a falta de pruebas del orden de los fallecimientos.

<sup>253</sup> DEL VALLE HILLERMANN, ob. cit., p. 19.

<sup>254</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 43 y 44, «En efecto, el inicio y el fin de la existencia jurídica de la persona natural lo determina únicamente y exclusivamente la ley; se trata de una materia de extrema importancia que define los

que la presunción tiene alcance de una norma meramente dispositiva, susceptible de ser excluida por la voluntad del testador<sup>255</sup>, la cual operaría no contra las pruebas objetivas de premoriencia, sino a falta de tales<sup>256</sup>, colocándose, al efecto, como interesante ejemplo el caso de la cláusula contenida en el testamento de John Lennon<sup>257</sup>. Por nuestra parte, reiteramos que en nuestro ordenamiento la forma de desvirtuar la presunción es mediante la prueba de la premoriencia, y ella no se desprende de la simple voluntad del causante, sino de las circunstancias objetivas que logren acreditar la prioridad del momento en que se pierde la personalidad, materia sustraída del juego de la libre voluntad del causante. La circunstancia de que se trate

---

límites de la subjetividad en Derecho y que en modo alguno podría quedar a la discrecionalidad de los particulares. Estos es, no podría alguien en razón de su personal voluntad concederle la condición de persona a un ser que según el ordenamiento legal no la detenta; así por ejemplo, no podría un testador disponer que el feto que no llegare a ser persona sucedería o participaría en su herencia o que la apertura de la sucesión no vendría determinada por la muerte del difunto. Se trata de momentos cruciales en la determinación de la personalidad que escapan de la voluntad de los particulares. Así pues, en nuestro concepto, los límites temporales de la subjetividad humana constituyen materia de orden público». Véase también: DE FREITAS DE GOUVEIA, *El principio de la autonomía...*, pp. 132 y 133.

<sup>255</sup> Véase: PÉREZ GALLARDO, *La conmorienca...*, pp. 481 y 482, comenta el autor respecto de la legislación cubana: «Una mera lectura al precepto contenido en el artículo 27 de nuestro Código Civil nos indica que estamos frente a una norma dispositiva al alcance de la autonomía de la voluntad, cuyo poder permite su exclusión».

<sup>256</sup> Véase: *Ibíd.*, p. 483, cabe concluir que el testador en su testamento no puede imponer su voluntad a la realidad objetiva de los hechos y con ello evadir la aplicación de las reglas de prueba, dirigidas a determinar el orden de los fallecimientos. Si a través de tales pruebas es dable demostrar el orden de los fallecimientos no cabe atenernos a la *voluntas testatoris*; pero si el resultado de las pruebas no lo acredita tal, nada impide que la previsión testamentaria cobre fuerza normativa, «pues con ello no se afectan intereses de orden público, ni de terceros».

<sup>257</sup> Véase: *Ibíd.*, p. 482, llama la atención la cláusula cuarta del testamento de ex Beatle John LENNON fallecido en 1980 que refiere el autor: «en caso de que mi esposa y yo muriéramos bajo tales circunstancias en las cuales no existiera evidencia suficiente cuál de nosotros ha precedido al otro, declaro en el presente documento que es mi voluntad que sea juzgado que yo la precedí y que éste, mi testamento, cualquiera otra de sus disposiciones deberán entrar en efecto con base a tal entendido».

de una presunción *iuris tantum* no le priva del carácter imperativo a falta de la respectiva prueba en contrario.

### 5.5. *El reconociente post mortem*

ESPARZA reseña dentro de las incapacidades para suceder el supuesto previsto en el artículo 219 del Código Civil que prevé: «El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado»<sup>258</sup>.

Tal norma establece la posibilidad de reconocimiento *post mortem* del hijo, pero precisa de posesión de estado para surtir efectos sucesorios<sup>259</sup>. Dicha norma pretende evitar los reconocimientos filiatorios *post mortem* con ánimo de obtener ventaja patrimonial. De allí que dicho acto jurídico solo surte efecto a fines sucesorios<sup>260</sup> del progenitor cuando se gozó en vida de posesión de estado<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 121.

<sup>259</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breve referencia a la filiación *post mortem*». En: *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas*, N.º 134, Caracas, UCV, 2009, pp. 202 y 203.

<sup>260</sup> Véase: CSJ/SCC, sent. del 06-06-78, en: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N.º 6, Caracas, Oscar Pierre Tapia, 1978, p. 135. Si bien es verdad que el reconocimiento de un hijo muerto no favorece como heredero a quien lo reconoce, sino en el caso de que el hijo hubiera gozado de la posesión de estado, no es menos cierto que la indemnización a que tienen derecho los parientes del trabajador fallecido en accidente de trabajo, según lo previsto en la normativa laboral, no ingresa al patrimonio de los beneficiarios a título de herencia, sino como una compensación o resarcimiento que tiene su fuente directa e inmediata en la propia ley y no en el Derecho Sucesorio. Por lo que el mencionado artículo no es aplicable en la situación de especie.

<sup>261</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil 1...*, p. 234; *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, año V, N.º 35 extraordinario. Caracas, Imprenta Nacional, 1941, p. 28, El reconocimiento en todo caso puede hacerse; pero con el fin de evitar abusos y litigios, para que el reconocimiento otorgue carácter de heredero a quien lo hace se requiere que en la vida le hubiere dado la posesión de estado de hijo que le correspondía. De este modo se evita que, muerta una persona, le aparezcan

Se indica entonces que esta incapacidad sucesoria ha sido creada por la ley con el propósito de evitar reconocimientos filiatorios *post mortem* fraudulentos<sup>262</sup>. Se trataría de una incapacidad para suceder relativa porque afecta solo respecto del hijo reconocido<sup>263</sup>. Pero los descendientes del hijo reconocido podrían beneficiarse del reconocimiento<sup>264</sup>, ya que la prohibición media respecto del progenitor que efectúa el reconocimiento sin previa posesión de estado.

## 6. REPRESENTACIÓN<sup>265</sup>

Algunas de las incapacidades que se acaban de estudiar<sup>266</sup> quedan matizadas o suavizadas por efecto de la figura que veremos a continuación, a saber, la «representación».

---

padres póstumos, es decir, salidos a luz después de la muerte del hijo, con todas las dificultades que presenta la verificación o contradicción de tal hecho cuando no existe la posesión de estado; BASTIDAS, Luis Ignacio: *Comentarios y reparos al Proyecto de Código Civil*. Caracas, Editorial Bolívar, 1939, Tomo I, p. 194, como el reconocimiento póstumo puede ser desinteresado de parte del que lo hace, el artículo lo permite siempre, pero le niega, a quien lo haga, derechos en la herencia del hijo, si éste no gozaba de la posesión de estado, lo que es justo, porque por éstas habían sido creadas, aunque solo de hecho, las relaciones de familia que son el fundamento del derecho recíproco de herencia.

<sup>262</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 121.

<sup>263</sup> Véase: ídem, «constituye una incapacidad relativa que se manifiesta en la carencia de vocación hereditaria por parte de quien hace el reconocimiento para acudir a la sucesión que se defiere a la muerte del hijo reconocido».

<sup>264</sup> Véase: RAMÍREZ, ob. cit., p. 236, «Es posible el reconocimiento de un hijo muerto, porque además de permitirlo el artículo 215, ello puede redundar en beneficio de quienes de él descienden»; VISO, Luis René: *Derecho de Familia*. Cabimas, Impresora Petrolandia, 1985, p. 515, pero sí puede hacerse el reconocimiento en favor de los descendientes del premuerto, pues ello iría en beneficio de estos, no del que reconoce.

<sup>265</sup> Véase: SANOJA CLAVO, José Rafael y BRANGER DE SANOJA y Adriana: «El derecho de representación en la sucesión intestada». En: *Primera Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2 al 5 de febrero de 1988*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1989, pp. 63-91; RIZO PÉREZ, Nilda Haydée: «La representación sucesoria. Regulación

La representación en materia sucesoral presenta una acepción distinta a su sentido tradicional de realizar actos jurídicos en nombre de otro<sup>267</sup>, pues supone entrar en la sucesión en el lugar de alguien que no está en posibilidad de heredar. Y lo cierto es que, como afirma ROCA FERRER, es técnicamente imposible representar a un difunto<sup>268</sup>. Pero en el lenguaje sucesorio se distingue quien hereda por derecho propio de quien sucede por representación<sup>269</sup>, según se sea llamado a suceder directa y personalmente o según se entre en el lugar de otra persona, respectivamente.

Existen dos maneras de suceder *ab intestato*: por derecho propio y por derecho de representación; la primera, cuando el llamado a la herencia

---

en el vigente Código Civil cubano», <http://www.monografias.com/trabajos15/repr-sucesoria/repr-sucesoria.shtml>; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 123-134; MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *La representación en el Derecho Sucesorio*. Pamplona, Aranzadi, 1966; AQUINO GRANADOS, ob. cit., pp. 77-93.

<sup>266</sup> Véase *supra* 5.

<sup>267</sup> Que bien sea legal o convencional, denota la realización de actos jurídicos en nombre del representado, siendo que los efectos activos y pasivos correspondientes recaen sobre este último. Véase: SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 46, la expresión representación es equívoca, pues no hay una representación en el sentido estricto del término; ALBALADEJO, ob. cit., p. 69, no es correcto aquí hablar de representante y representado porque no hay alguien que actúa en nombre de otro y en cuya cabeza recaen los efectos; LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., pp. 43 y 44, de allí que se aluda a «representación sucesoral»; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 481, el término no es el más adecuado, pues no existe una actuación en nombre de otro; GUTIÉRREZ BARENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 496; ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 265 y 266, en la figura está completamente ausente la verdadera noción de representación, pero la denominación tiene arraigo no obstante la crítica; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 345, es manifiestamente impropia la terminología; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 97; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 126; MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 3, la mayoría de la doctrina censura la aplicación de la frase *ius repraesentationis* en que degeneró la genuina *successio per stirpem* romana.

<sup>268</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 265.

<sup>269</sup> Véase: SANSÓ, Benito: «Sucesión legítima por derecho propio y por derecho de representación». En: *Repertorio Forense*. Caracas, 2º trimestre 1967, tomo III, pp. 39 y 40; D'JESÚS M., ob. cit., pp. 47-51; RAMÍREZ, ob. cit., pp. 201-204.

recibe un llamamiento directo y personal; la segunda, cuando el llamado va a ocupar la herencia en el lugar que le correspondería originalmente a un heredero por derecho propio que no puede suceder<sup>270</sup>. Se suele heredar por ser llamado directa y personalmente a suceder a una persona fallecida; pero también puede heredarse por entrar en el lugar de alguien que no está en capacidad de suceder<sup>271</sup>. Se trata de una institución jurídica que data –como otras tantas– del Derecho romano<sup>272</sup> y que permite al pariente de grado más cercano recoger la cuota herencial que correspondía a su ascendiente que no puede hacerlo<sup>273</sup>.

La sucesión por derecho propio no puede coexistir en una misma persona con la sucesión por derecho de representación: son excluyentes<sup>274</sup>. El sucesor por derecho de representación ocupa la posición o el lugar de otro, del representado; en tanto que el sucesor por derecho propio, *iure proprio* o *proprio nomine*, es *per se*, ocupa en la sucesión su propio lugar, recibe directa e inmediatamente del causante<sup>275</sup>. Por lo que se destaca que el representante sucede directamente al causante y no al representado<sup>276</sup>. Así, cuando el llamamiento a suceder se dirige a alguien para que en lugar de otra persona que no hereda suceda al difunto en el puesto de ella se habla de derecho de representación<sup>277</sup>.

<sup>270</sup> SANSÓ, *Sucesión legítima...*, p. 39 (reproducido en MONTIEL VILLASMIL, ob. cit., pp. 311-315). Véase también: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 43, se sucede *iure proprio* o *iure representationis*; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 85; ROJAS, ob. cit., pp. 65-67; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 24.

<sup>271</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*.

<sup>272</sup> Véase: SANOJA CLAVO y BRANGER DE SANOJA, ob. cit., pp. 66 y 67. Véase sobre la evolución histórica de la figura, incluyendo los distintos códigos civiles de Venezuela: *ibíd.*, pp. 66-72.

<sup>273</sup> SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 138.

<sup>274</sup> TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Teoría General del Derecho sucesoral*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1986, t. II, p. 37.

<sup>275</sup> *Ibíd.*, p. 38. Véase: *Ibíd.*, p. 44, en la sucesión por derecho de representación los sujetos son tres: el causante, el representado y el representante.

<sup>276</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 266.

<sup>277</sup> Véase: ALBALADEJO, ob. cit., p. 67.

Se coloca el ejemplo de A que muere con dos hijos vivos y dos nietos de otro que murió, la ley llama a sucederle a cada hijo en un tercio, y a los dos nietos juntamente en el tercio que habría correspondido a su padre, de vivir. Y se dice que sus hijos heredan a A por derecho propio, y sus nietos en representación de su difunto padre<sup>278</sup>.

La representación ha sido denominada por la doctrina italiana como supuesto que propicia lo que se ha dado en llamar «vocación indirecta», que comprende diversos casos en los cuales un sujeto que habría venido a suceder, no sucede efectivamente, porque no puede y hereda otro por voluntad de la ley en lugar suyo. Al aludir a vocación indirecta no se pretende afirmar que el llamado indirectamente no asume un derecho propio en la sucesión, sino que, en cierto sentido, se refiere a otro llamamiento, al que se podría denominar «directo», que ha fallado en su origen –premo-rriencia– o después de la apertura de la sucesión<sup>279</sup>.

La ley, teniendo en cuenta las consecuencias poco equitativas que nacen de la regla de la exclusión del pariente más remoto, quien tras la desgracia de perder a su padre o madre se vería también privado de la herencia, previene una importante excepción a través del «derecho de representación». En virtud de esta, ante el supuesto de una persona que no llegó a heredar por haber muerto antes que el causante, perdiendo una herencia que habría recaído en él si viviera, tal derecho se confiere a sus descendientes por referencia al lugar y grado del ascendiente fallecido<sup>280</sup>. La representación supone una excepción al principio de proximidad de grado<sup>281</sup>, permitiendo, en determinados

---

<sup>278</sup> Ídem.

<sup>279</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 431, esta referencia a una vocación anterior, preexistente aunque fallida, es esencial para instrumentar el principio general según el cual los parientes más cercanos excluyen a los más remotos. Por tal, los derechos sucesorios de estos se determinan en cuanto a su existencia, cuantía y posición respecto del causante, por referencia a los de aquellos ascendientes suyos que los excluirían de la herencia en caso de haber heredado.

<sup>280</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 41.

<sup>281</sup> DE PAGE, ob. cit., p. 119, la representación sucesoral deroga la regla de la proximidad del grado.

casos, y por razones de equidad, la concurrencia, en una misma sucesión de parientes de grado más próximo con otros de grado más remoto<sup>282</sup>. Así comenta DOMINICI que si la figura no estuviere establecida resultaría una de dos cosas: o que los hijos vivos excluirían a los descendientes del hijo premuerto o que estos entrarían cada uno de ellos con igual derecho que los hijos vivos, siendo ambas situaciones contrarias a la razón y a la equidad<sup>283</sup>. De allí que, la institución pretende evitar este tipo de injusticias<sup>284</sup> o divisiones poco equitativas<sup>285</sup>.

En el fundamento de la representación entran en juego varias teorías; una de ellas se orienta por la misma razón que justifica la sucesión legítima<sup>286</sup>, que a su vez se basa en el afecto o voluntad presunta del causante<sup>287</sup>, entre otras<sup>288</sup>. Amén de teorías, tales como la de «igualdad distributiva» y la

---

<sup>282</sup> CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 481. Véase también: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 124.

<sup>283</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 36.

<sup>284</sup> SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 135.

<sup>285</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 87.

<sup>286</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 139.

<sup>287</sup> *Ibíd.*, pp. 140-143. Véase también: DE PAGE, ob. cit., p. 122, su fundamento reposa en la presunta voluntad del difunto; SOJO BIANCO, ob. cit., p. 291, la justificación que le atribuye la doctrina es semejante a la de la sucesión legítima, a saber, que los afectos del causante descienden a quienes de él derivan; es decir, a falta de descendiente directo, sean a su vez sus descendientes quienes resulten beneficiados económicamente. Por lo que la representación para algunos se apoya en la presunta voluntad del causante; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 72; ROJAS, ob. cit., p. 64; SANOJA CLAVO y BRANGER DE SANOJA, ob. cit., p. 75, para muchos autores la figura se fundamenta en la presunta voluntad del causante, en razón de la naturaleza humana según la cual los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió. Véase sobre las distintas teorías en torno al fundamento de la figura: *Ibíd.*, pp. 75-78, amén de la presunta voluntad del causante citan las teorías de: la comunidad familiar, de la tutela de la unidad, de la continuidad, y de fundamento técnico sociológica.

<sup>288</sup> Véase: MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., pp. 143-147, teoría del patrimonio familiar, ética, de la tutela de la unidad familiar, de la continuidad biológico-económica de la familia.

«teoría sincrética»<sup>289</sup>, esta última sostenida por CASTÁN y seguida por MARTÍNEZ CALCERRADA y que entremezcla «la interpretación de la presunta voluntad del testador, si hubiese testado, la protección de la familia en el círculo social, así razones de equidad y humanidad»<sup>290</sup>.

La figura solo puede ser modificada por decisión testamentaria<sup>291</sup>, siempre que no resulte afectada la legítima. La representación viene a ser una «sustitución» legal<sup>292</sup> que permite a los descendientes de quienes no puedan heredar, subrogarse en el lugar y grado de estas, de conformidad con el artículo 814 del Código Civil que prevé: «La representación tiene por efecto hacer entrar a los representantes en el lugar, en el grado y en los derechos del representado»<sup>293</sup>. En tal caso, la persona hereda para sí<sup>294</sup>, pero en modo subsidiario porque ello no sería posible sino a falta del representado.

La representación tiene lugar en línea recta descendente, es decir, entre descendientes no tiene límites, de conformidad con el artículo 815 del Código Civil: «La representación en la línea recta descendente tiene efecto indefinidamente y en todo caso, sea que los hijos del *de cuius* concurren con los descendientes de otro hijo premuerto, sea que, habiendo muerto todos los hijos del *de cuius* antes que él, los descendientes de los hijos concurren a heredarlos; ya se encuentren entre sí en grados iguales, ya en grados desiguales y aunque encontrándose en igualdad de grados, haya desigualdad de número de personas en cualquiera generación de dichos descendientes». La representación en línea recta descendente opera hasta

---

<sup>289</sup> Véase: *Ibíd.*, pp. 150-152.

<sup>290</sup> *Ibíd.*, p. 152.

<sup>291</sup> Véase: SOJO BIANCO, *ob. cit.*, p. 291.

<sup>292</sup> Pues la «sustitución», según veremos *infra* X, supone que una persona entra en el lugar de otra, pero por voluntad del testador.

<sup>293</sup> Véase: ROJAS, *ob. cit.*, p. 94, la representación hace subentrar al representante en la misma posición jurídica que tendría el representado si pudiese suceder, por tanto, la medida del derecho hereditario del representante es exactamente la misma que corresponde al representado, como lo dispone el artículo 814 del Código Civil.

<sup>294</sup> A diferencia de la representación «tradicional».

el infinito o *ad infinitum*<sup>295</sup> y procede desde el segundo grado –nietos– nunca por el primer grado –hijos–<sup>296</sup>.

Mientras que respecto de los ascendientes no opera la representación<sup>297</sup>. El derecho no admite la representación en línea recta ascendente. Se considera natural que el ascendiente más próximo excluya al más remoto y que otra cosa sería contraria al curso de los sucesos<sup>298</sup>. Al efecto, indica el artículo 816 *eiusdem*: «Entre los ascendientes no hay representación: el más próximo excluye a los demás».

En tanto, que en línea colateral, la representación se admite a favor de los hijos de los hermanos, es decir, de los sobrinos, por lo se afirma que en tal caso la representación es procedente en forma limitada<sup>299</sup>, según prevé el artículo 817 del Código Civil: «En la línea colateral la representación se admite en favor de los hijos de los hermanos y de las hermanas del *de cuius*, concurren o no con sus tíos». Esto atiende a que el legislador presume que los lazos de afecto se debilitan más allá de los hijos de los hermanos<sup>300</sup>. Esta línea de representación no pasa del tercer grado, no llega sino a los sobrinos<sup>301</sup>.

<sup>295</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 38; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 124 y 126; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 76; Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, sent. del 26-03-08, citada *supra*, «Los descendientes que entran en el primer orden han de ser legítimos. Este orden es verdaderamente privilegiado, pues con el no se mezcla ninguno de los otros órdenes, y por tanto los excluye en absoluto: se extiende hasta lo infinito y en él se prefiere el grado más próximo al más remoto, salvo el derecho de representación».

<sup>296</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 61.

<sup>297</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 38, disposición con carácter absoluto; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 60.

<sup>298</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 271.

<sup>299</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 128; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 76.

<sup>300</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 39.

<sup>301</sup> FARRERA, ob. cit., p. 48.

De tal suerte, que la representación funciona siempre e indefinidamente en línea descendiente; en la línea ascendiente no hay representación porque el más próximo excluye al más lejano; en línea colateral la representación solo opera a favor de los hijos de los hermanos del *de cuius*, esto es del sobrino<sup>302</sup>; el cónyuge nunca puede ir a una sucesión por derecho de representación, sino por derecho propio<sup>303</sup>. Así, de conformidad con el artículo 825 del Código Civil, la representación en línea colateral llega hasta los sobrinos, pues a partir de allí el grado de afecto ha sufrido un alejamiento considerable<sup>304</sup>. Se aprecian decisiones judiciales que se pronuncia al efecto<sup>305</sup>.

La representación precisa para tener lugar que el representado sea indigno de suceder, esté ausente o haya premuerto al *de cuius*; esto es procede por premoriencia, ausencia e indignidad<sup>306</sup>. Es decir, la representación supone

---

<sup>302</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 60.

<sup>303</sup> SANSÓ, *Sucesión legítima...*, p. 39.

<sup>304</sup> RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 30.

<sup>305</sup> Véase: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 10-06-04, citada *supra*; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*, Heredan por representación en línea recta descendente, los hijos de los hijos fallecidos, por su parte los ascendientes no heredan por representación, pues el más próximo excluye a los demás; en línea colateral se admite la representación a favor de los hijos de los hermanos del *de cuius*, concurran o no con sus tíos. En cualquier caso, la división se hace por estirpe y hace concluir a quien juzga que con base en las reglas que rigen el orden de suceder, los demandantes no tienen la cualidad de herederos del causante.

<sup>306</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 55, procede por premoriencia, ausencia e indignidad; ARRUE, ob. cit. Véase: Juzgado del Municipio Lagunillas de la circunscripción judicial del estado Zulia, sent. del 20-04-09, exp. S/5314, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/.../506-20-S-5314-.html>, «... la representación precisa que el lugar del representado esté vacante por muerte, indignidad, o renuncia...»; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 88; TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 236, son causas de representación la ausencia y la premoriencia; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 75, premoriencia, ausencia e indignidad; VILLAROEL RIÓN, ob. cit., p. 135; SANOJA CLAVO y BRANGER DE SANOJA, ob. cit., p. 79, premoriencia, ausencia e incapacidad (ibíd., p. 80, esta

en principio la premoriencia del representado al causante, pues la representación de personas vivas solo acontece en el caso de los incapaces para suceder, a saber, en caso de la indignidad y la ausencia. Al efecto dispone el artículo 820 del Código Civil: «No se representa a las personas vivas, excepto cuando se trata de personas ausentes o incapaces de suceder». La norma alude a ausencia o incapacidad, aunque, según vimos, la ausencia –incertidumbre sobre la vida– constituye una incapacidad para suceder<sup>307</sup> y por tal la ley llama a la sucesión a aquellos que habrían de ocupar el puesto del ausente. Se aclara que la incapacidad a que se refiere la norma es la relativa a la indignidad<sup>308</sup>.

Prevé el artículo 1015 del Código Civil: «No se sucede por representación de un heredero que haya renunciado. Si el renunciante fuere el único heredero en su grado, o si todos los coherederos renunciaren, los hijos de ellos suceden por derecho propio y por cabeza». En función de ello se concluye que no hay representación del heredero que repudia la herencia, en consonancia con el respeto del *vocatus* a rechazar la herencia, que posiblemente tendrá razones por lo que mal puede la ley suponer el perjuicio de sus herederos<sup>309</sup>; en caso de repudio los otros coherederos acrecen en sus cuotas, pero no opera la representación. Y de existir otros coherederos se sigue al grado siguiente a tenor del artículo 1014 *eiusdem*<sup>310</sup>. Se agrega que lo anterior –exclusión de la representación en caso de repudio– no debe confundirse con el supuesto consagrado en el artículo 821 *eiusdem*<sup>311</sup>: «Se puede

---

última la relativa o indignidad); ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 131-133, premoriencia, ausencia e indignidad.

<sup>307</sup> Véase *supra* 5.3.

<sup>308</sup> Véase: FARRERA, ob. cit., p. 51, pues la denominada incapacidad absoluta por «inexistencia» no podría producirse en tal caso; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 133, la incapacidad a la que se refiere el Código no es otra que la indignidad y ello está en conexión con el carácter personal que impone el artículo 813.

<sup>309</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 133.

<sup>310</sup> «En las sucesiones intestadas, la parte del que renuncia acrece a sus coherederos; si no hay otro heredero, la herencia se defiere al grado subsiguiente».

<sup>311</sup> Véase: *ídem*.

representar a la persona cuya sucesión se ha renunciado». Con base en la norma se indica que «la aceptación de la herencia deferida por el representado no es condición para que se dé la representación sucesoria. Puede rechazarse la herencia del representado y sin embargo entrar a representarle en la sucesión a su ascendiente»<sup>312</sup>. Así, coloca el ejemplo SANOJO a propósito de dicha norma que «El nieto cuyo padre haya muerto, puede renunciar a su herencia, y con todo entrará a heredar a su abuelo en representación de su indicado padre». Lo cual es una prueba de que quien hereda por representación es heredero directo de la persona de cuya sucesión se trate<sup>313</sup>. Así pues, el nieto puede renunciar a la herencia de su padre y sin embargo heredar a su abuelo (artículo 821), mas no pudiera heredar por representación a su abuelo si su padre ha renunciado a la de éste (artículo 1015). Así en la legislación española<sup>314</sup>.

Al efecto, se aprecia decisión judicial que indica que «... es posible representar a la persona cuya sucesión se ha renunciado, a los ausentes y a los declarados indignos»<sup>315</sup>. Vale recordar que a ellos debe agregarse la premoriencia.

Finalmente, prevé el artículo 819 del Código Civil: «En todos los casos en que se admite la representación, la división se hará por estirpes. Si una estirpe ha producido más de una rama, la sub-división se hace por estirpes también en cada rama; y entre los miembros de la misma rama, la división se hace por cabezas»<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> *Ibíd.*, p. 134.

<sup>313</sup> SANOJO, *ob. cit.*, p. 203.

<sup>314</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español». En: *Revista de Derecho*, año 9, N.º 9, Temuco, UCT, 2008, pp. 9-28.

<sup>315</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*.

<sup>316</sup> Véase: SANOJA CLAVO y BRANGER DE SANOJA, *ob. cit.*, pp. 88-91, Tradicionalmente, se indica con base en dicha norma que la pluralidad de estirpes da lugar al derecho de representación, pues en caso de unicidad se sucede por derecho propio; D'JESÚS, *ob. cit.*, p. 50, el criterio de la pluralidad de estirpes es sustentado por nuestro Código Civil en los artículos 815 y 817.

Nuestro Código Civil sigue la regla que cuando procede la representación la división se hará por estirpes, por ello sucesión por estirpes y representación son equivalentes<sup>317</sup>. El efecto de la representación es que los descendientes no quedan excluidos de la sucesión por causas atribuibles a la culpa o muerte de su representado, pero no pueden recibir más de lo que hubiere correspondido a este, de allí que sin importar cuántos sean los descendientes, pues todos serán contados como una sola persona –estirpe–, a los efectos de la división y no por cabezas. Por ello, todos los descendientes de un heredero al margen de cuántos sean, serán contados como una sola persona –estirpe–<sup>318</sup>. «La estirpe es el conjunto de personas que descienden de aquel a quien representan en una sucesión cuyo lugar toman»<sup>319</sup>. De allí que se afirme que, aun cuando no es esencial a la representación, su efecto característico es la división del *as* hereditario<sup>320</sup> por estirpes<sup>321</sup>. Habiendo una pluralidad de ellas, la partición tendrá lugar considerando a cada una como una unidad, y no por cabezas, sin respetar el principio de proximidad de grado, sino dentro de cada estirpe y subestirpe<sup>322</sup>.

<sup>317</sup> D'JESÚS, ob. cit., p. 50.

<sup>318</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 292; SANSÓ, *Sucesión legítima...*, pp. 39 y 40.

<sup>319</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 124.

<sup>320</sup> Véase: *Diccionario LID de Empresa y Economía*, LID Editorial Empresarial, Madrid, <http://www.diclib.com/cgi-bin/d1.cgi?l=en&base=alkonaeconomia&page=showid&cid=704>, «As hereditario: Neto haber universal de una sucesión testada o intestada». Véase también: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., p. 162, la sentencia comentada se refiere a la herencia usando el sustantivo «haz», error bastante común en la literatura jurídica. En verdad la tradición jurídica hace referencia a la herencia con un «as», pues esta era la moneda romana que significaba la unidad o entero y no a la herencia como un «haz», es decir, una atadura de leña o mieses; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, ob. cit., p. 436, alude al «as» hereditario o masa relicta.

<sup>321</sup> Véase: ALBALADEJO, ob. cit., p. 71, agrega el autor que si los representantes lo son del único descendiente que tenía el causante, como también en ese caso suceden por representación, dividen la herencia por partes iguales, ya que esta corresponde entera a una sola estirpe, y dentro de ella se divide por cabezas; D'JESÚS, ob. cit., p. 50, la representación supone que concurren varias estirpes pues si solo es llamado un único heredero éste sucede en todo caso por derecho propio y por cabeza.

<sup>322</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 45.

La doctrina diferencia entre «sucesión por representación» y «transmisión de herencia»<sup>323</sup> en cuanto a la causa, al sujeto favorecido y al modo de división de la herencia<sup>324</sup>. En la transmisión<sup>325</sup> el heredero ejerce un derecho propio<sup>326</sup>. En cuanto a la causa, en la primera el llamado directo premuere, es ausente o indigno, en tanto que en la segunda, el heredero era capaz para suceder a su causante y se verificó efectivamente la delación de la herencia con la adquisición por parte del heredero del *ius delationis* pero murió después de éste y antes de poder ejercer el derecho de aceptar o de renunciar la herencia<sup>327</sup>. En tal caso ese derecho se transmite a sus herederos<sup>328</sup>, pues la delación hereditaria es transmisible a estos últimos<sup>329</sup>. Es decir, cuando el heredero muere después del causante, pero antes de aceptar la herencia, habrá transmisión de esta última<sup>330</sup>. En cuanto a los

---

<sup>323</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. I, pp. 57-59, la transmisión supone la falta de llamamiento a suceder después que la herencia es deferida y antes de la aceptación (ibíd., p. 57); SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 88, transmisión es la facultad que tiene el heredero de traspasar a sus herederos derechos herenciales sujetos a aceptación o repudiación, sin haber ejercido dicha opción; LAURENT, ob. cit., t. IX, pp. 80-82.

<sup>324</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 99 y 100; ROJAS, ob. cit., pp. 95-99; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 27, Por efecto de la transmisión recibe la herencia otra persona distinta a la que le correspondía, de allí que se tienda a confundir con la representación; FARRERA, ob. cit., pp. 43-45.

<sup>325</sup> Véase *supra* II.3.2.

<sup>326</sup> CLARO SOLAR, ob. cit., t. XIII, p. 55.

<sup>327</sup> Véase: SERRANO ALONSO, *Manual...*, pp. 35 y 36, el titular del *ius delationis* tiene la facultad de transmitirlo a sus herederos, denominada *sucesión iure transmissionis* o derecho de transmisión, consagrada en el artículo 1006 del Código Civil español que prevé que si muere el heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que se tenía.

<sup>328</sup> Véase: ALBALADEJO, ob. cit., p. 45, cuando el llamado fallece sin haber usado el *ius delationis*, es decir, sin haber optado por la facultad que le confiere, sus sucesores reciben la opción que él no utilizó. Se trata de una verdadera transmisión, en que el *ius delationis* pasa a sus herederos.

<sup>329</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 41; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 259, el *ius transmissionis* es por tanto, el derecho a recibir por transmisión el *ius delationis*; GUTIÉRREZ BARRENGOIA *et al.*, ob. cit., pp. 490 y 491.

<sup>330</sup> Véase: SANSÓ, *Sucesión legítima...*, p. 40, agrega el autor que las consecuencias son muy importantes: si hay representación el representante puede suceder aunque se

sujetos, la sucesión por representación aplica a los descendientes, la transmisión favorece a más personas. En cuanto al modo, en la representación los representantes entran en el grado y derechos del representado, mientras que en la transmisión los herederos del transmitente no suceden al causante de éste sino al verdadero transmitente<sup>331</sup>. Agrega TORRES-RIVERO que la sucesión por representación es una sucesión singular, mientras que la transmisión está referida a sucesiones sucesivas conectadas –plural–, por lo menos dos<sup>332</sup>. La transmisión opera tanto en la sucesión *ab intestato* como en la testamentaria<sup>333</sup>, mientras que la representación –en principio– solo en la primera<sup>334</sup>. La transmisión de la herencia<sup>335</sup> está regulada en los artículos 1007<sup>336</sup> y 1008<sup>337</sup> del Código Civil.

Se agrega, como se aprecia de la ubicación del tópico dentro del tema a tratar, que la figura de la representación es característica de la sucesión

---

haya renunciado o sea indigno el anterior; si hay transmisión de herencia, el heredero solo puede suceder en cuanto pueda hacerlo el causante inmediato, es decir que no medie renuncia o indignidad. La transmisión de la herencia puede hacerse aún a herederos testamentarios que no sean, por ejemplo, parientes, en tanto que la representación siempre se verifica entre parientes, mediando dicho vínculo entre causante, representante y representado.

<sup>331</sup> ROJAS, ob. cit., pp. 97 y 98.

<sup>332</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 63.

<sup>333</sup> SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 90.

<sup>334</sup> Véase, sin embargo, *infra* VI.5.

<sup>335</sup> Véase sobre tal figura: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, pp. 77-89.

<sup>336</sup> «Si la persona en cuyo favor se ha abierto una sucesión, muere sin haberla aceptado expresa o tácitamente, trasmite a sus herederos el derecho de aceptarla».

<sup>337</sup> «Si estos herederos no están de acuerdo para aceptar o para renunciar la herencia, el que la acepta adquiere solo todos los derechos y queda sometido a todas las cargas de la herencia, considerándose al renunciante como extraño». Véase: RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 272, «cuando entre los coherederos a quienes se le ha transmitido el derecho de aceptar o renunciar a una herencia no hay un consenso para la aceptación o renuncia, quienes la aceptan adquieren todos los derechos y obligaciones que entraña dicha herencia, teniéndose al resto como renunciante, y considerándoseles como extraños».

intestada, *ab intestato* o legítima<sup>338</sup>. Se afirma que la representación es equivalente en la sucesión intestada a la sustitución hereditaria o por voluntad del causante en la sucesión testada<sup>339</sup>. Esto es, se presenta como una suerte de «sustitución legal»<sup>340</sup> o, más precisamente, una sustitución por imperativo legal que acontece dada su naturaleza en la sucesión *ab intestato*<sup>341</sup>.

Sin embargo, en la doctrina española, se discute si la figura aplica igualmente a la sucesión testamentaria, respecto de la que se observa una tendencia a expandir su aplicación a la sucesión testada<sup>342</sup>. Y en tal sentido, MADRIÑÁN VÁZQUEZ comenta que, a partir de los años 40 del pasado siglo, se acusó una mayor amplitud hasta el punto de hablar de «tendencia

---

<sup>338</sup> Véase: Juzgado del Municipio Lagunillas de la circunscripción judicial del estado Zulia, sent. del 20-04-09, citada *supra*, «La representación no funciona en la sucesión testamentaria, sino solo en la intestada». Véase también, consideraciones en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, sent. del 13-01-06, exp. 5043, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/.../165-13-5043-06.html>; SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 139. No obstante, reseña el autor, respecto de Colombia, que el criterio ha cambiado por la Ley 29 de 1982 que dispone en su artículo 2 que hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto.

<sup>339</sup> ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 135. Véase *infra* x.

<sup>340</sup> Véase utilizando tal denominación: MESSINEO, ob. cit., p. 303, alude a «la sustitución legal del llamado –denominado derecho de representación–»; MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 10, es «la sustitución legal de un descendiente del causante por sus descendientes de inferior grado»; SERRANO GARCÍA *et al.*, ob. cit. Véase *ibíd.*, p. 92, en la sucesión *ab intestato*, la sustitución legal es un mecanismo que completa el orden legal de suceder.

<sup>341</sup> Véase sobre la naturaleza jurídica de la representación: SANOJA CLAVO y BRANGER DE SANOJA, ob. cit., pp. 72-74, al efecto citan cinco teorías fundamentales: ficción legal, subrogación, sustitución, beneficio legal, derecho o imperativo legal. Véase *ibíd.*, p. 74, los autores concluyen que se trata de una creación imperativa de la ley consagrada para proteger el verdadero alcance y esencia de la sucesión *ab intestato*, compaginándose en sus efectos con la sustitución ordinaria. Véase citando la doctrina francesa e italiana que indica que se trata de una ficción legal: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 125.

<sup>342</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 263.

expansiva del derecho de representación», con base en argumentos, tales como la voluntad presunta del testador, la equidad, y el sentido familiar y humanitario, muy claros en caso de premoriencia<sup>343</sup>. En la doctrina nacional, LÓPEZ HERRERA señala acertadamente que, si bien la representación es una institución típica y característica de la sucesión *ab intestato*, puede funcionar aunque no exactamente de la misma manera en la sucesión testamentaria<sup>344</sup> pues el artículo 953 del Código Civil<sup>345</sup> prevé la «representación testamentaria»<sup>346</sup>, que se torna particularmente importante respecto del acrecimiento o derecho de acrecer<sup>347</sup>.

## 7. ORDEN DE SUCEDER<sup>348</sup>

En la sucesión legítima los llamados a la sucesión son indicados taxativamente por ley en un orden que atiende a la proximidad familiar inspirada en

<sup>343</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: *El derecho de representación en la sucesión testada*. Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, acota que en el Derecho español, el debate perdió virulencia con el artículo 814.3 del Código Civil de la reforma del 13 de mayo de 1981, con un párrafo innovador que, pese a su ubicación, parece establecer un verdadero derecho de representación en el caso de premoriencia de los hijos del causante, en la sucesión testada.

<sup>344</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. i, pp. 100 y 385-388.

<sup>345</sup> «Queda sin efecto toda disposición testamentaria, si el favorecido por ella no ha sobrevivido al testador o es incapaz. Sin embargo, los descendientes del heredero o legatario premuerto o incapaz participarán de la herencia o del legado en el caso de que la representación se hubiere admitido en su provecho, si se tratase de sucesión *ab intestato*; a menos que el testador haya dispuesto otra cosa, o que se trate de legados de usufructo o de otro derecho personal por su naturaleza».

<sup>346</sup> *Ibíd.*, pp. 385-388. Véase *infra* VI.5. Véase en el mismo sentido: VILLAROEL RIÓN, *ob. cit.*, pp. 170 y 171, el artículo 953 establece una excepción a la regla de que en caso de incapacidad o premoriencia las instituciones testamentarias quedan sin efecto, pues se prevé la participación de los descendiente a través de la representación —que es una figura característica de la sucesión *ab intestato*—, y que en tal caso se aplica a la sucesión testamentaria.

<sup>347</sup> Véase *infra* XI.5.

<sup>348</sup> Véase: SANSÓ, Benito: «Orden de suceder en el Derecho venezolano». En: *Repertorio Forense*. Caracas, 2º trimestre, 1967, t. III, pp. 28-32; TORRES-RIVERO, *Teoría...*,

el afecto natural. Por eso, los llamados en primer término son los familiares más cercanos al causante, quienes excluyen a los más lejanos, llegando inclusive hasta el sexto grado respecto de los parientes colaterales. De no existir familiares –parientes o cónyuge– la herencia se le atribuye al Estado<sup>349</sup>.

De allí que se concluya que los sujetos llamados a suceder son los parientes, el cónyuge y el Estado<sup>350</sup>, sin que tal enumeración sea subsidiaria respecto de los dos primeros, pues los parientes más allegados no excluyen al cónyuge sino que concurren con este; aunque el Estado sí queda excluido por cualquiera de los anteriores. Dentro de los parientes, en atención al afecto natural de quienes se reproducen, los descendientes excluyen a los ascendientes<sup>351</sup>, y en cualquier caso el pariente más próximo excluye al más lejano. Así, dentro de los parientes, se afirma que el orden inspirado por la jerarquía de los afectos, primero desciende, luego asciende y finalmente se extiende hacia los colaterales<sup>352</sup>. El orden de suceder está regulado en los

---

t. II, pp. 111 y ss.; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 101-127; BASTIDAS, Luis I.: «Sobre el orden de suceder». En: *Sucesiones*. t. II, Caracas, Italgráfica, 1977, pp. 211-229; POLACCO, ob. cit., t. I, pp. 83-164; RAMÍREZ, ob. cit., pp. 204-213; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, pp. 137-149.

<sup>349</sup> Véase en este sentido: Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 27-06-16, exp. N.º AP31-S-2015-011675, <http://aragua.tsj.gob.ve/decisiones/2016/junio/3044-23-ap31-s-2015-011675-.html>.

<sup>350</sup> Véase *supra* 4.

<sup>351</sup> Véase: FARRERA, ob. cit., pp. 46 y 47, «el amor desciende, no asciende: grande para los hijos, se acrecienta y acentúa para los nietos y descendientes. Por más fuerte que sea el afecto para el padre, se debilita y disminuye al remontarse al abuelo, y va debilitándose y mermando cada vez más a medida que se sube. Podrá parecer injusta y chocante esa ley del afecto, pero no por eso es menos natural y humana, y a ella ha tenido que ajustarse el legislador».

<sup>352</sup> Véase: PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN y RODRÍGUEZ RAMOS, ob. cit., «Frente a los sistemas objetivos o reales que atienden a la raíz familiar de los bienes, en Derecho Civil común la sucesión intestada se ordena siguiendo un criterio subjetivo o personal que atiende al vínculo que existe entre ciertas personas y el causante. Dentro de este, se sigue el sistema de las tres líneas, de origen romano y basado en el afecto: el cariño desciende,

artículos 822 al 832 del Código Civil. Este ítem es denominado por un sector de la doctrina como «los órdenes hereditarios»<sup>353</sup> o también «orden de llamamientos»<sup>354</sup>.

Se acota que el orden de suceder es el conjunto de personas que integran las diferentes categorías, líneas y grados, que concurren o se excluyen entre sí a objeto de precisar determinada vocación hereditaria<sup>355</sup>. De allí que se alude a que la sucesión legal supone un orden de concurrencia y exclusión<sup>356</sup>. Como elementos de la transmisión sucesoria se citan: el orden, la

---

asciende y por último se reparte a los lados, que supone que heredan primero los descendientes, después los ascendientes y por último los colaterales».

<sup>353</sup> Véase: SUÁREZ FRANCO, ob. cit., pp. 142 y ss.

<sup>354</sup> Véase: DE RUGGIERO, ob. cit., p. 418.

<sup>355</sup> RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 20.

<sup>356</sup> Juzgado, Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, sent. del 28-10-11, citada *supra*, «El orden de suceder es un complejo sistema de concurrencia, ya que los familiares del *de cuius* concurren en la búsqueda de lo que llamamos patrimonio, y al cual se accede mediante la concurrencia para poder ser partícipes de lo que pueda corresponderle a cada uno de la masa hereditaria. Además de ser un complejo sistema de concurrencia, es un complejo sistema de exclusiones, esto quiere decir que no todos los que concurren van a recibir una cuota parte de la masa hereditaria que estos van a ser excluidos (...) Puede observarse que el llamado a suceder se da de manera excluyente en tres órdenes, el de los descendientes, el de los ascendientes y el de los colaterales. Evidentemente, los descendientes entran en el primer orden y estos deben ser legítimos, lo cual es verdaderamente un orden privilegiado, pues con él no se mezcla ninguno de los otros ordenes, y por tanto los excluye en absoluto, se entiende hasta lo infinito y en él prefiere el grado más próximo al más remoto, salvo el derecho de representación. Este orden de suceder contiene dos reglas, la primera es que el hijo hereda siempre, es decir, nunca es excluido de la sucesión *ab intestato*, y la segunda, es que el hijo excluye a todos los demás parientes, con excepción del cónyuge del causante». En el mismo sentido: Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación, Ejecución y para el Régimen Procesal Transitorio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. del 14-01-13, exp. AP51-J-2012-022548, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/.../2462-14-ap51-j-2012-022548>.

línea y el grado<sup>357</sup>. El orden viene dado por las relaciones de parentesco en sentido ascendente, descendente y colateral. A lo que se suma el orden privilegiado conyugal, que siempre concurre con descendientes, ascendientes y hermanos y sobrinos, pero excluye a los demás colaterales. La línea es la relación de procedencia consanguínea de los parientes entre sí, que puede ser recta o colateral; es recta, si los parientes ascienden unos de otros y es colateral cuando sin descender los unos de otros descienden de un autor común. La línea interesa para precisar la estirpe en caso de representación<sup>358</sup>. El grado de parentesco se determina por la distancia existente entre dos parientes, bien sea directamente o a través del autor común; cada generación forma un grado<sup>359</sup>; la proximidad en el grado determina la preferencia en el llamamiento sucesorio y establece los límites de la delación legal<sup>360</sup>.

Ahora bien, en relación con las personas indicadas llamadas a la sucesión, a saber, parientes, cónyuge y Estado, vale hacer algunas precisiones en torno al funcionamiento del orden preciso de suceder. Los parientes que podríamos calificar de próximos –descendientes, ascendientes y hermanos– concurren en un orden subsidiario con el cónyuge. Los parientes subsiguientes a los hermanos del *de cuius*, esto es, los colaterales de tercer hasta el sexto grado, solo entran en la sucesión a falta de cónyuge, pues en tal nivel, este excluye a aquellos. Veamos, pues, detalladamente –a los fines de su mejor comprensión– la forma en que el ordenamiento venezolano dispone lo relativo a los órdenes hereditarios.

Los parientes son aquellos sujetos ligados por un vínculo, que si es de sangre es de consanguinidad, pues los parientes por afinidad simplemente

---

<sup>357</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 135. Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 06-05-08, citada *supra*, «De acuerdo a la legislación venezolana, la transmisión de los derechos se ordena en función de tres elementos: por orden, línea y grado».

<sup>358</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho*, p. 136.

<sup>359</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 28; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual...*, p. 33.

<sup>360</sup> ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 137.

son los consanguíneos del cónyuge<sup>361</sup>. Estos últimos no tienen derechos sucesorios<sup>362</sup>. Por lo que cuando en el ámbito de la sucesión intestada se alude a pariente se entiende que son los consanguíneos o de sangre. En el Derecho comparado continental los afines han carecido de vocación sucesoria<sup>363</sup>, no faltando, sin embargo, quien haya considerado su incorporación<sup>364</sup>. No obstante, es indudable que, salvo excepciones, entre los afines en modo alguno se configura una relación análoga a la de los parientes consanguíneos, desde múltiples puntos de vista, amén de la anacrónica disposición según la cual la afinidad no se extingue con el matrimonio (artículo 40 del Código Civil), lo que podría generar situaciones absurdas de pretensión de sucesión<sup>365</sup>, cuando sustancialmente ni siquiera media contacto real. De allí que quien pretenda favorecer a un pariente afín, precisa hacerlo por disposición testamentaria. La idea de que el parentesco de sangre debe constituir la base de la sucesión legal viene desde el Derecho romano<sup>366</sup>. Los parientes pueden ser de tres órdenes: descendientes, ascendientes y los colaterales<sup>367</sup>.

---

<sup>361</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*, Caracas, Paredes, 2ª edic., 2014, pp. 32-35.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 35. Véase también: SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 142, «la afinidad no es fuente de Derecho Herencial».

<sup>363</sup> Véase: LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 119. Véase: RIPERT y BOULANGER, ob. cit. p. 88, los afines no forman parte de la familia y por tanto no suceden.

<sup>364</sup> Véase: LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 121, cita el artículo 138 del Proyecto de Código Civil italiano que establecía: «A quien muere sin dejar parientes en grado de suceder ni cónyuge, suceden en cuotas iguales yernos y nueras, o en defecto de estos, suegros y suegras». Disposición que no fue receptada en el Código Civil italiano de 1942. Cita en la doctrina a JOSSEMAND, quien considera que debería incorporarse la sucesión entre afines sosteniendo que su ausencia en el Derecho francés es una «inelegancia» de dicho sistema legislativo.

<sup>365</sup> Inclusive simultánea dada la subsistencia del vínculo, no obstante la extinción del matrimonio. Véase: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 382, evidentemente, no tiene derecho a heredar ni por derecho de representación un afín, un cuñado (Auto de la AP Zaragoza, sección 2.ª, del 07-03-07, JUR 2007, 1374).

<sup>366</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 30.

<sup>367</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 87.

Así pues, los parientes consanguíneos que tienen derecho a heredar son en ese orden de gradación; descendientes, ascendientes, hermanos —y sobrinos por derecho de representación—, y colaterales hasta el sexto grado.

El Código Civil, en atención al afecto primario que surge de la reproducción<sup>368</sup>, llama, en primer término, a la herencia a los descendientes, comenzando por los hijos<sup>369</sup>; los descendientes de estos solo son llamados por vía de representación en caso de premoriencia, indignidad o ausencia, pues en caso de renuncia concurren por derecho propio. Pero en tales supuestos se atribuye una cuota igual a cada hijo que se distribuirá al grupo correspondiente<sup>370</sup>.

Prevé el artículo 822: «Al padre, a la madre y a todo ascendiente suceden sus hijos o descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada». Con los descendientes concurre el cónyuge del causante en los términos del

---

<sup>368</sup> Véase: ROJAS, ob. cit., p. 108, en homenaje al principio de que el afecto desciende primero hacia los hijos, la ley llama a estos a la sucesión excluyendo a otros parientes.

<sup>369</sup> Es de recordar, aunque se peque de obvio, que los hijos adoptivos se encuentran exactamente en la misma situación que los biológicos, toda vez que la ley asimila ambas filiaciones en cuanto a sus efectos. La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes eliminó la adopción «simple» y actualmente solo subsiste la «plena» (artículo 411), no obstante la referencia del artículo 829 del Código Civil que disponía: «Los hijos adoptivos en adopción simple tienen, en la herencia del adoptante o adoptantes, los mismos derechos que los otros hijos». Así mismo, el matrimonial y el extramatrimonial tienen la misma condición jurídica a partir de la reforma del Código Civil de 1982 y así lo reconoce el artículo 826: «Una vez que haya sido establecida su filiación, el hijo nacido y concebido fuera del matrimonio tiene, en la sucesión del padre y de la madre, en la de los ascendientes, y demás parientes de éstos, los mismos derechos que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio». En tal sentido dispone el artículo 827: «Salvo lo previsto en el artículo 219, el padre y la madre, sus ascendientes y demás parientes del hijo nacido y concebido fuera del matrimonio, tienen en la sucesión de este último y en la de sus descendientes, los mismos derechos que la ley atribuye al hijo nacido o concebido durante el matrimonio». Véase VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El principio de unidad de filiación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 2. Caracas, 2013, pp. 173 y ss.

<sup>370</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 295 y 296.

artículo 824: «El viudo o la viuda concurre con los descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, tomando una parte igual a la de un hijo». Conforme a dicha norma «... el cónyuge supérstite tiene derecho a suceder en la herencia de su consorte tomando una parte igual a la de un hijo»<sup>371</sup>. De tal suerte, que los hijos o descendientes concurren con el cónyuge del *de cuius*, excluyendo a los demás familiares<sup>372</sup>, quien hereda en cuota como si fuere un hijo más –a diferencia de concurrir con los ascendientes donde la cuota se divide por mitad–. De no existir cónyuge, la herencia corresponde íntegramente a los descendientes. Los descendientes excluyen a los ascendientes.

Si no existen descendientes, la ley llama a la sucesión en concurrencia de por mitad con el cónyuge a los ascendientes. Si no existe cónyuge la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes, que entran en la sucesión según la proximidad de grado. Respecto de los ascendientes no opera la representación. «Basta que exista un descendiente, sin importar lo lejano que se encuentre respecto al *de cuius*, para que los padres y demás ascendientes queden fuera de la sucesión»<sup>373</sup>.

Prevé al respecto el artículo 825 del Código Civil: «La herencia de toda persona que falleciere sin dejar hijos o descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, se defiere conforme a las siguientes reglas: Habiendo ascendientes y cónyuge, corresponde la mitad de la herencia a aquéllos y a éste la otra mitad. No habiendo cónyuge la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes. A falta de ascendientes, corresponde la mitad de la herencia al cónyuge y la otra mitad a los hermanos y por derecho

---

<sup>371</sup> Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, Juez N.º 1, sent. del 26-03-08, citada *supra*.

<sup>372</sup> Véase: ABELIK MANASEVICH, René: «Últimas modificaciones del Código Civil chileno. Materia de Derecho de Familia y Sucesorio». En: *Revista Jurídica*, N.º 14, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2001, <https://www.revistajuridicaonline.com/edicion-14-2/>, «se fortalece los derechos del cónyuge y de los hijos en desmedro de ascendientes y de la familia colateral».

<sup>373</sup> PIÑA VALLES, ob. cit., p. 48.

de representación a los sobrinos. A falta de estos hermanos y sobrinos, la herencia corresponde íntegramente al cónyuge y si faltare éste corresponde a los hermanos y sobrinos expresados. A falta de cónyuge, ascendientes, hermanos y sobrinos, sucederán al *de cuius* sus otros colaterales consanguíneos».

De la citada norma se deriva que: el cónyuge concurre como un hijo más con los descendientes del *de cuius*; pero a falta de estos, el cónyuge concurre con los ascendientes del causante de por mitad. Señala la doctrina: «El llamamiento a ascendientes se produce, en general, ante lo que se considera un “accidente sucesorio” pues no hay nada más antinatural ni triste que sobrevivir a un descendiente»<sup>374</sup>.

A falta de ascendientes, el cónyuge concurre de por mitad con los hermanos<sup>375</sup> del *de cuius* y los sobrinos por derecho de representación<sup>376</sup>. El hermano es el pariente consanguíneo en línea colateral más inmediato, transversal en segundo grado y el sobrino es pariente colateral oblicuo o diagonal hacia abajo en tercer grado. En virtud de la excepción de la representación, junto con un hermano del causante puede concurrir su sobrino<sup>377</sup>. Otros consideran que los hermanos no ofrecen la misma intensidad que los parientes en línea recta<sup>378</sup>.

<sup>374</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 270.

<sup>375</sup> Véase: POVIÑA, Horacio L.: *Sucesión de los parientes colaterales*. Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1967, p. 17, el concepto de hermanazgo o hermandad que constituye la más propinqua o cercana relación de parentesco en la línea colateral es aplicable a los hermanos bilaterales o carnales –padres comunes– y a los medio hermanos o hermanos unilaterales –correspondientes a la categoría de doble y simple conjunción, respectivamente–.

<sup>376</sup> Véase: SANSÓ, *Apertura...*, p. 31, en caso de concurrir hermanos y cónyuge, la herencia se divide de por mitad entre el grupo de hermanos y la otra mitad se le asigna al cónyuge.

<sup>377</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 134

<sup>378</sup> Véase: NÚÑEZ Y NÚÑEZ, María: *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Madrid, Dykinson, 2007, p. 168, la postergación de los hermanos es correcta, acorde con los tiempos y la realidad social del momento. Los deberes respecto de ellos, son menos imperiosos que respecto del cónyuge y ascendientes quienes contribuyen

A falta de hermanos y sobrinos por representación, la herencia corresponde íntegramente al cónyuge, dándose uno de los supuestos de heredero único. De tal suerte, que de existir cónyuge, este excluye a los demás parientes colaterales distintos a hermanos y sobrinos por derecho de representación, los cuales solo entran en la sucesión a falta de los demás sucesores *ab intestato*. Esto es los colaterales entre el tercero y sexto grado entran en la sucesión en defecto de todos los demás parientes «y» del cónyuge, pues este los excluye.

La situación del cónyuge supérstite varía según los parientes con los que concurra; pues mientras concurre con los hijos, la cuota del viudo equivale a la de un hijo, pero la cuota aumenta a la mitad si concurre con ascendientes, así como con hermanos y sobrinos por representación. Mientras que el cónyuge excluye a parientes colaterales ulteriores. Al afectó indicó DE RUGGIERO –pero aplicable a nuestro ordenamiento– que el Código llegó más lejos que otras legislaciones al considerar el vínculo conyugal y la intimidad de vida y afectos entre cónyuges como un título no inferior y a veces superior al de los parientes consanguíneos. Pues el cónyuge tiene un derecho sucesorio en todo caso cualquier que sea el número y la calidad de los herederos con quienes concurra<sup>379</sup>.

Los hermanos son excluidos por los descendientes del *de cuius* y falta de estos por los ascendientes<sup>380</sup>. Tampoco es posible la concurrencia de

---

generalmente con la preservación del patrimonio familiar. Los hermanos forman su propia familia y a ella destinan los esfuerzos económicos.

<sup>379</sup> DE RUGGIERO, ob. cit., p. 435.

<sup>380</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 20-06-06, citada supra, «... lo cual demuestra que el causante (...) dejó hijos como descendiente en línea recta y como pariente más próximo, y al tener estas cualidades según el citado artículo 822 del Código Civil, nunca podrán ser excluidos por las restantes categorías y clases de herederos legítimos correspondiéndole por derecho propio la legítima, que es una cuota de la herencia que tiene derecho de exigir por tener tal condición, lo que significa que la hermana del causante (...) no tiene la condición de descendiente, que es la de primer

ascendientes y hermanos, pues los primeros excluyen a los últimos<sup>381</sup>. Es de observar que los hermanos –aunque concurren de por mitad con el cónyuge en la sucesión legal– no son herederos legitimarios –como tampoco los demás colaterales<sup>382</sup>, –a diferencia de los descendientes, ascendientes y cónyuge– por lo que pudieran ser excluidos de la sucesión legítima por voluntad del testador.

El artículo 828 del Código Civil prevé: «Cuando concurren hermanos de doble conjunción, aun cuando hayan sido concebidos y nacidos fuera del matrimonio, con hermanos de simple conjunción, a estos últimos les corresponderá una cuota igual a la mitad de lo que a cada uno de aquellos corresponda»<sup>383</sup>. La doctrina argentina señala que en la sucesión de los hermanos pueden haber dos soluciones: la absoluta equiparación de ambas categorías que se traduce en iguales porciones hereditarias o la asignación a los medios hermanos de una cuota generalmente de la mitad<sup>384</sup>. Nuestro ordenamiento acoge este último, de tal suerte que a los hermanos de simple conjunción que comparten un solo progenitor –únicamente hermanos de padres «o» de madre– les corresponde la mitad de la cuota de los hermanos de doble conjunción –de padre y madre–. Así los hermanos unilaterales heredan la mitad que los bilaterales o de doble vínculo<sup>385</sup>.

---

grado, ascendiente –madre o padre– que es la de segundo grado, tampoco es cónyuge –del heredero por tener tal condición–, solo es hermana del causante, por lo cual no tiene derecho a la herencia, porque los descendientes por imperativo legal solo concurren a la herencia con la cónyuge del causante y los hijos adoptados según disposición de los artículos 823 y 829 del Código Civil, en consecuencia por no encontrarse en los grados de heredero legítimo y por encontrarnos con la aplicación de normas de orden público que no pueden ser quebrantadas por las partes, ni por el órgano jurisdiccional, se declara (...) que la ciudadana (...) no tiene la cualidad de heredero del causante...».

<sup>381</sup> ROJAS, ob. cit., p. 111.

<sup>382</sup> Véase *infra* IX.3.

<sup>383</sup> Véase: Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 15-05-13, exp. AP31-S-2012-011926, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/2148-15-AP31-S-2012-011926-.html>.

<sup>384</sup> Véase: POVIÑA, ob. cit., p. 17.

<sup>385</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 54.

Para TORRES-RIVERO, la «la única desigualdad sucesoral hoy imperante es entre hermanos de doble conjunción y hermanos de simple conjunción»<sup>386</sup>. Desigualdad, a nuestro criterio, injustificada, toda vez que los hermanos de simple conjunción son parientes más cercanos que el resto de los colaterales, respecto de los que la ley no toma en cuenta la simple conjunción a los efectos sucesorales<sup>387</sup>, amén del hecho biológico de compartir un solo progenitor es en la práctica indiferente, ante la necesaria crianza conjunta de hermanos de múltiples matrimonios<sup>388</sup>. Es de recordar que la igualdad constituye principio fundamental del Derecho de Familia<sup>389</sup>, expresamente consagrado en la Constitución<sup>390</sup> y en la Ley de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad<sup>391</sup>. Sería recomendable suprimir de *lege ferenda* tan infundada diferencia entre hermanos.

Por regla general, el cónyuge es la persona que más cerca ha estado del causante, compartiendo su vida, y esto aboga por concederle un derecho

---

<sup>386</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 135. Véase contrariamente: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 390 y 391, «El profesor VATTIER FUENZALIDA mantiene que es muy dudosa la adaptación de esta diferenciación al marco constitucional por los imperativos del derecho a la igualdad (...) Es opinión razonable y que suscita fuerte consenso 45 pero, a mi juicio, la regla no entraña exactamente discriminación por razón de filiación ni es incompatible con la CE (...) En puridad, la regla del duplo no es exactamente discriminatoria en razón de filiación. Sencillamente refleja en el derecho a heredar la mayor vinculación familiar, mayores lazos y mayor proximidad parentelar del doble vínculo respecto del hermano de vínculo sencillo».

<sup>387</sup> Lo que resulta injusto o ilógico, dada la proximidad del grado del hermano respecto del colateral.

<sup>388</sup> Véase referencia en: Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Región Agraria del estado Lara, sent. del 10-05-06, exp. KH06-A-2001-000021, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/656-10-KH06-A-2001-000021-.html>.

<sup>389</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho de Familia...*, p. 30.

<sup>390</sup> Véase: artículo 75.

<sup>391</sup> Véase: artículo 5 «El principio de igualdad de derechos y obligaciones entre las y los integrantes de las familias constituye la base del ejercicio del principio de la responsabilidad compartida y la sociedad familiar, y su cumplimiento contará con el apoyo del estado y sus órganos; y promoverán políticas, programas, proyectos y acciones dirigidas a apoyar dicho principio».

sucesorio preferente<sup>392</sup>; el fundamento del derechos sucesorio del cónyuge reposa en el afecto, la mutua asistencia, la comunidad de ideales e intereses durante la vida matrimonial que pretendió formar un solo ser<sup>393</sup>. Desde nuestro Código Civil de 1862, nuestro legislador, poseído de un amplio espíritu de humanidad, y con una exacta noción del fundamento racional de la sucesión *ad intestado* reaccionado contra la legislación española imperante y los vientos que soplaban en Francia, salvó al cónyuge sobreviviente de la situación precaria y lastimosa en que yacía para hacerlo ocupar un puesto preferente a la par de los hijos, en el primer orden de suceder<sup>394</sup>. Se aprecia que el cónyuge<sup>395</sup>, en su especial y estrecha condición familiar con el *de cuius*, concurre –previa partición de la comunidad conyugal ajena al fenómeno sucesoral<sup>396</sup>– con los demás parientes del *de cuius*,

---

<sup>392</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 52.

<sup>393</sup> GARCÍA, Ibraim: *Derecho sucesoral del cónyuge sobreviviente. Análisis crítico de varias disposiciones del Código Civil venezolano relativas a esta materia. Apuntaciones para futuras reformas de la legislación*. Caracas, Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Políticas Universidad Central de Venezuela, Tip. Americana, 1926, p. 15.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 22. Véase sobre la situación del cónyuge en nuestros primeros Códigos sustantivos (1862-1867-1873-1880-1896-1904 y 1916) *ibíd.*, pp. 21-28. Véase sobre el Código Civil de 1922, vigente para la fecha del análisis del autor: *ibíd.*, pp. 31-67.

<sup>395</sup> Véase reseña histórica de la sucesión del cónyuge en: LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., pp. 59 y ss.; PARRA ARANGUREN, Gonzalo: «Los derechos sucesorales del cónyuge superviviente». En: *Sucesiones*. t. II, Caracas, Italgráfica, 1977, pp. 307-320.

<sup>396</sup> De no existir capitulaciones matrimoniales que establezcan separación de bienes, rige entre cónyuges la comunidad supletoria de gananciales por la cual son comunes de por mitad los bienes obtenidos en la misma de conformidad con las respectivas normas del Código Civil (artículos 148 y ss.). Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, pp. 104 y 105, no debe confundirse el régimen legal supletorio de la comunidad conyugal con el derecho del cónyuge en la sucesión *ab intestato*. Véase: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, sent. del 26-03-08, citada *supra*, «... poco importa la existencia previa o no de una comunidad conyugal, ya que la norma anteriormente referida no excluye de los bienes sucesorales los que hayan sido adquiridos con anterioridad al matrimonio. Ellos no forman parte de la comunidad conyugal; pero sí del patrimonio hereditario. Por lo tanto, al momento de efectuar la partición y a los efectos de la distribución de los lotes y de obtener la cuota que a cada heredero corresponde, el partidor

aunque en distintas porciones según se trate de descendientes<sup>397</sup> —como un hijo más— u otros parientes —ascendientes y hermanos de por mitad—. Pero, a partir de esta última, el cónyuge excluye a los ulteriores colaterales.

Así, afirma SANSÓ que el cónyuge excluye a los colaterales desde el tercer grado y «el cónyuge nunca puede ser excluido por los otros herederos»<sup>398</sup>, pues es la única persona que concurre con cualquier categoría de herederos<sup>399</sup>. El cónyuge no es excluido por nadie, excluye a los colaterales de ulteriores grado, concurre con todos los otros sucesores y es legitimario<sup>400</sup>. El cónyuge «no soporta en ningún caso, la concurrencia de los parientes llamados “demás colaterales”»<sup>401</sup>. El artículo 823 prevé: «El matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos cesan con la separación de cuerpos y de bienes sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba, en ambos casos, de reconciliación». Se evidencia de la citada norma que la vocación hereditaria *ab intestato* precisa que no exista separación judicial de cuerpos «y» de bienes. La citada conjunción denota que se requiere concurrencia de las citadas separaciones<sup>402</sup>. Por lo que la sola separación de cuerpos sin

---

deberá tomar en cuenta la totalidad del patrimonio que pertenezca al *de cuius*, excluyendo, si es el caso, la porción de los bienes que pertenezcan al cónyuge como liquidación de la comunidad conyugal, caso en el cual forma parte del acervo hereditario solo el 50 % de su valor».

<sup>397</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 24-10-06, exp. 15023, <http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/.../1125-24-15.023-.html>, «Todo este bloque de normativas nos indica quienes son las personas llamadas a suceder con la muerte del causante (...) siéndole aplicables los artículos 822, 823 y 824 del Código Civil, por la calidad de la línea o vocación hereditaria, ya que primeramente les suceden los parientes consanguíneos del causante en línea recta descendiente —hijos— y si se encuentra casado crea derechos sucesorales para el cónyuge...».

<sup>398</sup> SANSÓ, *Apertura...*, p. 30; ROJAS, ob. cit., p. 120.

<sup>399</sup> RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 21.

<sup>400</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 101.

<sup>401</sup> D'JESÚS M., ob. cit., p. 40.

<sup>402</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 142, «solo cuando concurren la separación de cuerpos y la separación de bienes queda excluida la vocación sucesoria privilegiada del

separación de bienes no hace perder la vocación hereditaria; no es suficiente a los efectos sucesorios la simple separación<sup>403</sup>, se precisa sentencia definitivamente firme de separación de cuerpos y de bienes<sup>404</sup>.

Según tuvimos ocasión de explicar detalladamente, somos del criterio –como se deriva de la norma citada– de que la separación de bienes que, a la par de la separación de cuerpos, hace perder la vocación hereditaria, es la judicial –de mutuo acuerdo o contenciosa<sup>405</sup>–, mas no las capitulaciones matrimoniales, que, ciertamente, no equivalen a una separación judicial de bienes, pues como manifestación de la autonomía de la voluntad no podrían ni privar de la vocación hereditaria<sup>406</sup> ni de la legítima<sup>407</sup>. En caso de mediar nulidad, ante el supuesto de matrimonio putativo, la vocación hereditaria se mantiene respecto al cónyuge de buena fe<sup>408</sup>. Se aclara que no

---

cónyuge». Cuando esté pendiente juicio de divorcio la vocación se mantiene pues la ley alude los supuestos indicados. Recordemos que el juicio de divorcio se extingue con la muerte por ser una acción personalísima.

<sup>403</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 63.

<sup>404</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., p. 298.

<sup>405</sup> Véase: PIÑA VALLES, ob. cit., p. 54, si la solicitud tiene lugar por vía contenciosa y el demandado muere en el curso del procedimiento sin haberse dictado sentencia, el actor hereda pues se presume que la causa no le es atribuible; si el que fallece es el demandante y no se ha dictado sentencia, el demandado sucede; pero si se dictó sentencia el demandado no hereda porque se presume que la causa le fue imputable; ROJAS, ob. cit., pp. 119 y 120.

<sup>406</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho de Familia...*, pp. 109-117. Véase en sentido contrario: GARBATI GARBATI, Guido y LEÓN PARADA, Alejandra: «Las capitulaciones matrimoniales y sus implicaciones». En: *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Caracas, TSJ, 2004, tomo I, 582, indican: «En caso de muerte de uno de los cónyuges el sobreviviente pierde la vocación hereditaria como efecto inmediato de las capitulaciones matrimoniales que hubieren acordado».

<sup>407</sup> Véase *infra* IX.3.

<sup>408</sup> Véase: artículo 127 del Código Civil; SANSÓ, *Apertura...*, p. 29, «cuando el matrimonio ha sido declarado nulo, y el matrimonio es putativo, tendrá vocación hereditaria cuando la apertura de la sucesión se ha verificado antes de la sentencia firme de nulidad»; PARRA ARANGUREN, ob. cit., p. 315. Véase sobre el derecho sucesoral del cónyuge en caso de matrimonio nulo: GARCÍA, ob. cit., pp. 91-112.

debe confundirse la participación hereditaria del cónyuge en la sucesión *ab intestato* que corresponde como un hijo más o de por mitad según el caso, de la partición de la comunidad conyugal o bienes habido en el matrimonio<sup>409</sup> –a falta de capitulaciones matrimoniales– que es de por mitad entre cónyuges y que se extingue por la muerte. Así pues, a falta de capitulaciones matrimoniales, entra en juego el régimen legal supletorio de la «comunidad conyugal» o «de gananciales», que prevé una distribución de por mitad entre los cónyuges<sup>410</sup>. En conclusión, la parte sujeta a sucesión es la correspondiente al causante una vez liquidada la comunidad conyugal.

Es de recordar que el concubino o concubina declarado judicialmente como tal<sup>411</sup> por juicio contradictorio<sup>412</sup> –existente al momento de la muerte

---

<sup>409</sup> Véase: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, Juez N.º 1, sent. del 26-03-08, citada *supra*.

<sup>410</sup> Véase artículo 148 del Código Civil.

<sup>411</sup> Véase entre otras además de la citada sentencia líder: TSJ/SC, sent. N.º 1682, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. del 22-09-08, exp. 9355-06, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/.../283-22-9355-06-.html>, «El juicio de partición no puede ser a la vez declarativo de la existencia de la comunidad concubinaria, pues requiriere de un proceso de conocimiento distinto y por lo tanto previo...»; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 27-11-07, citada *supra*, «la condición de heredero del causante no es posible atribuírsele al concubino sobreviviente de la persona fallecida, el concubinato es una situación de hecho, y si bien es cierto que es reconocido constitucionalmente, y de acuerdo a jurisprudencia de casación, solo previa demostración de dicho estado mediante sentencia mero declarativa que declare su existencia»; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. 30-05-08, exp. 079949, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/.../2138-30-079949-08.063-def-civ.html>, «... considera quien juzga que la parte actora no cumplió con su carga probatoria de acreditar mediante una declaración de certeza judicial su alegada condición de concubina, y al no acreditarla su accionar debe sucumbir»; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, sent. 30-10-07, exp. 7287/03, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/.../283-30-7287-03-.>

del causante<sup>413</sup>, amén de la posibilidad de acta de conformidad con la Ley Orgánica de Registro Civil<sup>414</sup>, se encuentra en la misma situación

---

html; TSJ/SCC, sent. N.º 470, del 21-05-04, «si bien es cierto que la Constitución (...) en su artículo 77 consagra como norma vigente que las uniones estables de hecho (...) no es menos cierto que tal postulado solo puede ser hecho efectivo judicialmente mediante la acción respectiva en un procedimiento contencioso y no en uno de jurisdicción voluntaria»; Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 17-04-09, citada *supra*; Juzgado Undécimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 07-10-09, exp. AP31-S-2009-005768, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2009/octubre/2158-7-AP31-S-2009-005768-.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 13-10-06, citada *supra*. Véase, sin embargo, decidiendo la declaración universal de único heredero a la concubina sin previa sentencia judicial, en atención a las circunstancias, lo que entre otros afectaría el principio de igualdad: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Vargas, sent. del 25-04-08, exp. 5932, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/130-25-5932-08-6300.html>, «... la solicitante acredita haber vivido en concubinato con el causante durante 37 años, y en la oportunidad de su comparecencia (...) alegó tener problemas económicos y de salud que le impiden realizar otros trámites necesarios para obtener la declaratoria judicial de concubina, resolución que se requiere para que se le declare como única y universal heredera (...) Siempre procurando darle satisfacción a los principios que informan nuestra Carta Magna, estima este juzgador que dadas las condiciones de salud y los problemas económicos que afectan a la solicitante, se le ocasionaría un perjuicio irreparable si se le negara la cualidad de concubina por la falta de declaratoria judicial en virtud de que no se acreditó la sentencia judicial que así lo declara, pues someterla a un proceso judicial cuya duración es indeterminada no garantiza que al final pueda acceder al disfrute de lo que por derecho le corresponde, más aún cuando en el caso de marras se trata de una solicitud de jurisdicción graciosa, donde no hay contención y se dejan siempre a salvo derechos de terceros. Por todas las razones antes expuestas, jurado el estado de necesidad y cumplidas como han sido las anteriores actuaciones, y no obstante que la parte necesita acudir a la vía ordinaria para interponer la acción merodeclarativa de concubinato, dadas las particulares circunstancias del caso, las pruebas consignadas resultan suficientes salvo mejor derecho de terceros, para tener a la ciudadana (...) como concubina del causante (...) en consecuencia, con cualidad de única y universal heredera y por ende con derecho

que el cónyuge en materia de vocación hereditaria, de conformidad con el artículo 77 de la Carta Magna, tal y como había sido admitido por la

---

sobre el acervo de bienes quedantes al fallecimiento del ciudadano (...) siempre dejando a salvo derechos de terceros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil». Véase VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Una lección. La unión estable de hecho (comentario a la sentencia N.º 326, de la Sala de Casación Civil del TSJ)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, pp. 329 y ss.

<sup>412</sup> Véase: Juzgado Segundo del Municipio Páez del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 21-05-09, exp. 867-2009, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/1156-21-867-2009-.html>, «Ahora bien, la pretensión de «declaración de la existencia de unión concubinaría», debe someterse al control y contradicción, es decir, con demandados y contestación de la demanda. En este cometido, el Juez debe garantizar las formas procesales que aseguren la posibilidad de que se plantee una contención –sea que se dé o no en la realidad–. Por ello, debe demandarse a quienes aparezcan como causahabientes a título de herederos naturales o legatarios, se debe garantizar el derecho a alegar y probar igualmente a todo aquel que pudiese deducir un derecho».

<sup>413</sup> Así pues, aunque se pretenda imponer registro a las declaraciones concubinarias (artículos 3.3, 117 a 122 de la Ley Orgánica de Registro Civil), podría ser necesaria la correspondiente declaratoria judicial a fin de acreditar fehacientemente el tiempo de duración de la unión de hecho y su existencia al tiempo del fallecimiento del causante, que es definitiva lo que da origen a la vocación sucesoria en caso de concubinato. Se precisa obviamente que el concubinato exista al momento de la muerte del *de cuius*», pues «a diferencia del matrimonio se trata de una situación de hecho que precisa control judicial a los fines de delimitar su vigencia en el tiempo. Pero ciertamente puede presumirse su existencia si la unión de hecho estable está registrada y al tiempo de la muerte no ha operado registro de su extinción, sin perjuicio, de que ello sea judicial impugnable, pues, la unión de hecho estable se disuelve por la sola voluntad de uno de los convivientes y el registro solo cumple una función meramente probatoria.

<sup>414</sup> Véase: artículos 3.3, 117 a 122; Reglamento N.º 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil, artículos 65 al 68. No obstante que la Ley prevea la posibilidad de registro de la unión de hecho estable, por su propia naturaleza de situación fáctica, generalmente a falta de reconocimiento de las partes, se precisará acudir a la referida sentencia merodeclarativa de concubinato, pues se requiere certeza respecto de la fecha de disolución de la unión, más aún a efectos sucesoriales. Ello, pues, el concubinato ha de estar vigente a la fecha de la muerte del causante. Por lo que es obvio, que en tal caso no pudo existir declaración conjunta o unilateral ante el funcionario de

doctrina<sup>415</sup> y la jurisprudencia<sup>416</sup> y que posteriormente reiteró la Sala Constitucional en interpretación de dicha norma: «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,

---

registro sobre la disolución de la unión. Dicha declaración de las partes constituirá prueba útil de la existencia de la situación cuando se reclamen efectos de la unión en tal período. De allí que, si bien la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 122) prevé la declaración de voluntad en la extinción de la unión –conjunta o unilateral, en este último caso con notificación–, en materia sucesoral no habrá mediado dicha manifestación para que puede considerarse o presumirse vigente la unión espontánea a la fecha de la muerte del concubino causante.

<sup>415</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho*, N.º 17, Caracas, TSJ, 2005, pp. 232-236 (también en: *Manual...*, pp. 434-468).

<sup>416</sup> Véase entre otras: Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 24-06-04, exp. 26759, indica a propósito del artículo 77 de la Constitución: «A criterio de este Juzgado, la norma transcrita no ha limitado ni especificado los efectos del matrimonio que el concubinato produzca, y por ello no le es dado a este órgano jurisdiccional interpretar restrictivamente dicha norma jurídica, como tampoco es procedente ese tipo de interpretación cuando de derechos de los particulares se trata. Por esa razón, los efectos que producirá el concubinato habrán de ser efectos personales y patrimoniales similares a los del matrimonio, entre los cuales se encuentra la vocación hereditaria del cónyuge, y en este caso, de la concubina»; Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 21- 09-04, exp. N.º 2343, <http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1179-21-2343-.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Apure, sent. del 15-11-04, exp. 4510, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/446-15-4.510-.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, sent. 30-11-04, exp. N.º 24681, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/101-30-24.681-.html>.

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 (artículos 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810»<sup>417</sup>.

Interpretación del Máximo Tribunal que respecto de la vocación hereditaria de los concubinos en esencia consideramos acertada al margen de críticas suscitadas, algunas de precaria objetividad académica<sup>418</sup>.

Se aprecian decisiones de instancia que se pronuncian en igual sentido: «De esta manera se consagra definitivamente el derecho sucesoral del concubino sobreviviente, sobre los bienes del concubino fallecido al cual

---

<sup>417</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 1682, citada *supra*. Véase, nuestros comentarios con anterioridad a la citada sentencia: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: «Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho*, N.º 17, Caracas, TSJ, 2005, p. 233, «La especialidad del vínculo y el estrecho afecto que la ley presume une al *de cuius* con el heredero es el fundamento que inspira la vocación hereditaria; es indudable que tales elementos llevan a sostener tal vocación respecto de la concubina en la sucesión *ab intestato* o sin testamento», y especialmente nota 65, «Las interrogantes en esta materia deberán tener por norte las normas correspondientes en materia de sucesión hereditaria. Y así, por ejemplo, no podría el concubino en vida desconocer por vía testamentaria la legítima que le correspondería a su concubina en aplicación de los artículos del Código Civil» (también en: *Manual de Derecho de Familia...*, pp. 433-436).

<sup>418</sup> Véase referencias contenidas en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho de Familia...*, pp. 460 y ss. (también en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista de Derecho*, N.º 27, Caracas, TSJ, 2008, pp. 133-167. No compartimos con la sentencia la posibilidad de «concubinatio putativo», la limitación del tiempo de estabilidad a los fines del concubinatio a un mínimo de dos años, así como la imposibilidad de realizar una suerte de capitulaciones concubinarias.

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 constituyó una innovación radical, en el régimen patrimonial que regulaba al concubinato en los últimos tiempos, y por ende cobra gran importancia en el marco del tema tratado, pues es preciso incluir a la concubina o concubino dentro de los herederos *ab intestato* a tomar en cuenta a la hora de la partición. No obstante, se precisa probar la unión de hecho estable mediante el acta respectiva (artículos 117-122 de la Ley Orgánica de Registro Civil) o en su defecto a través de la correspondiente sentencia merodeclarativa<sup>419</sup>. «... Entre los concubinos existen derechos sucesorales conforme a lo previsto en el artículo 823 del Código Civil, siempre que la muerte de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión»<sup>420</sup>. La vocación hereditaria del concubino ya había sido considerada en otros ordenamientos<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 25-01-08, exp. 05-12738, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/.../223-25-05-12738-.html>, Previamente el concubino(a) ha de haber obtenido la declaración de tal, según sentencia definitivamente firme, de lo contrario, no podrá acreditar el derecho sucesoral ante los terceros que pretendan desconocer tal derecho.

<sup>420</sup> Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 12-06-08, exp. 5743, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/.../1321-12-5743-12.html>.

<sup>421</sup> Véase: AGUILAR GUTIÉRREZ, ANTONIO: *Síntesis de Derecho Civil*. México D. F., UNAM, 1966, p. 122; NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael: *Unión extramatrimonial*. La Habana, Ediciones Montero Obispo, 1945, pp. 5 y 22, señala el autor que en la Constitución cubana de 1940 tuvo lugar la institución de equiparación al matrimonio de las uniones no matrimoniales. El autor señala que fue él quien en 1943 a cargo del Juzgado de Primera Instancia del Sur de la Habana dictó la primera sentencia abordando el problema, criterio seguido por el Máximo Tribunal en sent. N.º 45, del 09-04-45, entre la equiparación de efectos económicos ciertamente se ubican los sucesorales; ROJINA VILLEGAS, ob. cit., p. 176, respecto del Derecho mexicano indica que el Código vigente, reconoce el derecho de la concubina a heredar—el autor alude en la p. 185 al Código vigente de 1928—.

No consideró lo mismo la Sala Constitucional en el caso de la uniones de hecho homosexuales en atención a que la citada norma constitucional alude a uniones entre un hombre y una mujer, sin que ello configure una situación violatoria de la igualdad, pues existen instituciones como el matrimonio y el concubinato que precisan la diversidad sexual; sin que ello sea óbice para la existencia de comunidad ordinaria<sup>422</sup>. En otros ordenamientos sí se ha considerado la posibilidad de suceder del conviviente homosexual<sup>423</sup> y algunos recomiendan un cambio en tal sentido<sup>424</sup> o a todo evento la protección de tales uniones<sup>425</sup>. No obstante, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal admite la posibilidad de familia homoparental a propósito de un caso de reproducción asistida de una de las mujeres de

<sup>422</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 190, del 28-02-08 (véase declarando improcedente solicitud de aclaratoria de dicha decisión: TSJ/SC, sent. N.º 1739, del 12-11-08); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Más sobre...*, pp. 157-167 (también en: *Manual...*, pp. 472-482); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*, vol. VII, N.º 1, Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, 2013.

<sup>423</sup> Véase: LLEVARÍA SAMPER, Sergio: «La sucesión intestada del conviviente homosexual. Comentario a y desde la STSJ Cataluña, 9.3.2009». En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*, N.º 3, Barcelona, 2009, <http://www.indret.com>; CASTELLA, Albert Domingo: «Las uniones estables de pareja y la ley intestada en Cataluña», <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2009-%20cataluña-parejasdehecho.html>.

<sup>424</sup> Véase: PÉREZ GALLARDO, «Familia y herencia...», p. 185.

<sup>425</sup> Véase: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: La familia homoparental». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 9. Caracas, 2017, p. 230, donde comenta que a pesar de la restricción constitucional: «podría perfectamente, a través de una ley, regularse estos nexos de pareja sin denominarlos ‘matrimonio’ o ‘unión estable de hecho’, sino por ejemplo: “pactos de convivencia”, donde se establezcan los efectos más relevantes: comunidad ordinaria de bienes, vocación hereditaria, obligación de alimentos, derechos sobre prestaciones de seguridad social –pensión de sobreviviente, seguro médico, etcétera–, preferencias habitacionales, laborales, crediticias, entre otros»; LUGO HOLMQUIST, Claudia y MIRIAN RODRÍGUEZ REYES: «Las uniones homoafectivas celebradas en el extranjero. Sistema venezolano de derecho internacional privado». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 50, N.º 149. México, UNAM, 2017, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332017000200777](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000200777).

la pareja<sup>426</sup>. Si en el futuro cambia el artículo 77 de la Constitución<sup>427</sup> a favor de su inclusión perderá sentido la discusión<sup>428</sup>, que apuntará a otros aspectos como el derecho de todo niño de tener un padre y una madre<sup>429</sup>.

Finalmente, a falta de hermanos y sobrinos por derecho de representación, y de cónyuge, es que suceden únicamente otros parientes colaterales hasta el sexto grado<sup>430</sup>. «La vocación hereditaria solo alcanza hasta el sexto grado inclusive»<sup>431</sup>. Así pues, este renglón incluye los parientes colaterales del tercer grado hasta el sexto inclusive<sup>432</sup>.

---

<sup>426</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 1187, del 15-12-16. Véase sin embargo el respectivo voto salvado «... esta Sala Constitucional ha debido centrar sus análisis en el reconocimiento del derecho de toda persona, en especial de todo niño o niña, a conocer y que sea legalmente reconocida su identidad como parte fundamental de su personalidad, y, no, en interpretar el artículo 75 de la Constitución...»; VARELA CÁCERES, «La última sentencia...», pp. 225-259.

<sup>427</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La familia...*, p. 79, la posibilidad de matrimonio o unión concubinaria precisaría de una reforma o enmienda constitucional o una reinterpretación del artículo 77 de la Constitución por parte de la Sala Constitucional, por lo que la vía para incluir la pareja homosexual o cualquier tercero en una sucesión tendría lugar mediante el acto testamentario como manifestación de la autonomía de la voluntad.

<sup>428</sup> Véase nuestro: *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 186 y 187, si el ordenamiento constitucional consagrara el matrimonio homosexual, no cabrá cuestionar su validez jurídica, sino simplemente se podrán cuestionar sus efectos con base al propio texto de la Carta Magna, por ejemplo, en cuanto también al derecho de orden constitucional de todo niño de tener un padre y una madre, esto es, una figura materna y otra paterna, amén del principio –también constitucional– del interés superior del niño.

<sup>429</sup> Véase nuestro trabajo: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N.º 1. Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, 2013, pp. 11-40.

<sup>430</sup> Véase: RIPERT y BOULANGER, ob. cit., pp. 120 y 121, en el Derecho antiguo no había ningún límite por lejano que fuese el parentesco, mientras fuera reconocible daba derecho a la sucesión; MAIA NEVARES, ob. cit., *passim*, indica que en tal legislación se extiende hasta el décimo grado; véase: RAMÍREZ, ob. cit., p. 213, el Código anterior lo extendía al octavo grado.

<sup>431</sup> Véase: POVIÑA, ob. cit., p. 37.

<sup>432</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 297.

Son, pues, llamados a suceder, tíos, primos y otros colaterales, quedando el más remoto excluido por el más próximo<sup>433</sup>. Se ha señalado que este grado de parentesco colateral debería –en una reforma– limitarse al cuarto grado de consanguinidad<sup>434</sup>, porque más allá de este los vínculos de afecto son débiles<sup>435</sup>. Sobre la necesidad de limitar el grado de parentesco a los más cercanos, a saber, cuarto grado en atención a otras normas que se apuntan en tal sentido, nos pronunciamos anteriormente a propósito de la legitimación activa del procedimiento de interdicción<sup>436</sup>. Ello pues es bien sabido, que al salir de la familia reducida, los vínculos afectivos se van perdiendo por la fuerza de las circunstancias actuales<sup>437</sup>.

Señala D'JESÚS que «es un tópico de la opinión jurídica de nuestro tiempo la escasa justificación racional de la herencia entre colaterales, pues en estos parientes no se produce un equiparamiento lógico y racional del Derecho Hereditario»<sup>438</sup>. Pero, amén del interesante comentario del autor de limitar en una reforma la vocación sucesoria al cuarto grado del parentesco<sup>439</sup>,

---

<sup>433</sup> DE RUGGIERO, ob. cit., p. 430.

<sup>434</sup> Véase: D'JESÚS M., ob. cit., p. 28.

<sup>435</sup> *Ibíd.*, p. 35, y no hay reciprocidad en el ejercicio de los derechos y obligaciones. El autor señala que autores como ARAMBURO proponen una reforma más audaz que no pase del segundo grado.

<sup>436</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 360, 509 y 510. Véase artículos 303, 309 y 330 del Código Civil.

<sup>437</sup> Véase: *Ibíd.*, pp. 238 y 239, citamos a DE APALÁTEQUI Y OCEJO a propósito del consejo de tutela que indica que en la familia moderna fuera del vínculo estrecho del hogar, no existen vínculos de solidaridad necesarios para acudir a parientes. Véase: DE APALÁTEQUI Y OCEJO, Pedro: *La tutela de Autoridad*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, discurso de recepción, 1954, p. 60.

<sup>438</sup> D'JESÚS M., ob. cit., p. 38.

<sup>439</sup> Véase: *Ibíd.*, p. 39. Véase en el mismo sentido en España: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 371 y 373, señala la conveniencia de limitar del cuarto al tercer grado el llamamiento. En el Código Civil español la restricción del sexto al cuarto grado del parentesco se produjo en 1928. Agrega: *ibíd.*, 382, un llamamiento muy extenso a la línea colateral no tiene buena acogida en nuestros días, y mucho menos la troncalidad que provoca atender al origen familiar de los bienes que deja el causante.

esto es hasta los primos<sup>440</sup>, resulta drástico que una herencia se dirija al Estado antes que a otros parientes colaterales –aunque lejanos– del *de cuius*. Pues, si bien en los tiempos modernos el vínculo afectivo respecto de estos últimos es ínfimo<sup>441</sup>, la intervención del Estado como último llamado es excepcional y responde a una necesidad jurídica por lo que la justificación de consagrar a los colaterales hasta un grado considerable como el actual pareciera no apoyarse tanto en premiar el afecto entre parientes, sino en agotar la incorporación de estos al llamado hereditario antes de acudir al Estado en virtud de un último y necesario llamamiento<sup>442</sup>.

Debe recordarse que la sucesión legal rige a falta de voluntad del causante, quien puede excluir por vía testamentaria inclusive a los hermanos. Por lo que, salvo previsión del *de cuius*, resulta lógico que a falta de otros parientes, la herencia –antes de proyectarse hacia el Estado– se dirija a los colaterales de un grado medio, con quienes debió mediar alguno contacto familiar o afectivo en algún momento de la vida.

Los parientes colaterales distintos a hermanos y sobrinos, solo entran en la sucesión a falta de cualquiera de los demás familiares citados. Dispone

---

<sup>440</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, pp. 134 y 135. Véase sobre los colaterales de ulteriores grados: *ibíd.*, pp. 137-139; IGLESIAS MARTÍNEZ, José Ignacio: «Grados de parentesco en las relaciones laborales», [http://www.adrformacion.com/articulos/laboral/grados\\_de\\_parentesco\\_en\\_las\\_relaciones\\_laborales\\_/articulo85.html](http://www.adrformacion.com/articulos/laboral/grados_de_parentesco_en_las_relaciones_laborales_/articulo85.html); MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 376, señala respecto a España que los primos (4°) media más un contexto de amistad que familiar, por contraste a los sobrinos (3°) y hermanos (2°).

<sup>441</sup> Se presenta *per se* lejano inclusive respecto de los primos –cuarto grado–.

<sup>442</sup> Véase en sentido contrario: DOMÍNGUEZ BENAVENTE, *ob. cit.*, p. 44, parientes en sexto grado y aún más cercanos en la línea colateral no han contribuido a la formación del contenido patrimonial, por lo que no resulta de justicia que en ciertas condiciones reciban bienes por herencia cuando hay un interés superior de la colectividad. El legislador no debería preocuparse por la suerte de esos parientes lejanos. Señala el autor, sin embargo, que los bienes generales que el Estado reciba por esta vía no debería ingresar a las rentas generales de la Nación, sino a aspectos especiales como educación.

el artículo 830 del Código Civil: «Cuando los llamados a suceder son los colaterales distintos a los hermanos y sobrinos, sucederán al *de cujus* según las reglas siguientes: 1. El o los colaterales del grado más próximo excluyen siempre a los demás. 2. Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado».

Agrega el artículo 831: «Los colaterales de simple conjunción gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción». No hay, pues, diferencia entre colateral por doble o por simple conjunción y el pariente colateral más próximo excluye al más remoto por cuanto en esta línea no existe representación sino hasta los sobrinos<sup>443</sup>. Lo cual no se compadece –según indicamos– con la infundada diferencia que el legislador impone a los hermanos de simple conjunción, a pesar de ser los colaterales más cercanos al *de cujus*.

Ante la inexistencia de todos los anteriores, la ley llama al Estado, según dispone el artículo 832 del Código Civil: «A falta de todos los herederos *ab intestato* designados en los artículos precedentes, los bienes del *de cujus* pasan al patrimonio de la Nación, previo el pago de las obligaciones insolutas». Derecho del Estado que, a decir de POLACCO, tiene una larga historia<sup>444</sup> y que cuya situación veremos de seguidas. De tal suerte que si no se cuenta con herederos *ab intestato*, se debe instituir otro heredero por vía testamentaria para excluir al Fisco<sup>445</sup>. Razones de necesidad jurídica justifican que la persona incorporal de existencia necesaria asuma el último llamado sucesorio a falta de familiares del *de cujus*.

Finalmente, algunos sugieren «una revisión del Código Civil en materia de efectos del parentesco, en atención a las nuevas realidades familiares

---

<sup>443</sup> SANSÓ, *Apertura...*, p. 32. Véase también: RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 56.

<sup>444</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 155, en el Derecho romano fue introducido por la *Lex Julia*.

<sup>445</sup> Véase: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, ob. cit., p. 357.

(familias ensambladas), y en materia sucesoral»<sup>446</sup>. Se indica igualmente que debería existir correspondencia entre la institución de la sucesión y la de alimentos<sup>447</sup>, vista la divergencia entre el Código Civil y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>448</sup>, estableciendo esta última un orden diverso a la obligación alimentaria llamando primero a los hermanos mayores del niño antes que a los abuelos<sup>449</sup>. Lo cual no ocurre en sede sucesoria.

---

<sup>446</sup> Véase: SOTO DE BAPTISTA, Ana Lucy: *Valoración crítica a la obligación alimentaria subsidiaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Maracaibo, LUZ (Trabajo especial de grado de Especialización Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, tutora: Carmen Celinda ALCALÁ DE ÁRRAGA), 2005, p. 191. Véase también citados *supra* sobre la necesidad de una revisión que afectaría el orden sucesorio: COBAS COBIELLA Y DE JOZ LATORRE, ob. cit., pp. 1-68; PÉREZ GALLARDO, «En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Iberoamérica...», pp. 11-90; PÉREZ GALLARDO, *Familia y herencia...*, p. 185, «se impone una adecuación de los órdenes sucesorios *ab intestato* a los nuevos modelos familiares (...) y los parientes con discapacidades severas...»; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit. p. 32, el sistema de sucesión *ab intestato* debería estar adaptado a los modelos familiares social y jurídicamente imperantes.

<sup>447</sup> Véase SOTO DE BAPTISTA, ob. cit., p. 191, la autora recomienda «la adecuación del orden de suceder intestado con la obligación alimentaria subsidiaria, dada su relación directa en la proporción de cumplimientos de la prestación, cuando existen varios deudores alimentarios».

<sup>448</sup> Véase: *Ibíd.*, p. 69, «El orden de llamamiento legal de los parientes consanguíneos en la sucesión intestada del causante –ausencia de testamento–, coincide con el orden de concurrencia de los obligados subsidiarios en el Código Civil, llamando a los parientes consanguíneos en línea recta con preferencia a los colaterales (...) según lo que tradicionalmente se ha considerado en la doctrina más calificada, como el orden natural de los afectos (...) Contrasta el orden de prelación en la obligación alimentaria subsidiaria previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes con el orden de suceder intestado...».

<sup>449</sup> *Ibíd.*, pp. 63 y 65, «Este criterio se ha modificado con la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando son más importantes los hermanos mayores del niño y adolescente que los abuelos que se encuentran en línea recta, para ser llamados a satisfacer los alimentos de niños y adolescentes cuyos padres están imposibilitados de hacerlo (...) Las diferencias entre la obligación alimentaria legal y la obligación alimentaria familiar o propiamente dicha, radica en que para esta última es necesario demostrar el estado de penuria o de necesidad de quien reclama

## 8. HERENCIA YACENTE Y HERENCIA VACANTE<sup>450</sup>

La herencia yacente, según refiere el artículo 1060 del Código Civil, es aquella respecto de la que se ignora quién es el heredero, o cuando estos han renunciado a la misma. Precisa de la administración de un curador, del cumplimiento de los requisitos legales y el transcurso del lapso correspondiente, a los fines de considerar la herencia vacante y transferir los bienes al Fisco Nacional. Al efecto indica la citada norma: «Cuando se ignora quién es el heredero, o cuando han renunciado los herederos testamentarios o *ab intestato*, la herencia se reputa yacente y se proveerá a la conservación y administración de los bienes hereditarios por medio de un curador»<sup>451</sup>. La yacencia de la herencia es un procedimiento dirigido a asignarle a una sucesión acéfala un curador temporal, para que provea a su conservación y administración<sup>452</sup>.

---

los alimentos y la capacidad económica de quien debe prestarlos (...) la obligación alimentaria legal por la especial consideración de tratarse de niños y adolescentes prevista en el artículo 368 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, donde concurren parientes obligados subsidiariamente, en un orden distinto a los familiares consanguíneos obligados subsidiariamente en el Código Civil».

<sup>450</sup> Véase: HIDALGO GARCÍA, Santiago: *La sucesión por el Estado. El derecho de las instituciones de interés general y de algunas comunidades autónomas*. Barcelona, José María Bosch Editor S. A., 1995; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa y MONJE BALMASEDA, Oscar: «La administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español». En: *Ética y Jurisprudencia*. N.º 3. Valera, Universidad Valle del Momboy, 2004, pp. 9-55; ORREGO ACUÑA, Juan Andrés: «Acerca de la herencia yacente y de la herencia vacante, en el Código chileno y comparado». En: *Revista Entheos*, año 6, vol. único, Santiago, Universidad de Las Américas, 2008, pp. 15 a 54; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 145-158; LAFONT PIANETTA, ob. cit., pp. 377-381.

<sup>451</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 76: «Cuando falleciere una persona sin herederos aparentes o conocidos o cuando hubieren renunciado los herederos testamentarios o *ab intestato* la herencia se reputará yacente y el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar de apertura de la sucesión, de oficio o a petición de cualquier ciudadano, abrirá el correspondiente procedimiento y proveerá a la conservación y administración de los bienes hereditarios».

<sup>452</sup> Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 16-01-09, exp. 8443, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/2142-16-8443-.html>.

La palabra «yacente» deriva –según la doctrina– del hecho atinente a que la herencia parece yacer o esperar por alguien que tenga derecho a ella<sup>453</sup>. Yacencia viene de «yacer» –estar echada o tendida– cuyo participio activo es yacente –que yace–<sup>454</sup>. *Hereditas iacet*, que significa en español «herencia yacente», al no substantivarse significa: «la herencia yace»<sup>455</sup>. Yacencia y vacancia son los pasos o *iter* previos para que los bienes del *de cuius* pasen a la Nación<sup>456</sup>, lo cual no deja de ser singular<sup>457</sup>. Pues se dice que la herencia yacente en su honda sustancia no es una simple cosa de nadie, sino una cosa sin nadie, y por tanto una cosa destinada a alguien<sup>458</sup>. Se habla así de herencia yacente en el sentido de desatendida<sup>459</sup>. Institución cuya problemática vierte sus raíces en el *humus* del Derecho romano<sup>460</sup>.

El procedimiento de herencia yacente pretende la conservación de los bienes de la herencia, mientras se precisa la titularidad definitiva de la misma. Tal supuesto está regulado en el Código Civil (artículos 1060 al 1065) y también referida en los artículos 924 a 926 del Código de Procedimiento Civil<sup>461</sup>.

---

<sup>453</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 292.

<sup>454</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 159.

<sup>455</sup> Véase: CASTRO SÁENZ, Alfonso: «Precisiones terminológicas sobre la herencia yacente: *res nullius in bonis* y *hereditas iacet*», p. 25, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2001/castro%20saenz.pdf>.

<sup>456</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 156.

<sup>457</sup> *Ibíd.*, p. 157.

<sup>458</sup> Véase: CASTRO SÁENZ, ob. cit.; RAMÍREZ, ob. cit., p. 213, el patrimonio queda sin dueño y se convierte en *res nullius*, lo cual ofrecería serios inconvenientes y riesgos al legislador.

<sup>459</sup> Véase: ALBALADEJO, ob. cit., p. 40.

<sup>460</sup> CASTRO SÁENZ, Alfonso: «Nueva aproximación a la herencia yacente desde la perspectiva civil». En: *Anuario da Facultade de Dereito*. N.º 4, La Coruña, Universidade da Coruña, 2000, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2061/1/AD-4-39.pdf>. Véase sobre la herencia yacente en el Derecho romano: BERNAD MAINAR, ob. cit., pp. 91-93.

<sup>461</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Barinas, sent. del 20-01-14, exp. 004-14, <http://barinas.tsj.gob.ve/decisiones/2014/enero/802-20-004-14-4392.html>, en el Capítulo III,

Dispone el artículo 1061 del Código Civil: «El juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar donde se haya abierto la sucesión<sup>462</sup>, nombrará el curador, a petición de persona interesada o de oficio»<sup>463</sup>. Se impone el deber de notificar al juez por quien tenga conocimiento de una herencia yacente<sup>464</sup> con la relación de sus bienes<sup>465</sup>, pues sin tal indicación mal puede proceder el

---

Título IV, Parte II del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, evidenciándose que la parte segunda de la Ley adjetiva civil venezolana, se encuentra referida a los procedimientos de «jurisdicción voluntaria».

<sup>462</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 77: «El juez que haya abierto el procedimiento de yacencia será el único competente para conocer de las reclamaciones que en contra o respecto de la herencia puedan intentar presuntos acreedores o herederos del causante, cualesquiera que fuese la naturaleza, causa y cuantía de esas acciones y el lugar donde hubieren de ejercerse. El fuero establecido en este artículo es de orden público y su violación será causal de invalidación del juicio que lo hubiere contravenido, siguiéndose el procedimiento que a tal efecto establece el Código de Procedimiento Civil».

<sup>463</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 80: «La administración y conservación de los bienes de la herencia se hará por medio de un curador que el juez nombrará de oficio o a petición de parte interesada. Si la persona fallecida fuera extranjera, se preferirá al funcionario consular de la nación a que pertenece esa persona para la designación del curador. En tal caso, el juez citará al funcionario consular para que exprese si está dispuesto a encargarse de la defensa y administración de la herencia, y en caso de aceptar en él recaerá el nombramiento, a menos que el tratado público celebrado entre el país a que pertenece el causante y la República de Venezuela hubiere dispuesto otra cosa».

<sup>464</sup> Véase como ejemplo de tal conocimiento: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la región Central, sent. del 19-11-07, exp. S-06-07, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/735-19-S-06-07-1089.html>, «existe la posibilidad cierta de que dicho valor accionario se transfiera como bien perteneciente a la República, en virtud que es un patrimonio hereditario cuyos titulares se desconoce (...) asimismo es importante destacar que no existe en los archivos de la Administración Tributaria declaración sucesoral presentada por los posibles causahabientes, razones éstas suficientes para que la Administración recurra por ante los tribunales competentes para solicitar la vacancia de dicha herencia».

<sup>465</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 78: «Los funcionarios fiscales, todas las demás autoridades y los particulares están en la obligación de denunciar en el término más breve posible las herencias

juzgador<sup>466</sup>. Del inicio del procedimiento se notificará al Procurador General de la República<sup>467</sup>.

A la herencia yacente se le da un curador<sup>468</sup>. El curador nombrado es libre de aceptar o renunciar el cargo<sup>469</sup>. El artículo 1062 del Código Civil alude

---

yacentes de las cuales tuvieren noticias, dirigiendo un escrito al juez competente en el cual expresarán el nombre, fecha y lugar de fallecimiento del causante, los bienes y derechos dejados por él, de los cuales tuvieren conocimiento, y las demás circunstancias que consideren útiles, o necesarias para determinar el estado y situación de la herencia».

<sup>466</sup> Véase: Corte Federal, sent. del 20-01-60, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, t. II, p. 312, «Todo esto implica, por lo tanto, la existencia de bienes hereditarios para que haya lugar a la tramitación judicial relativa a herencias yacentes», pero en el caso consultado el Fiscal solicitó el procedimiento, pero no hizo señalamiento de los bienes ni afirma que los haya, por lo que resultaría inconducente e inoficiosa tramitar la solicitud.

<sup>467</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 79: «El juez, en la audiencia siguiente después de abierto el procedimiento, notificará al Procurador General de la República y al administrador de hacienda de la localidad, enviándoles copias de todo lo actuado y solicitará de este último funcionario que designe al fiscal que intervendrá en el proceso. La personería del Fisco se entenderá notificado por la actuación procesal de sus órganos, o en todo caso, transcurridos 15 días continuos después de que conste el recibo de oficio de notificación»; artículo 84: «Mientras la herencia estuviere bajo curatela, el Procurador General de la República y el fiscal designado por el Ministerio de Finanzas tendrán derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento en protección y salvaguarda de los intereses del Fisco Nacional, para lo cual podrán oponerse u objetar cualquier medida o actuación que se soliciten en el procedimiento, y una vez acordadas éstas podrán ejercer todas las acciones y recursos que contra ellas concedan las leyes. A tal efecto, tanto uno como otro deberán ser notificados de todo pedimento o acto que envuelva enajenación o disposición de bienes de la herencia, de toda acción o reclamo que con ella se relacione y en general, para todo aquello que directa o indirectamente pueda afectar el monto del acervo hereditario. A falta de disposición expresa de la ley su intervención deberá producirse dentro de las tres audiencias siguientes a aquellas en que conste la notificación. Pasado ese término su silencio equivaldrá a falta de objeción y el juez podrá decidir con vista en los autos».

<sup>468</sup> POLACCO, ob. cit., t. II, p. 481.

<sup>469</sup> SANOJO, ob. cit., p. 86.

a las facultades y deberes del curador de la herencia, quien desempeña la administración<sup>470</sup>, y representación<sup>471</sup> de bienes ajenos<sup>472</sup>, debe constituir

---

<sup>470</sup> Véase: RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 60, el curador actúa como un verdadero administrador, con las mismas facultades y deberes. Para realizar actos que exceden de la simple administración deberá solicitar la autorización del tribunal, que decidirá con vista a la necesidad y perentoriedad de la operación; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 154, indica que al curador también corresponde cumplir los deberes formales relativos a los tributos a cargo de la sucesión.

<sup>471</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 483 y 484, corresponde al curador la representación de la herencia, en juicio como actor o como demandado y cumplirá respecto de ella los actos de administración.

<sup>472</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 2538, del 08-11-04, «... al poseer el accionante la condición de curador del proceso de herencia yacente contenido en la causa principal, como tal tiene bajo su responsabilidad la administración y representación, en forma provisional, del inmueble o acervo hereditario cuya yacencia se reputa, siendo una actividad que debe ser cumplida con la diligencia de un buen padre de familia, hecho éste que habilita por sí solo para el ejercicio de las acciones y actuaciones que tiendan al cumplimiento de tal fin, de conformidad con los artículos 1060 y siguientes del Código Civil, resulta en este caso improcedente el argumento relacionado con la falta de legitimación del accionante para interponer el amparo constitucional»; TSJ/SC, sent. N.º 1234, del 13-07-01, «Consecuencia de los razonamientos antes anotados, y para proteger los derechos del Fisco y el debido proceso al cual tiene derecho, se anula todo lo actuado en ambas instancias al estado de nueva admisión de la demanda, teniendo en cuenta que conforme al artículo 1061 del Código Civil venezolano debe abrirse el proceso de herencia yacente, lo que significa que se nombrará un curador de dicha herencia, con quien se entenderá la citación en el proceso de prescripción adquisitiva conjuntamente con las otras personas que deben ser llamados a dicho juicio, previo cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de dicha demanda de prescripción adquisitiva»; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, sent. del 09-02-04, exp. 97-926 <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/febrero/333-9-97-926-S-No..html>, «Con relación a la presunción de la existencia de una herencia vacante, alegada por el apoderado judicial del tercero interesado, el Tribunal observa que la herencia vacante no puede ser una presunción, sino un acto declarado expresamente por un órgano jurisdiccional. Lo que eventualmente pudiera estar presente (...) es la existencia de alguna herencia yacente, situación regulada en los artículos 1060 y siguientes del Código Civil. Ahora bien, no obstante que el apoderado judicial del tercero interesado no ha denunciado ningún caso específico de herencia yacente, el

garantía y rendir cuentas<sup>473</sup>: «El curador está obligado a hacer formar el inventario de la herencia, a ejercer y hacer valer los derechos de ésta, a seguir los juicios que se le promuevan, a administrarla, a depositar en un instituto bancario el dinero que se encuentre en la herencia<sup>474</sup> y el que perciba de la venta de los muebles y, de los inmuebles, y, por último, a rendir cuenta de su administración<sup>475</sup>. El curador nombrado deberá dar cau-

---

Tribunal observa que dado el prolongado lapso de la existencia de la comunidad pudieran eventualmente estar afectados intereses de la República en materia fiscal, razón por la cual se debe proceder a notificar a la ciudadana Procuradora General de la República» (en el mismo sentido: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, sent. del 28-08-03, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2003/agosto/333-28-2226-S-No..html>).

<sup>473</sup> Véase: TSJ/SCC, sent. N.º 193, del 25-04-03; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario del Circunscripción Judicial del estado Carabobo, sent. del 12-04-07, citada *supra*, Encontramos entre las instituciones reguladas por el Código Civil, que dan lugar a la obligación de rendir cuentas y al derecho correlativo de exigir las (...) los actos realizados por el curador de la herencia yacente (artículo 1063).

<sup>474</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 85: «El juez podrá autorizar al curador, previa solicitud razonada de éste, para enajenar los bienes muebles o inmuebles de la herencia, cuando se comprobare que haya riesgo grave de su pérdida, deterioro o devaluación. El producto de la venta de dichos bienes deberá colocarse en un instituto bancario conforme a lo previsto en el artículo 83. Igualmente, podrá autorizar el gravamen de dichos bienes cuando sea indispensable para la conservación y administración del acervo hereditario»; artículo 86: «El dinero de la herencia que está obligado el curador a depositar en un instituto bancario, no podrá ser retirado ni invertido en forma alguna en ningún momento sino con la autorización del juez, quien solo lo otorgará en el caso en que el curador compruebe fehacientemente la necesidad y utilidad de la operación».

<sup>475</sup> Véase: artículo 925 del Código de Procedimiento Civil: «El curador nombrado debe, antes de entrar en la administración, dar caución, como se establece en el artículo 1062 del Código Civil y prestar ante el tribunal juramento de custodiar fielmente la herencia y de administrarla como un buen padre de familia»; Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 83: «El curador está obligado a hacer formar el inventario de los bienes, derechos y deudas que constituyen el activo y el pasivo de la herencia, a custodiarla y administrarla,

ción por la cantidad que fije el tribunal, sin lo cual no podrá entrar en el ejercicio de sus funciones. Si la caución dada no hubiere sido suficiente a cubrir las resultas de la curatela, el juez será responsable de los daños y perjuicios sobrevenidos a los interesados»<sup>476</sup>. El curador ejerce pues un delicado cargo que genera costos<sup>477</sup>. Las disposiciones relativas al inventario,

---

a depositar las sumas de dinero y valores al portador que formen parte de ella en un instituto bancario, a hacer valer y ejercer sus derechos y representación, todo con la diligencia de un buen padre de familia, y por último a rendir cuenta de su administración, de acuerdo con el resultado del inventario el juez podrá exigir de oficio o a pedimento de la representación fiscal que se aumente el monto de la caución del curador».

<sup>476</sup> Véase: Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 81: «En todo caso el curador deberá, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, prestar juramento de cumplirlas fielmente y ofrecer caución suficiente, a satisfacción del juez, quien previamente a la aceptación deberá oír las opiniones del Procurador General de la República y del fiscal acreditado en el juicio. Estos funcionarios deberán expresar su opinión dentro de las cinco audiencias siguientes a partir de la fecha en que conste la garantía ofrecida, si se hubiere practicado su notificación conforme al artículo 79. Su silencio equivaldría a conformidad por su parte»; artículo 82: «El juez será responsable de los daños y perjuicios sobrevenidos a los interesados o al Fisco Nacional, si la caución aceptada por él no hubiere sido suficiente para cubrir las resultas de la curatela».

<sup>477</sup> Véase: Ley Arancel Judicial, artículo 56 «Los curadores de herencias yacentes cobrarán: 1. Por las diligencias necesarias para determinar y asegurar el monto de los bienes, incluso la defensa en cualquier forma de la herencia, 10 % sobre el líquido de la herencia, cuando ésta no exceda de 100 U.T. el 8 % por el exceso de 1000 U.T.; el 5 % por el exceso de 5000 U.T. y 2 % por el exceso sobre esta última cantidad. 2. Por la administración, el 10 % de la renta producida por los bienes. Parágrafo Único. Cuando para administrar los bienes se valiere el curador de terceros, la remuneración de éstos la pagará del porcentaje que se acuerda en el ordinal 2»; Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, sent. del 29-09-05, exp. 348, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/721-29-348-.html>, «... al entablarse el procedimiento de herencia yacente, era obligatorio para el tribunal designar un curador de la misma, y en tal sentido nacen para el designado (...) el derecho de cobrar los gastos de administración y mantenimiento de los bienes objeto de la herencia y sus emolumentos (...) lo anterior concuerda con lo establecido en la Ley de Arancel Judicial en su artículo 56 y llevan a la convicción de esta juzgadora de que,

administración y rendición de cuentas del heredero beneficiario son comunes a los curadores de herencias yacentes, de conformidad con el artículo 1063 del Código Civil<sup>478</sup>. Las funciones del curador podrían cesar antes de desaparecer el estado de herencia yacente por muerte, renuncia, remoción o incapacidad<sup>479</sup>.

Dada la particularidad del caso concreto, y a fin de agotar la posible existencia de derechos de terceros, la ley prevé la debida publicidad. Al efecto indica el artículo 1064 del Código Civil: «El juez deberá emplazar por edicto y por la imprenta si fuere posible, a los que se crean con derecho a la herencia, para que comparezcan a deducirlo»<sup>480</sup>. Dispone el artículo 926 del Código de Procedimiento Civil la citación del funcionario consular si los bienes pertenecieran a extranjero<sup>481</sup>. Prevé el artículo 88 de la Ley

---

efectivamente la solicitante cumplió con su obligación administrar y mantener los bienes dejados por el *de cuius* y que los ciudadanos (...) no cumplieron con su obligación de reembolsarle los gastos en que incurrió y pagarle los emolumentos generados, en consecuencia existe causal para pedir el reembolso y pago de los conceptos antes indicados»; TSJ/SCC, sent. N.º 397, del 17-06-05.

<sup>478</sup> Véase: artículo 1063 del Código Civil: «Las disposiciones del párrafo 3 de esta Sección sobre inventario, sobre la manera de administrar la herencia y rendición de cuentas por parte del heredero beneficiario, son comunes a los curadores de las herencias yacentes».

<sup>479</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. II, p. 487.

<sup>480</sup> Véase también: artículo 924 del Código de Procedimiento Civil: «El nombramiento de curador de una herencia yacente se insertará en la orden de emplazamiento prevenida en el artículo 1064 del Código Civil»; Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, artículo 87: «Después de que hubiere entrado el curador en ejercicio de sus funciones, el juez deberá emplazar por edicto, que se publicará por dos veces, con intervalos de ocho días continuos, en uno de los periódicos de mayor circulación en la jurisdicción del tribunal, a todos los que se creyeren con derecho a la herencia, para que comparezcan a deducirlo dentro del plazo de un año a contar de la última publicación. En el edicto se identificará al curador designado».

<sup>481</sup> Prevé la norma: «Si los bienes pertenecieran a extranjero, y en el lugar donde se encuentren aquellos residiere algún cónsul o agente consular de la nación a que aquél pertenecía, se citará a dicho funcionario, y si quisiere hacerse cargo de la defensa y administración de la herencia, se hará en él el nombramiento de curador; pero si en

de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos: «Solo podrán reclamar su derecho como herederos en el procedimiento de yacencia quienes comprueben mediante documento auténtico su filiación o grado de parentesco con el *de cuius*, o hayan sido instituidos herederos o legatarios por disposición testamentaria formulada conforme al Código Civil. En el procedimiento de yacencia no se admitirán acciones de estado tendientes a fundamentar la vocación hereditaria por filiación o parentesco y los juicios en que se deduzcan no podrán acumularse al de yacencia ni paralizar o suspender su decurso». De conformidad con el artículo 89 de la citada Ley los interesados deben dirigir escrito razonado al tribunal con las respectivas pruebas y al efecto se abrirá una articulación probatoria<sup>482</sup>.

Finalmente, dispone el artículo 1065 del Código Civil: «Pasado un año después de fijados los edictos a que se refiere el artículo anterior, sin haberse presentado nadie reclamando fundadamente derecho a la herencia reputada yacente, el juez que haya intervenido en las diligencias de su administración provisional, declarará vacante la herencia, y pondrá en posesión de ella al empleado fiscal respectivo, previo inventario y avalúo que

---

tratados públicos celebrados con la nación a que pertenecía el difunto se dispusiere otra cosa, se observará lo que en ellos estuviere convenido». Véase también: Ley de Derecho Internacional Privado artículo 36: «En el caso de que, de acuerdo con el Derecho competente, los bienes de la sucesión correspondan al Estado, o en el caso de que no existan o se ignoren los herederos, los bienes situados en la República pasarán al patrimonio de la Nación venezolana». Véase: OCHOA MUÑOZ, Javier: «Herencia Yacente». En: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, UCV, 2005, t. II, pp. 913-921.

<sup>482</sup> «Quienes pretendan derechos como herederos del *de cuius* deberán deducirlos mediante escrito razonado que presentarán al juez con los mismos requisitos del libelo de la demanda, acompañando los documentos en que funden su acción, o indicando el lugar donde deban compulsarse. Admitida la solicitud y practicada la notificación establecida en el artículo 79 se abrirá una articulación probatoria de 20 audiencias para que el solicitante y las demás partes constituidas en el procedimiento promuevan y hagan evacuar todas las pruebas que consideraren convenientes. Dentro de dicho lapso las partes podrán solicitar que éste se amplíe hasta por diez audiencias más para completar la evacuación de alguna de las pruebas promovidas».

se hará de acuerdo con el curador»<sup>483</sup>. Así pues, se considera que, una vez transcurrido un tiempo suficientemente amplio como que los interesados se apersonen, es procedente la declaratoria de vacancia<sup>484</sup>, la cual precisa de un pronunciamiento judicial<sup>485</sup>.

---

<sup>483</sup> Véase declarando sin lugar la herencia yacente: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 26-01-06, exp. 5648, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/enero/1331-26-5648-.html>. Véase también; CS1CDF, sent. del 03-02-67, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, t. XVI, pp. 13 y ss., tales trámites de publicación tiene por objeto emplazar a quienes se crean con derecho a la herencia, pero durante la situación de yacencia como ocurrida la vacancia, siempre estarán debidamente administrados y protegidos los bienes, en el beneficio de los definitivos herederos, si aparecen.

<sup>484</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, sent. del 29-10-04, exp. 21 679, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/octubre/722-29-21.679-363D-291004.html>, «Siendo la presente un procedimiento de yacencia denunciado por funcionarios del SENIAT, desde el 26 de noviembre de 1986, tiempo suficiente para que cualquier persona interesada, hubiese hecho acto de presencia en defensa de sus derechos, sin que hasta la fecha esto haya sucedido, como heredero o como comunero, este tribunal presume que no existen derecohabientes interesados, y conforme con la solicitud hecha se declara la vacancia de la herencia demandada en el presente procedimiento».

<sup>485</sup> Véase: Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 14-01-09, exp. 8819, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/2142-14-8819-.html>, «... aun cuando había transcurrido el lapso concedido para la reclamación de los presuntos herederos desconocidos, la herencia no había pasado a manos del Fisco Nacional (...) Ante tal circunstancia, declarar la vacancia de la herencia, aun cuando se presentaron presuntos herederos en reclamo de dicha sucesión, sería desconocer una tutela judicial efectiva y una resolución inoportuna (...) Dicho en otras palabras, el lapso del año a que se refieren dichas normas, no podría aplicarse si ya se le había dado el carácter y reconocimiento por el tribunal de la causa como herederas a las reclamantes, lo cual resultaría contraria a las disposiciones elementales establecidas en los artículos 115 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ser éstas norma protectoras del derecho de propiedad y el acceso a la justicia como función jurisdiccional. En consecuencia, se desecha lo esgrimido por la representación judicial de la solicitante y del curador, con relación a la preclusión del año para la comparecencia de los interesados a la herencia».

La Ley Orgánica de Bienes Públicos<sup>486</sup> que derogó la antigua Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional<sup>487</sup> contiene referencia a la figura en estudio<sup>488</sup>.

Se aprecia que la herencia reputada yacente<sup>489</sup> se declarará judicialmente vacante. Indica TORRES-RIVERO que yacencia y vacancia son pasos sucesivos: primero yacencia y luego vacancia. Puede haber yacencia sin vacancia, pero jamás vacancia sin yacencia, mediante esta se llega a aquella<sup>490</sup>. ORREGO ACUÑA señala que «la herencia yacente es aquella herencia por el momento no reclamada, mientras que la herencia vacante es aquella herencia que definitivamente carece de herederos»<sup>491</sup>. La sucesión

<sup>486</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6155 extraordinario, del 19-11-14 (que deroga la ley previa *Gaceta Oficial* N.º 39945, del 15-06-12), artículo 50 «Para la incorporación al patrimonio de la República de los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño, el Superintendente o la Superintendente de Bienes Públicos, solicitará la posesión real de ellos al juez de primera instancia en lo civil de la circunscripción judicial correspondiente, quien la otorgará en forma ordinaria».

<sup>487</sup> Su artículo 20 disponía: «Para la incorporación en el patrimonio nacional de los bienes a que se refiere el inciso 2 del artículo anterior, el Procurador de la Nación pedirá la posesión real de ellos al juez de primera instancia en lo civil de la jurisdicción quien la mandará a dar en forma ordinaria. Esta posesión acordada al Fisco no perjudica los derechos o acciones de quienes tengan un derecho preferente, derecho o acciones que no se extinguen sino por la expiración del término fijado para la prescripción. A los efectos de este artículo, los empleados nacionales y especialmente los de Hacienda, están obligados a acusar ante el Procurador de la Nación los bienes a que se refiere el citado inciso». Dicho texto no fue afectado por la Ley Derogatoria Parcial de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional en su disposición transitoria única (*Gaceta Oficial* N.º 39238, del 10-08-09). Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 158, señalaba a propósito de dicha norma que la circunstancia de que la herencia hubiese sido declarada vacante no perjudica a quienes tengan derechos preferentes a los del Fisco mientras no haya operado la prescripción.

<sup>488</sup> «Artículo 5.- Se consideran bienes públicos: (...) 3. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos provenientes de herencias yacentes».

<sup>489</sup> Véase sobre la herencia yacente: CÍCU, ob. cit., pp. 131-139.

<sup>490</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 159.

<sup>491</sup> ORREGO ACUÑA, ob. cit.

del Estado coincide con la vacancia de la herencia, y su justificación estriba en que por interés general es conveniente que exista en todos los casos un titular del patrimonio hereditario y evitar así que se rompa la continuidad de las relaciones patrimoniales<sup>492</sup>. La herencia es vacante cuando no existe heredero conocido y viene a recibirla en último término el Estado<sup>493</sup>.

Se indica que el procedimiento de herencia yacente<sup>494</sup> no es contencioso<sup>495</sup>, por lo que ante una decisión negativa del juzgador el solicitante tiene libre la vía ordinaria<sup>496</sup>. En todo caso, se precisa, como es lógico, decisión judicial para reputar un bien como tal<sup>497</sup>. Se añade que el tribunal que reputa la yacencia deberá acordar la notificación al Fisco a través de su representante<sup>498</sup>. La doctrina refiere el alcance de la decisión<sup>499</sup>.

La naturaleza jurídica del derecho del Estado y si este tiene o no la calidad de heredero es vieja disputa que viene desde tiempo de los glosadores<sup>500</sup>. Algunos señalan que parece cierto que en nuestro Derecho el Estado no es un heredero<sup>501</sup> y que los bienes de herencias vacantes son adquiridos

<sup>492</sup> AGUILAR GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 127 y 128.

<sup>493</sup> SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 96.

<sup>494</sup> Véase sobre el mismo: ROJAS, ob. cit., pp. 626-630.

<sup>495</sup> *Ibíd.*, p. 627; TSJ/SCC, sent. N.º 470, del 21-05-04, citada *supra*, «... la jurisprudencia ha considerado con fundamento en el Código de Procedimiento Civil, que el procedimiento de herencia yacente no es de naturaleza contenciosa, sino de jurisdicción voluntaria, y no está presente una contraposición de intereses o derechos».

<sup>496</sup> ROJAS, ob. cit., p. 627.

<sup>497</sup> Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 10-06-04, exp. BH03-R-2002-000008, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/junio/1066-10-BH03-R-2002-000008-.html>, «... la herencia yacente tiene su procedimiento establecido en el Código Civil, y que está sujeto a que previo sometimiento al régimen respectivo (...) sea declarado yacente y propiedad de la Nación el inmueble en cuestión».

<sup>498</sup> RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 60.

<sup>499</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 151,

<sup>500</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 159. Véase sobre la misma: *Ibíd.*, pp. 159-164.

<sup>501</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 158; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 19 y 20, diferimos de quienes califican al Estado como un verdadero

en virtud de su dominio<sup>502</sup> o por una suerte de desherencia<sup>503</sup>. Según tal perspectiva, se incluye dentro de las prerrogativas del Derecho público del Estado sobre los bienes de su territorio, fundamentado efectivamente en la soberanía<sup>504</sup>. Algunos sostienen que se trata de un verdadero derecho de sucesión<sup>505</sup>, y otros agregan que el Estado en ningún caso puede considerarse

---

sucesor, pues solo viene a suplir una falta absoluta de sucesores y ante la serie de problemas que pudieran surgir, la ley concede al Estado dentro de su potestad el derecho a tomar la herencia. Véase *Ibíd.*, p. 59, el Estado asume la titularidad de tal universalidad patrimonial no como un sucesor más, sino en ejercicio de su potestad. La mayoría de los principios generales del Derecho Sucesoral no le son aplicables a esta relación *sui generis* en la cual aparece: el Estado como «beneficiario» de la herencia. Véase también: RIPERT y BOULANGER, *ob. cit.*, p. 18, el derecho acordado al Estado sobre las sucesiones vacantes no es un derecho de sucesión.

<sup>502</sup> SANSÓ, *La repudiación...*, p. 147. Véase también: ZANNONI, *ob. cit.*, pp. 474 y 475, los bienes de la herencia vacante se le atribuyen al Estado como titular de lo que se ha dado en llamar el «dominio eminente» que le corresponde en virtud de su soberanía y del derecho eminente sobre los bienes mismos. Esta es la posición de la jurisprudencia dominante que niega al Estado el carácter de heredero o como sucesor universal no heredero; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 158, el Estado no asume la condición de heredero del *de cuius* sino que procede en ejercicio del dominio eminente que tiene sobre los bienes carentes de propietario en el territorio nacional.

<sup>503</sup> Véase: DOMINICI, *ob. cit.*, p. 54, «en realidad la Nación no entra como heredera sino por virtud de un derecho que algunos autores llaman de desherencia, es decir, por falta de herederos». Esta observación es importante porque la Nación no adquiere la herencia por prescripción, contra un heredero que se presentase a reclamar la misma, aunque la hubiese renunciado.

<sup>504</sup> Véase: ROCA FERRER *et al.*, *ob. cit.*, p. 325.

<sup>505</sup> Véase en la doctrina nacional: D'JESÚS M., *ob. cit.*, p. 45, indica el autor: «Nuestro Código encuentra al Estado como un verdadero heredero, es el último de los sucesores intestatos»; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 104, se discute si el Estado adquiere por causa sucesoria o como adquisición *ex lege* del patrimonio relicto; el autor señala que al referirse la Ley de Impuestos sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos a «De los bienes de la República provenientes de transmisiones gratuitas explícitamente señala que reconoce esta adquisición como un acto de transmisión, que no puede tener en el contexto que regula otro significado que el de transmisión hereditaria». Véase reseña de posturas que hace: ROJAS, *ob. cit.*, pp. 97 y 98; VALLS LLORET, José Domingo: *La sucesión intestada a favor del Estado*. Barcelona,

heredero intestado porque tal cualidad es característica de las personas naturales<sup>506</sup>. A lo que podría señalarse que la única persona incorporal que –al margen de su condición de heredero– podría figurar en la sucesión legal o *ab intestato* es la persona moral por excelencia o persona jurídica de existencia necesaria, a saber, el Estado<sup>507</sup>.

HIDALGO GARCÍA, a propósito de las distintas soluciones aportadas en el Derecho comparado, distingue los sistemas que configuran al Estado como último *haeres* o último orden de suceder con carácter necesario –Derecho italiano, alemán, portugués y suizo–, de los ordenamientos en los que la adquisición del Estado de la herencia intestada opera *ex iure publicum* o de la misma manera que los bienes vacantes o sin dueño conocido, manifestación del *ius imperii* –Derecho francés e inglés–<sup>508</sup>.

---

Universitat de Barcelona, 1996, *passim*, «El Estado es un heredero puro y duro (...) El llamamiento sucesorio al Estado se hace a título particular, y no en virtud de su posición preeminente de personalidad jurídica especial. El Estado es un heredero ordinario, como los demás, radicando su especialidad en la existencia de una legislación administrativa aplicable en los actos de gestión, distribución y adjudicación de los bienes adquiridos. El Estado, por tanto, no adquirirá en virtud de un dominio eminente o como sucesor irregular, como ocurre en otras legislaciones de Derecho comparado, sino como un heredero ordinario»; POLACCO, ob. cit., t. I, p. 162, comprobado que el Estado es heredero, no por ello desaparecen los problemas y dudas; DE RUGGIERO, ob. cit., p. 442, se trata de un verdadero y propio derecho de sucesión, es la doctrina más conforme al espíritu y letra de la ley, que incluye al Estado entre los «sucesores».

<sup>506</sup> PIÑA VALLES, ob. cit., p. 57.

<sup>507</sup> Véase: MESSINEO, ob. cit., p. 44, la persona jurídica *strictu sensu* a excepción del Estado, no sucede sino por voluntad del *de cuius*.

<sup>508</sup> Véase: HIDALGO GARCÍA, ob. cit., pp. 83-143. Véase: *ibíd.*, pp. 133-139, señala que otros sistemas de naturaleza análoga al último son el de los Estados Unidos y el Derecho belga. Véase también *ibíd.*, pp. 139-141, un supuesto de difícil inclusión en cualquiera de los sistemas es el Código Civil peruano de 1984, pues en un solo artículo, el 830 bajo el título «Sucesión del Estado y de las beneficencias públicas» regula el punto, pero la atribución de las últimas no opera a través del Estado, sino que procede a un reparto de la herencia, por la que al Estado corresponden los predios rústicos con los bienes que lo integran y el resto de la herencia a la beneficencia pública.

En España, a falta de herederos, igualmente al causante le sucederá el Estado<sup>509</sup>. Respecto de tal ordenamiento comenta ALBALADEJO que siempre existe un heredero porque a falta de todos parientes llamados «quedará en todo caso el Estado, que es el último de los herederos intestados, y que no pudiendo repudiar, asegura un heredero para cualquier causante»<sup>510</sup>. En el mismo sentido indica LACRUZ BERDEJO que «... siempre hay un heredero: en último término el Estado»<sup>511</sup>. En el mismo sentido, comenta VALLET DE GOYTISOLO que el Estado es a todo evento «heredero *ab intestato* de último grado»<sup>512</sup>. Se trata de un «llamamiento de cierre», residual o de último grado<sup>513</sup>.

En todo caso, la discusión sobre el carácter de «heredero» del Estado, pareciera presentarse netamente teórica. Pero cada postura tiene algo de cierto, porque, efectivamente, el Estado se presenta en cuanto a sus efectos como un «sucesor» pero necesario, simplemente en razón de su posición privilegiada que se estudia en materia de Derecho público, en virtud de lo cual se puede justificar el motivo del denominado «llamamiento de cierre». No es, pues, cualquier sucesor aunque pueda ser calificado técnicamente de tal, es el ente que, por su naturaleza, ha de asumir una herencia a falta de los demás herederos porque no existe ningún familiar del causante capaz de satisfacer la continuidad del vital mecanismo jurídico de la sucesión hereditaria.

---

Véase también: VALLS LLORET, José Domingo: «Llamamiento sucesorio hereditario al Estado: Un estudio de Derecho comparado». En: *Revista Jurídica del Notariado*, N.º 37. Madrid, 2001, pp. 251-288.

<sup>509</sup> Véase: SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 63.

<sup>510</sup> ALBALADEJO, ob. cit., p. 27.

<sup>511</sup> LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 35.

<sup>512</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio...*, vol. I, p. 68. Véase también: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 405, titula el capítulo «El Estado, último heredero abintestato».

<sup>513</sup> Véase: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 325; VALLS LLORET, ob. cit., «Del estudio de la legislación vigente se desprende el llamamiento sucesorio al Estado en la sucesión intestada, con carácter de cierre».

Refiere acertadamente ROJAS que, independientemente de la aceptación a beneficio de inventario, el Estado resultaría siempre exonerado del gravamen de la deuda *ultra vires*, debiendo reputarse como heredero beneficiario de derecho. El Estado no responderá más allá del activo de la herencia y por tal no asume las cargas y deudas de esta<sup>514</sup>. El hecho de que el Fisco deba satisfacer con el producto de los bienes relictos las deudas del causante y tenga a su cargo la liquidación de la herencia, no transforma al Estado en sucesor, porque tal circunstancia se base en la obvia necesidad de salvaguardar la seguridad del tráfico, erigiéndose así en una solución de Derecho positivo incuestionable<sup>515</sup>. El interés general reclama que exista en todos los casos un titular del patrimonio hereditario<sup>516</sup> que en última instancia será la Nación<sup>517</sup>. En todo caso, al margen de la distinción teórica entre sucesor o heredero, por una necesidad social y jurídica, el Estado, en su condición de persona incorporal de existencia imprescindible asume el patrimonio del *de cujus* a falta de herederos *ab intestato*<sup>518</sup>. Se impone así un llamamiento –acertadamente calificado– «de cierre» a la persona incorporal por excelencia.

---

<sup>514</sup> ROJAS, ob. cit., p. 125.

<sup>515</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 475, el Fisco en tal caso actúa como liquidador, con la diferencia de que liquidada la herencia, se atribuye ministerio *legis* el saldo producido de los bienes relictos.

<sup>516</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 67.

<sup>517</sup> Véase: Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 16-1-09, citada *supra*, «El fundamento normativo estriba en razones de interés social, el cual exige que los bienes relictos no queden abandonados, ni expuestos a pérdidas, deterioros, usurpación y demás peligros consiguientes, y ese interés es tanto más concreto y evidente cuanto que en definitiva, cuando faltan absolutamente herederos bien sea testamentarios o *ab intestato*, la herencia debe referirse al patrimonio de la Nación tal como lo dispone el artículo 832 del Código Civil».

<sup>518</sup> Véase, sin embargo, sobre la discutida posibilidad del Estado de repudiar una herencia: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 434-439, la autora no encuentra argumentos para impedir que el Estado pueda repudiar la herencia *ab intestato* ni para impedirle que pueda renunciar y transigir sobre derechos hereditarios (ibíd. p. 439).

Recordemos que el Estado podría resultar beneficiario de la sucesión en casos especiales en que así se disponga, o en los supuestos de los artículos 899 y 900 del Código sustantivo. Supuestos que, en opinión de TORRES-RIVERO, se presenta al Estado como un sucesor *sui generis*<sup>519</sup>.

---

<sup>519</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 153.