

# Tema VI

## La sucesión testamentaria

SUMARIO: **1. Noción** **2. Capacidad** *2.1. Para testar* *2.2. Para recibir por testamento* **3. Vicios del consentimiento** **4. Principios** **5. Representación testamentaria**

### 1. NOCIÓN

Hemos reiterado que las fuentes de la sucesión vienen dadas por la ley y por el testamento, que presentan una suerte de carácter subsidiario, toda vez que la ley entra en juego a falta de la voluntad del testador, pero que igualmente podrían concurrir en caso de insuficiencia o defecto de este último<sup>1</sup>. De allí que algunos se refieran a la «primacía de la sucesión testamentaria sobre la intestada»<sup>2</sup>.

Así pues, la sucesión testamentaria —también denominada «voluntaria»<sup>3</sup>— es la que tiene lugar como manifestación de la última voluntad del *de cuius*<sup>4</sup>, mediante testamento, por el cual en vida se dispone<sup>5</sup> del destino

---

<sup>1</sup> Véase *supra* v.1.

<sup>2</sup> Véase: ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 105.

<sup>3</sup> Véase: ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, ob. cit., p. 109.

<sup>4</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 303 y 304; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 101, aquella que ocurre por voluntad del causante expresada en testamento válido; ROJAS, ob. cit., p. 129, es aquella que tiene lugar por voluntad expresa del autor; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 28, es aquella en la herencia se difiere de acuerdo al testamento; BELLOD, Elena: *La sucesión testamentaria (parte de un manual inédito)*. [www.unizar.es/derecho/derecho\\_aragoneses/.../testamentos.pdf](http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragoneses/.../testamentos.pdf); SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 103, la sucesión testamentaria es la que se rige por la voluntad del causante manifestada en su testamento; <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-civil-guatemala-2/sucesion-testamentaria>, es la sucesión por causa de muerte que tiene lugar por voluntad del causante, manifestada por testamento; MAZEAUD

de sus bienes a su muerte, dentro de ciertos límites legales<sup>6</sup>. Es la sucesión que se basa en un negocio jurídico por causa de muerte, a saber, el testamento, por el cual la persona capaz dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte<sup>7</sup>. Es «aquella en que la vocación sucesoria es determinada por la voluntad del causante, manteniendo siempre el respeto a la legítima»<sup>8</sup>. Pero se aclara que la persona que no tenga herederos legítimos tiene la más absoluta libertad de testar<sup>9</sup>, y en tal caso la sucesión testamentaria no concurre, sino que reemplaza a la sucesión *ab intestato*<sup>10</sup>.

Se citan entre las condiciones o supuestos para que la sucesión testamentaria se verifique de modo total o parcial, que haya una válida declaración de voluntad del *de cuius* emitida por la forma de ley –testamento–, que el *de cuius* sea capaz de disponer y el instituido capaz de adquirir y la sucesión necesaria o forzosa sea respetada<sup>11</sup>.

La sucesión testamentaria constituye una manifestación del derecho de disposición relacionado con la propiedad<sup>12</sup> y, si se quiere, un reflejo de

---

*et al.*, ob. cit., vol. II, p. 6, la sucesión testamentaria es la que se rige por la voluntad del difunto expresada en testamento válido; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XIII, p. 15, la sucesión testamentaria depende de la voluntad expresa manifestada por testamento, que es un acto, otorgado con las solemnidades legales, en que una persona dispone de todo o parte de sus bienes, consignando o no otras disposiciones, para que tenga efecto después de sus días; MESSINEO, ob. cit., p. 70, la sucesión testamentaria es aquella que trae su origen en la voluntad del *de cuius* expresada en acto negocial especial denominado testamento.

<sup>5</sup> Véase: LAURENT, ob. cit., t. XI, p. 118 y 119, el testamento y la donación constituyen actos de disposición de bienes a título gratuito, el primero *mortis causa* y el último por acto entre vivos. Ambos limitados por restricciones de forma.

<sup>6</sup> Véase *infra* VII.

<sup>7</sup> ARCE Y CERVANTES, ob. cit., p. 35.

<sup>8</sup> QUISBERT, ob. cit., p. 16.

<sup>9</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 280.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> DE RUGGIERO, ob. cit., p. 446.

<sup>12</sup> Véase: ARMUZZI, Vincenzo: «*Le liquidazioni ereditarie*». En: *Studio Contabile-legale*. Milán, A. Mondadori Milano, Nuova edizione interamente riveduta ed aggiornata

la voluntad de la persona dentro –cabe reiterar– de las respectivas restricciones legales. Esto último pues la voluntad del causante no es absoluta, sino que ha de manifestarse bajo las limitaciones y formalidades de ley.

El fundamento del derecho de testar viene, para algunos, de una facultad que responde a un sentimiento natural del alma, siendo el testamento un feliz creación del Derecho Civil<sup>13</sup>. Se alude así a la libertad de testar como la posibilidad que el Derecho concede al individuo de poder tomar disposiciones jurídicamente eficaces sobre su patrimonio para el tiempo después de su muerte<sup>14</sup>. En ningún otro acto jurídico la voluntad conserva el carácter y la trascendencia que tiene en la sucesión testamentaria<sup>15</sup>. Pues, en virtud del derecho de testar, se concede plena eficacia a la voluntad expresa libre y solemnemente más allá de los límites de la vida; haciéndose ejecutar cuando ella ya no existe y el poder ha cesado<sup>16</sup>. Se trata de un acto que se hace efectivo cuando su autor ya no existe porque ha perdido su subjetividad jurídica.

La voluntad del *de cuius* se presenta así como la esencia que conceptúa la sucesión testamentaria<sup>17</sup>, siendo un supuesto del acto jurídico que, curiosamente, tendrá efecto con posterioridad a la extinción de la personalidad del sujeto del cual emanó. En el ordenamiento jurídico venezolano, el testamento constituye la única forma de disponer de los bienes en caso de muerte, pues no encuentra aplicación la donación *post mortem*, toda vez

---

dal prof. Ettore Boncinelli, 1940, p. 109, la sucesión testamentaria es una manifestación del derecho de propiedad.

<sup>13</sup> POLACCO, ob. cit., t. II, p. 176.

<sup>14</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 181.

<sup>15</sup> CAMUS, ob. cit., p. 67.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 67 y 68, el autor cita a IHERING para indicar que se ha dicho con razón que el testamento expresa la voluntad pasada del que en un momento dado no tiene voluntad.

<sup>17</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 131, su fundamento lo constituye el principio de la autonomía de la voluntad para la transmisión del patrimonio por causa de muerte; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 101, su justificación es la voluntad del causante; ROJAS, ob. cit., p. 129, su fundamento es la autonomía de la voluntad del testador.

que la liberalidad deberá revestir la forma de «legado», así como no es factible el pacto sobre sucesión futura (Código Civil, arts. 1156, 1022 y 1484)<sup>18</sup>, es decir, aquel contrato que recaiga sobre una sucesión aún no abierta<sup>19</sup>.

Es de reiterar que la voluntad del causante, para que surta efectos, ha de estar dentro de ciertos límites y formalidades de ley, entre los que se cita; el respeto a la legítima, la capacidad tanto del testador como del instituido y el cumplimiento de las solemnidades legales.

Dispone el artículo 895 del Código Civil: «Las disposiciones testamentarias pueden hacerse a título de institución de heredero, o de legado, o bajo cualquiera otra denominación propia para manifestar la voluntad del testador». Las disposiciones testamentarias, ya sea de herederos o legatarios, precisan la determinación del instituido —que sea identificable— y la determinación de lo que se deja, de conformidad con los artículos 898 y 901 *eiusdem*<sup>20</sup>.

Se afirma, en cuanto a su origen, que el testamento presenta data de tiempo remoto, pero que el antecedente directo de nuestro testamento es

---

<sup>18</sup> PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 32, mientras la sucesión no resulte abierta la ley no admite pacto ni contrato que tenga como objeto sucesión considerada para cuando ella se abra.

<sup>19</sup> Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 130 y 131, señala que la prohibición de todo pacto sobre sucesión futura se desprende del artículo 1156 del Código Civil concatenado con los artículos 1022 y 1484 *eiusdem*. El autor distingue tres tipos de pactos sobre sucesión futura: «institutivo» por el que se dispone de la herencia propia para después de la muerte; «renunciativo» por el que el llamado a la herencia renuncia a ella en vida del *de cuius*; «dispositivo» por el que quien podría suceder dispone de la herencia a favor de un tercero antes de abrirse la sucesión; LINAZASORO CAMPOS, Gonzalo: *Convenciones sucesorias: pactos sobre sucesiones futuras*. Editorial Jurídica Chile. Santiago, 1981, pp. 7 y ss., el autor refiere que tal prohibición de sucesión futura data del Derecho romano; POLACCO, ob. cit., t. II, p. 51, la facultad de aceptar supone una herencia ya abierta, y por eso no pueden existir aceptaciones o renunciaciones en vida del causante, ni siquiera por medio de contrato hecho con el causante mismo. Tales pactos eran frecuentes en el pasado; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones...*, p. 522.

<sup>20</sup> ESCOVAR LEÓN, *Institución de heredero...*, p. 234.

el *testamentum* que diseñaron los romanos, que pretendió inicialmente designar un nuevo jefe de la familia manteniendo la unidad ancestral formada por elementos personales y familiares<sup>21</sup>. En efecto, comenta CAMUS que la forma testamentaria, que es la expresión de la voluntad libre del individuo, aparece en los pueblos en época bastante avanzada. Sin embargo, en Roma, se conoce la idea testamentaria desde tiempos remotos, por razones derivadas de su constitución política y religiosa<sup>22</sup>. Aun cuando se aclara que en el Derecho romano, la sucesión testamentaria y la *ab intestato*, no podían concurrir<sup>23</sup>. Se indica que «la sucesión testamentaria en la doctrina romana y la confección del testamento, respondía a un hecho normal de la vida, por tanto era excepcional que no se testase»<sup>24</sup>. Generalmente se afirma que entre las dos especies de vocación a la hereditarias que existieron –*ab intestato* y voluntaria–, prevaleció en la costumbre romana la testamentaria<sup>25</sup>.

A través del testamento, el *de cuius* puede ampliar los sujetos beneficiados por la sucesión legal o *ab intestato*<sup>26</sup>, así como excluir a aquellos herederos no legitimarios llamados a esta. Esto implica la posibilidad de extender los sujetos en su condición de herederos o instituir también legatarios, pues ambas figuras pueden concurrir, no obstante ser los últimos exclusivos de la sucesión bajo análisis. Curiosamente, se indica que en algunos países

---

<sup>21</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 20 y 21. Véase sobre la historia del testamento: ibíd., pp. 20-30.

<sup>22</sup> CAMUS, ob. cit., p. 13. Véase ibíd., p. 59, «La idea de testamento es sutil, y por esto solo germina en pueblos de avanzada cultura jurídica. Muchos pueblos no la concibieron, y otros tardaron en aceptarla. Roma, sin embargo, constituye una excepción, pues regula la herencia testamentaria con todas sus consecuencias, antes que ningún otro pueblo. El problema está en poder determinar la fecha de su aparición». Véase sobre la sucesión testamentaria en Roma: BERNAD MAINAR, ob. cit., pp. 101-107.

<sup>23</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 287 y 303. Véase *supra* v.1.

<sup>24</sup> CHINCHILLA SANTIAGO, ob. cit., p. 79.

<sup>25</sup> MORA, Patricia Silvína: *Hereditas Primitiva. El derecho hereditario arcaico en Roma. Origen del testamento*. [www.edictum.com.ar/miweb4/hereditas.doc](http://www.edictum.com.ar/miweb4/hereditas.doc).

<sup>26</sup> «Sucesión testamentaria». En: *Temas de Derecho*. 13-08-08. <http://sobretododebates.blogspot.com/2008/08/sucesin-testamentaria.html>.

hispanoamericanos no es común la utilización de la figura. La razón podría estar dada en la falta de una cultura entre la población o el temor reverencial hacia la muerte<sup>27</sup>. Pero la vía está abierta como manifestación de la autonomía de la voluntad del causante.

## 2. CAPACIDAD

### 2.1. *Para testar*

Dispone el artículo 836 del Código Civil: «Pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la Ley»<sup>28</sup>. Y el artículo 837 *eiusdem* establece incapacidades absolutas –referidas a todas las personas– que delimitan la capacidad para disponer por testamento o capacidad de testar<sup>29</sup>, denominada también «testamentificación activa»<sup>30</sup>. Prevé dicha norma: «Son incapaces de testar: 1. Los que no

<sup>27</sup> PÉREZ GALLARDO, *El Derecho de Sucesiones en cifras...*, p. 327.

<sup>28</sup> Véase en este sentido: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 160, GUTIÉRREZ BARRENGOIA *et al.*, ob. cit., p. 73, indica respecto del Derecho español que según el artículo 662 del Código Civil pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Véase sobre el tema: ROMERO COLOMA, Aurelia María: *La capacidad de testar*. Barcelona, Bosch, 2007; RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*. Madrid, Thomson Civitas, 2006.

<sup>29</sup> Véase sobre tal norma o sobre la capacidad de testar: DOMINICI, ob. cit., p. 59; ROJAS, ob. cit., pp. 143-149; SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 304-307; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 146-152; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 106-109; RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 73-76.

<sup>30</sup> Por oposición a la «testamentificación pasiva» o capacidad para recibir por testamento. Véase: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 196; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 146, VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 23; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 331, ROJAS, ob. cit., pp. 149-152; ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 55, se hablaba de *testamenti factio activa* –capacidad para hacer testamento– y *testamenti factio passiva* –capacidad para recibir–; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, exp. 6044-06, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/350-20-6044-06-100.html>, «A la capacidad para disponer

hayan cumplido 16 años, a menos que sean viudos, casados o divorciados. 2. Los entredichos por defecto intelectual. 3. Los que no estén en su juicio al hacer el testamento. 4. Los sordomudos y los mudos que no sepan o no puedan escribir».

La capacidad para testar asociada a la capacidad de obrar<sup>31</sup> es distinta a la capacidad para transmitir la herencia, que tiene toda persona al margen de su incapacidad de obrar o de ejercicio. Aclara LÓPEZ DEL CARRIL que no se precisa capacidad de obrar para transmitir la herencia, porque es pasiva o estática, y la tiene el incapaz como sería el caso de un entredicho, que al fallecer transmite su patrimonio a sus herederos legítimos<sup>32</sup>. En cambio, la capacidad para testar está asociada a la capacidad de obrar o de ejercicio y esta es exclusiva a la persona humana o natural, pues la incapacidad de obrar es un *status* que solo afecta al ser humano, se aclara, aunque resulte obvio, que solo las personas naturales, mas no las incorporales, pueden disponer de sus bienes por testamento<sup>33</sup>, aunque algunos ordenamientos lo indican expresamente<sup>34</sup>.

---

por testamento se le denomina testamentificación activa. La palabra «testamentificación» proviene de dos voces latinas «*testamenti factio*» o derecho de testar, en el Derecho romano, encontrándolo originariamente en las *Institutas* de GAYO»; Véase: SALGUERO QUINTANA, Carlos Alberto y VIVAR SANABRIA, Lilian Victoria: *La sucesión testada, en el ejercicio de la libre testamentificación en El Salvador*. El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, Monografía presentada para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, 2007, pp. 14 y 15 <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/346.05.../346.05-S164s.pdf>, se alude a testamentificación activa con relación a la facultad de testar y disponer de los bienes. Así como a testamentificación pasiva que recae sobre las personas que tiene vocación sucesoral con respecto de un testamento.

<sup>31</sup> Véase sobre la capacidad para testar: KIPP *et al.*, ob. cit., pp. 190 y ss.

<sup>32</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 11.

<sup>33</sup> ZANNONI, ob. cit., p. 546. Véase en el mismo sentido: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 977, es evidente que solo pueden testar las personas físicas.

<sup>34</sup> Véase respecto de Aragón (España): BELLOD, ob. cit., p. 3, refiere que el artículo 93.1 de la Ley que indica: «pueden testar todas las personas físicas que al tiempo de otorgar el testamento sean mayores de 14 años y no carezcan de su capacidad natural».

Ahora bien, las incapacidades, dada la gravedad que aparejan, son de carácter taxativo, esto es, no pueden ser objeto de analogía<sup>35</sup>, lo cual, ciertamente, es extensible al ámbito testamentario<sup>36</sup>, en el que rige igualmente la regla general según la cual la capacidad se presume y la incapacidad debe ser expresa, así como la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción<sup>37</sup>. Siendo así, el citado artículo 836 del Código Civil<sup>38</sup>, deja claro

---

<sup>35</sup> Véase DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 46-49.

<sup>36</sup> Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*, «En materia testamentaria, el artículo 836 *eiusdem*, reitera el principio del Derecho común, según el cual, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, cuando establece que pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la ley. De allí resulta, por una parte, que nadie está obligado a demostrar su propia capacidad o la capacidad de determinada persona para disponer por testamento, sino que la respectiva carga de la prueba –como dijimos *ut supra*–, recae exclusivamente sobre quien alega la incapacidad testamentaria; y, por otra, que las normas legales sobre incapacidad para testar son de carácter excepcional, motivo por el cual deben ser interpretadas restrictivamente y nunca pueden extenderse por vía de analogía».

<sup>37</sup> Véase también: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 196, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; LAURENT, ob. cit., t. XI, p. 131; JOSSEAND, ob. cit., vol. II, p. 12, la capacidad constituye la regla en materia sucesoria como en las demás, por lo que hay que preguntarse no quién es capaz, sino quiénes son los incapaces; RAMÍREZ, ob. cit., p. 216; RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 30, en materia testamentaria también tiene aplicación el principio según el cual «la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción». Y que de conformidad con los artículos 836 y 837 del Código Civil todas las personas son capaces para testar o recibir y algunos excepcionalmente no pueden hacerlo; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 25-07-08, exp. N.º 14.165, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2121-25-14165-.html>.

<sup>38</sup> Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 03-10-06, exp. 01951, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/957-3-01951-.html>, norma rectora para la capacidad de testar.

que todo el que no declara la ley incapaz para testar tiene capacidad para dicho acto jurídico y, ciertamente, tal declaración se desprende del artículo siguiente, a saber, el 837 del Código sustantivo. De allí, que no se puede derivar una incapacidad general de testar de todos los incapaces de obrar, sino que tal incapacidad especial viene dada por la última norma citada. Al efecto, son incapaces para disponer por testamento:

i. Los que no hayan cumplido 16 años, a menos que sean viudos, casados o divorciados. Es bien sabido, que la ley concede capacidad de obrar plena –actúa por sí solo– al menor de edad para realizar cierto actos personalísimos, una vez que el adolescente avanza hacia la mayoría. Uno de tales supuestos viene dado precisamente por su capacidad para testar, que alcanza el adolescente una vez cumplidos los 16 años. Antes de tal edad, la norma en comentario, concede capacidad para testar a los menores «viudos, casados o divorciados», lo que se corresponde con el menor «emancipado», *status* que solo se adquiere en nuestro Derecho vigente, por efecto del matrimonio—por ello la ley alude a «casados»— y no se pierde con la extinción del vínculo—muerte o divorcio, por ello la ley lo extiende a viudos o divorciados—. Aunque en la actualidad difícilmente antes de tal edad tendrán tal estatus dada la sentencia de la Sala Constitucional N.º 1353/2014 que fijó la edad mínima para contraer matrimonio a los 16 años<sup>39</sup>. El citado artículo 837.1 del Código Civil, no incluye expresamente el supuesto de nulidad de

---

<sup>39</sup> Por aplicación del artículo 77 de la Constitución se admite que la unión de hecho estable o concubinato también podría propiciar la «emancipación» (Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I...*, pp. 420 y 421) y la prueba sería el acta de registro correspondiente (Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 121.2, que establece que no pueden registrarse las uniones «de los adolescentes menores de 14 años de edad», 120.8). Señalamos en su momento que ello debía entenderse en la misma edad que prevé el Código Civil para el matrimonio en su artículo 46 –14 para la mujer y 16 para el hombre—. Sin embargo, la Sala Constitucional varió la edad mínima de la mujer a 16 para contraer matrimonio, a fin de equipararla a la del varón (TSJ/SC, sent. N.º 1353, del 10-10-14); ARTEAGA FLAMERICH, María Fernanda: «El matrimonio y la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2018,

matrimonio del menor de edad contraído de buena fe, en el que se admite con base en el artículo 382 del Código Civil —que prevé la pérdida del régimen en caso de mala fe—, que la emancipación no se extingue<sup>40</sup>. Nuestro ordenamiento consagra acertadamente la capacidad para testar antes de la mayoría<sup>41</sup>, en atención al discernimiento del adolescente, ya sea por tener 16 años o por haber realizado un acto trascendente que precisa de razón, a saber, el matrimonio. Otras legislaciones, como la española, lo consagran a la edad de 14 años<sup>42</sup>, lo cual sería válido en nuestro ordenamiento de *lege ferenda*, en consonancia con la capacidad plena en el ámbito laboral que el artículo 100 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes le reconoce al adolescente de tal edad, en atención a su discernimiento<sup>43</sup>. Recordemos que la tendencia apunta a la concesión de capacidad de obrar del adolescente en función de su discernimiento<sup>44</sup>.

ii. El entredicho judicial, esto es, aquel sujeto afectado por una sentencia de incapacitación absoluta que acarrea una incapacidad de obrar total —sometido a un régimen de representación a través del tutor— y la pérdida

---

pp. 339-365, [www.fvlj.com.ve](http://www.fvlj.com.ve); VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La emancipación y la capacidad evolutiva de los niños y adolescentes». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-III (Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén). Caracas, 2018, pp. 763 y ss.

<sup>40</sup> Una interpretación estricta llevaría a concluir que por no incluirse en la norma en comentario, sería el único caso de emancipado menor de 16 años que no tendría testamentación activa. Sin embargo, el supuesto es poco probable en la práctica porque el referido artículo 382 del Código Civil precisa cosa juzgada y para tal fecha de seguro ya se habría alcanzado la edad mínima para testar.

<sup>41</sup> CHINCHILLA SANTIAGO, ob. cit., p. 75, indica que contrariamente en la legislación de Guatemala, la capacidad para testar se adquiere a la mayoría, esto es a los 18 años.

<sup>42</sup> Véase: PINTO ANDRADE, Cristóbal: «El patrimonio de los menores sometidos a patria potestad», 2008, <http://noticias.juridicas.com>, «El menor por sí puede otorgar testamento desde los 14 años, salvo el ológrafo. No puede ser testigo excepto en el caso de epidemia si es mayor de 16 años (artículos 663 y 688 del Código Civil)».

<sup>43</sup> Véase: VARELA CÁCERES, *La capacidad de ejercicio...*, pp. 125 y ss.

<sup>44</sup> Véase: *Ibid.*, *in totum*.

del libre gobierno de la persona<sup>45</sup>. El entredicho judicial es el único adulto sometido a incapacidad civil que no puede testar<sup>46</sup>, dada la absoluta carencia de discernimiento. Ello es natural, porque el testamento constituye por esencia un acto personalísimo que no admite la representación, ni siquiera voluntaria<sup>47</sup>, salvo el cuestionado supuesto de la mal llamada «sustitución pupilar»<sup>48</sup>. Los hermanos MAZEAUD comentan que la ley limita la libertad de ciertas personas para disponer por testamento reforzando las incapacidades de derecho al punto de transformar simples incapacidades de obrar en incapacidades de goce<sup>49</sup>. En el caso indicado, la incapacidad se acredita con la respectiva sentencia de interdicción recaída con anterioridad al otorgamiento del testamento, sin que sea factible probar que se actuó en un intervalo de lucidez<sup>50</sup> —como ocurre en materia de hecho ilícito<sup>51</sup>—, porque opera una suerte de presunción *iuris et de iure*, respecto a la ausencia de capacidad en materia testamentaria.

iii. El que no esté en su sano juicio al testar. Se trata del individuo respecto del cual no media sentencia de incapacitación absoluta, pero igualmente presenta una afección o estado mental grave que lo priva del

---

<sup>45</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 397-403; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «El procedimiento de incapacitación». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N.º 122, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 259-401; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La incapacitación en el Derecho venezolano». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. La Ley, Buenos Aires, año VII, N.º 2, 2015, pp. 143-168.

<sup>46</sup> Pues si puede realizar tal acto el entredicho legal —condenado a presidio— y el inhabilitado.

<sup>47</sup> Véase *infra* VII.2.

<sup>48</sup> Véase *infra* X.2.3.

<sup>49</sup> MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. III, p. 298. Véase *ibid.*, p. 299, de allí la afirmación de los autores que el entredicho judicial está sujeto a «incapacidad de goce en cuanto al derecho a disponer a título gratuito».

<sup>50</sup> FARRERA, ob. cit. p. 88; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*.

<sup>51</sup> Véase, artículo 1186 del Código Civil.

discernimiento al momento de testar<sup>52</sup>. El supuesto responde al caso de la denominada «incapacidad natural» que tiene lugar cuando sin mediar incapacitación se carece de discernimiento<sup>53</sup>. Debe tratarse de una afección que menoscabe sustancialmente la decisión o voluntad del testador; no es, pues, suficiente cualquier enfermedad mental, sino que la misma debe privar de la lucidez que precisa el acto de testar<sup>54</sup>. Se aboga por una afección que

---

<sup>52</sup> Véase: en sentido semejante: artículo 406 del Código Civil, regla general que consagra que los actos de una persona no pueden impugnarse después de su muerte alegando defecto de sus facultades intelectuales, pero admite una excepción cuando la interdicción de la persona de cuyo acto se trata se hubiere promovido antes de su muerte o cuando la prueba de la enajenación mental resulte del acto mismo que se impugne. Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 370 y 371, señala que priva la norma especial en materia testamentaria. En el mismo sentido: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira sent. del 17-01-06, exp. 1107, [http://www.tsj.gov.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2006/enero/1323-17-1107-.html](http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2006/enero/1323-17-1107-.html), «no obstante la aparente contradicción con lo previsto en el artículo 406 del Código Civil que estatuye expresamente que los actos realizados por una persona no podrán impugnarse después de su muerte por defecto de sus facultades intelectuales, sino cuando la interdicción se hubiere promovido antes de la muerte o cuando la prueba de la enajenación resulte del acto mismo que se impugna, ya que tal contradicción no existe; en el artículo 406 el legislador hace alusión a los actos *inter vivos*, mientras que en el artículo 837 se refiere al testamento que es un acto *mortis causa*; la primera disposición es de carácter general y la segunda, de carácter especial, por lo que prevalece esta última sobre aquélla».

<sup>53</sup> Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 03-10-06, citada *supra*.

<sup>54</sup> Véase: CS3CDF, sent. del 28-04-69, en: *Jurisprudencia Ramírez Garay*, t. XXII, pp. 158-160, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en que la insania mental, como causa de anulación de un testamento, debe ser de tal naturaleza que impida la normal decisión por el testador; si bien se encontraba afectado de un padecimiento cerebral que mermaba sus facultades mentales, para el momento de otorgar el testamento, es decir, no se hallaba en el pleno goce de sus facultades mentales, tal como aparece de la experticia, pero no hay evidencia en autos de que su enfermedad los privase totalmente del estado de lucidez que se requiere para celebrar válidamente el otorgamiento del testamento. Al no acreditar debidamente el actor que la incapacidad del testador resultaba tan grave como para privarlo del juicio necesario para

prive enteramente de la capacidad o discernimiento para dicho acto, porque lo contrario supondría un menoscabo de la autonomía y la dignidad<sup>55</sup>.

En tal caso, lo importante será la prueba de tal estado mental al momento del otorgamiento del acto testamentario, pues, aunque fuese temporal, afectó sustancialmente el discernimiento y la libre voluntad. Se ha admitido, que afectivamente es impugnabile un acto realizado por un sujeto carente de discernimiento no obstante su capacidad legal –por no mediar incapacitación– en atención a la falta de consentimiento en la realización del acto<sup>56</sup>. Tales casos podrían incluirse en supuestos de anulabilidad del acto jurídico por falta de consentimiento como requisito fundamental del negocio de última voluntad. Pero la prueba de la ausencia de discernimiento, ciertamente, ha de ser rigurosa a los fines de desvirtuar la voluntad del causante en materia testamentaria; no ocurre como en el ordinal anterior, que basta la simple sentencia de interdicción judicial, dada la incapacitación, sino que

---

otorgar el testamento, la acción debe declararse improcedente. DOMINICI, ob. cit., p. 60, la locura o la demencia debe probarse cuando el testador no estaba entredicho.

<sup>55</sup> Véase: MIGUEL ALHAMBRA, Luciana: «Demencia y capacidad para testar. A propósito de una sentencia». En: *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*. N.º 59, 2015, <http://www.elnotario.es>, «En la evolución de algunas demencias, es característica precisamente la existencia de fluctuaciones en el grado de alteración de las funciones cognitivas hasta estadios avanzados. Podría ser discutible si en los momentos en los que el sujeto presenta alteraciones mentales se encuentra anulada o limitada su capacidad de juicio. Pero es indiscutible que aquellos otros en los que existe integridad de las funciones cognitivas debe presumirse la capacidad legal. Es decir, en estos momentos de lucidez, el respeto a la presunción de capacidad y a la autonomía, a pesar de tener demencia, debiera incluir el respeto a otorgar el testamento que libremente decida. Y es que ‘el respeto a los derechos fundamentales de la persona que sufre algún trastorno quiere decir rescatar al máximo los ámbitos en los que sea competente y desee decidir por sí mismo, ya que en ello radica su libertad y su dignidad’». Véase también: CALCEDO ORDOÑEZ, Alfredo: «La evaluación médico-legal en la impugnación del testamento». En: *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*. N.º 58, 2014, <http://www.elnotario.es>, «los trastornos mentales no siempre convierten a los enfermos mentales en incompetentes intelectuales, conductuales o sociales».

<sup>56</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 70-74.

se precisa prueba cierta –que se hará valer en juicio al efecto<sup>57</sup>– de la afección mental al momento de testar.

---

<sup>57</sup> Véase: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 17-01-06, citada *supra*, «Con relación al argumento de la parte actora de que la causante (...) antes, al momento y después de otorgar el testamento no se encontraba en su sano juicio, por lo que debe ser declarado nulo el testamento por ella otorgado con fundamento en el artículo 837.3 del Código Civil venezolano, cabe señalar que el referido ordinal hace referencia al testador afectado de enfermedad mental que le prive del juicio, pero cuya interdicción no ha sido declarada, ni siquiera promovida. En el caso bajo estudio correspondía a la demandante probar fehacientemente la circunstancia de insanidad mental alegada (...) Además, el citado artículo 837 del Código Civil al consagrar quienes son incapaces para testar, en su numeral 2 hace referencia a los entredichos por defecto intelectual, caso en el cual sí se requiere que la interdicción, provisional o definitiva, haya sido declarada, no pudiendo el entredicho hacer testamento válido y tal incapacidad persistirá mientras dure ese estado, esto es mientras no sea revocada la interdicción; supuesto distinto al invocado por la demandante, la cual no logró demostrar la insanidad mental de la testadora para la fecha del otorgamiento del referido documento, y por el contrario, de las declaraciones rendidas por los testigos de la parte demandada se evidenció que la causante (...) gozaba de buena salud física y mental antes, en el momento, y luego de haber otorgado el testamento objeto de la presente *litis*»; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*, «Para esta Alzada, quien ha sido declarado entredicho por defecto intelectual, está incapacitado para testar, desde el mismo día del decreto judicial. Hasta la existencia de la revocación del decreto judicial de interdicción. Dicha regla es absoluta, y en consecuencia, no cabe alegar o probar al respecto que el entredicho llevó a cabo el acto en un intervalo lúcido; y a los efectos de la declaración judicial de nulidad del testamento otorgado por el entredicho, basta demostrar que para la fecha del acto, existía el decreto de interdicción, sin que sea necesario presentar prueba adicional alguna de la insana mental del testador, pues la misma se presume. Ahora bien, la incapacidad por carencia de juicio sano, impide al *de cuius* testar válidamente –aunque no haya sido declarado entredicho–, pues, la persona que no esté en su sano juicio cuando realiza el acto de última voluntad, no puede testar».

Es de recordar que quien alega la incapacidad deber probarla, norma elemental en materia probatoria aplicable al ámbito que nos ocupa<sup>58</sup>. No cabe

<sup>58</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 47; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 26-10-05, exp. 6622-03, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/octubre/654-26-6622-03-254-05.html>, «... ya que quien afirma la incapacidad propia o ajena tiene la carga de probarla, lo que lleva a concluir a quien juzga que dicho testamento tiene plena validez por haber sido otorgado en forma legal y por cuanto el testador se encontraba en pleno goce de sus facultades civiles»; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 04-12-08, exp. 05-0669 (KP02-R-2005-002043), <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/diciembre/678-4-KP02-R-2005-002043-05-0669.html>, «... por cuanto la parte actora no logró demostrar que el ciudadano (...) se encontraba incapacitado mentalmente para testar para el día (...) oportunidad en la cual suscribió el testamento objeto de la presente acción de nulidad, y por cuanto ha quedado demostrado que en el testamento se cumplieron con las formalidades previstas en los artículos 853 y 854 del Código Civil, así como de haberse indicado de manera expresa, la razón por la cual el testador se abstenía de suscribir el mismo y en su lugar lo haría el firmante a ruego, quien juzga considera que el testamento objeto de la presente acción es válido, y por tanto lo procedente es declarar sin lugar el presente recurso de apelación y por consiguiente sin lugar la presente acción de nulidad de testamento»; Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, s/f, exp. 6052-04, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/379-2-6052-04-02.html>, «del exhaustivo análisis de las pruebas aportadas por el actor, este Juzgador encuentra que el mismo no demostró que el testador al momento de otorgar el testamento se encontraba en interdicción por defecto intelectual (artículo 837.2 del Código Civil), así como tampoco produjo a los autos la prueba de que el testador (...) no estaba en su juicio al hacer el testamento (artículo 837.3 del Código Civil). De tal manera que quien alega la incapacidad del testador al momento de otorgar el testamento debe necesariamente demostrar el hecho que determina tal incapacidad, por lo tanto no existiendo en autos la plena prueba de la incapacidad del ciudadano (...) al momento de otorgar el testamento objeto de la pretensión de nulidad, por mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, la pretensión del demandante no puede prosperar en derecho tal como se resolverá en la dispositivo de este fallo».

aquí la experticia médico-psiquiátrica –vital en juicio de interdicción– porque se trata de un estado mental pretérito y, aunque es obvio que tales profesionales serían los idóneos para dar fe que el causante no estaba en su sano juicio, pretender necesariamente su intervención limitaría sobremanera la prueba de la incapacidad natural; aunque ello no siempre será posible, sería ideal la intervención del médico tratante en el pasado como perito testigo –pues el informe médico debe ser ratificado en juicio–, amén de otras pruebas que pudieran denotar el estado de insania intelectual<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*, «La prueba de la insania mental, en criterio de quien aquí decide, puede efectuarse por toda clase de medios legales, aunque nuestra jurisprudencia ha establecido que el defecto mental susceptible de invalidar el testamento no puede demostrarse a través de apreciaciones personales y subjetivas de quienes no sean expertos (*Jurisprudencia de los tribunales de la República*, vol. 16, p. 464). Estamos de acuerdo con ello, siempre y cuando se trate en realidad de meras apreciaciones personales y subjetivas de testigos no expertos, pero mediante esa misma clase de testigos se puede perfectamente demostrar la insania del testador, cuando ellos depone sobre hechos y actos reales y objetivos que evidencian la demencia de aquél (...) Se observa del caso de autos, que a la actora le correspondía la carga de la prueba del defecto intelectual del *de cuius* al momento de testar, para lo cual se limitó única y exclusivamente, en esencia, a traer dos testigos, sin embargo, esta alzada considera que si bien es cierto la testimonial es un medio de prueba que permite establecer determinados hechos objetivos relativos a la demencia o al defecto intelectual, no es menos cierto que en materia probatoria una cosa es el “saber” de tipo común y el “saber” de tipo técnico que puede darse como distinción entre el testimonio común y el testigo técnico, lo cual nos conduce a la tesis del procesalista italiano POMPEO (*La distinzione fra perizia e testimonianza*. Foro Italiano, 1937, Tomo IV, Columna 58, N.º 10), donde expresa que el testimonio relativo a un objeto que no puede comprender un dato cuya comprensión exige una experticia de la cual está privado, no puede llegar a ser testigo de ese dato (...) Ello evidencia, que si bien es cierto debe permitirse la utilización del medio de prueba testimonial que conduce al juez, a través de la sana crítica, dejar constancia de los hechos o actuaciones del *de cuius* que pueden denotar insania mental, no es menos cierto, que el carácter fundamental y conducente de la prueba sería la del perito testigo, o la experticia como medio de prueba, conducente capaz de llevar al juez la plena convicción de esa insania mental. Ello no es óbice para que con los solos testigos se puedan acumular en los autos, en

Algunos señalan que en tal supuesto podría llegarse al extremo de incluirse a quien esté bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes aunque sea en forma temporal<sup>60</sup>, u otros estados como sonambulismo, delirio febril, hipnosis o extrema postración física<sup>61</sup>. Por lo que admiten no solo la misma afección mental grave que propiciaría la interdicción judicial, sino otros estados que priven del discernimiento al testador<sup>62</sup>. Curiosamente, refiere FARRERA, que las condiciones imposibles en un testamento ponen en duda la salud mental del testador, por lo que sería más prudente examinar su estado de juicio, antes que la condición impuesta<sup>63</sup>.

---

defecto de peritaje, los elementos necesarios para que, de conformidad con el artículo 508, en concordancia con el 510 del Código de Procedimiento Civil, pueda el juzgador lograr la admiculación de idóneos con el resto del material probatorio necesario que le permita obtener la plena prueba que requiere el artículo 254 *eiusdem*, para poder declarar con lugar una acción de nulidad testamentaria (...) corre un informe médico (...) y al ser éste un documento privado emanado de terceros que no fue ratificado en el proceso debe desecharse de conformidad con lo establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil».

<sup>60</sup> Véase: RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 75.

<sup>61</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 60. Véase también: FARRERA, ob. cit., p. 89, «la embriaguez, el delirio y la exaltación pueden llegar a perturbar la inteligencia de tal modo que hagan perder el juicio al se halla en dicho estado, bien que es falta de conciencia desaparezca luego con la desaparición de la causa que la produjo».

<sup>62</sup> Véase Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*, «La insania mental que se requiere para que surja la incapacidad en cuestión –como en el caso de autos–, es la misma que ameritaría la interdicción del testador: ni más, ni menos. Pero el caso en referencia comprende no solo el demente no entredicho, sino también a cualquier otra persona privada de cordura en el momento de testar, como serían, el individuo ebrio, el que se encuentre bajo la influencia de estupefacientes, del hipnotizado, del sonámbulo, etc.; prueba ésta, que le corresponde al actor, sobre el hecho de que el testador no estaba en su sano juicio dentro del periodo de testación –al cual corresponde la fecha del otorgamiento del testamento (...)– no pudiendo considerarse incapaces para testar, las personas simplemente maniáticas, las de carácter meramente extraño o las iracundas».

<sup>63</sup> FARRERA, ob. cit., p. 214.

iv. El mudo o sordomudo que no sepa o pueda escribir<sup>64</sup>, dada su imposibilidad natural de constatar la veracidad o regularidad de su voluntad *mortis causa*. Creemos que esta última limitación sigue vigente –en consonancia con el artículo 861 del Código Civil– no obstante la derogatoria por parte de la Ley para las Persona con Discapacidad<sup>65</sup> de la inhabilitación legal que consagraba el artículo 410 del Código Civil, toda vez que la norma especial testamentaria ni siquiera incluía a todos los inhabilitados legales, sino a quienes resultaban afectados por una discapacidad específica –pues no alude al ciego– e incluye al «mudo» que no constituía un inhabilitado legal –pues este lo era el «sordomudo»–, dado el carácter taxativo de las incapacidades.

Se aprecia de las incapacidades referidas en el artículo 837 del Código Civil que, en su mayoría, se asocian al tema de la capacidad de obrar, pues una de ellas deriva de una minoridad especial y otra de la interdicción judicial; en tanto que otra se asocia al *status* de la incapacidad natural o ausencia de discernimiento –no estar en su sano juicio–. Finalmente, el caso del sordomudo o mudo que no sabe leer ni escribir no implica incapacidad general, sino impedimento para verificar el acto en cuestión. Se aprecia decisión judicial que indica: «La legislación venezolana, reconoce únicamente tres casos de incapacidad general para testar: Defecto de edad, defecto mental y mudez o sordomudez de quien no sabe o no puede escribir, y un caso adicional de incapacidad para disponer por testamento cerrado que es el relativo a no saber o no poder leer»<sup>66</sup>. A esta última nos referiremos al considerar el testamento cerrado<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 379, no todo sordomudo o mudo es incapaz de testar, solo el que no sabe o no pueda leer ni escribir.

<sup>65</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 598, del 05-01-07.

<sup>66</sup> Véase Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*.

<sup>67</sup> Véase *infra* VII.3.

Del citado carácter taxativo de las incapacidades que incluyen la de testar, debe concluirse que los sujetos no referidos en la enumeración del artículo 837 del Código Civil son plenamente capaces para disponer por testamento, aunque estén afectados en términos generales por una incapacidad de obrar; así por ejemplo, puede otorgar testamento el «entredicho legal» o condenado a presidio porque este adicionalmente tiene discernimiento, su incapacidad es de sanción según prevé el artículo 23 del Código Penal, que lo priva de la disposición de sus bienes «por acto entre vivos» lo que excluye al testamento que es un acto por esencia *mortis causa*<sup>68</sup>. Así mismo, la incapacidad para testar tampoco se extiende a los «inhabilitados»<sup>69</sup>, porque, no obstante la limitación o restricción de la ley (artículos 409 y ss. del Código Civil), ellos no ven afectado sustancialmente su discernimiento, y por tal pueden realizar actos personalísimos (los actos para los que precisan asistencia de curador son los indicados en el artículo 409 del Código Civil). Es de observar que el acto de testar por su carácter personalísimo no admite la representación y como se evidencia, de los casos indicados respecto de los incapaces relativos ni siquiera media la asistencia o autorización, pues esta como forma de suplir la incapacidad relativa se dirige fundamentalmente a actos negociales de contenido patrimonial<sup>70</sup>. Vale recordar, según indicamos, que ha desaparecido la inhabilitación legal<sup>71</sup>.

De allí que afirmen acertadamente RIPERT y BOULANGER que, si bien el testamento como acto jurídico precisa de capacidad de obrar y si bien la ley se muestra más severa que otros actos respecto de la forma, es más amplia en cuanto a la capacidad de obrar de testar. Pues este acto desinteresado solo producirá efectos a la muerte del testador, no ofreciendo como

---

<sup>68</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 463; FARRERA, ob. cit., p. 88.

<sup>69</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 374, ninguna norma establece que el inhabilitado es incapaz para testar; DOMINICI, ob. cit., p. 60, el pródigo y cualquier otro inhabilitado no está incapacitado para hacer testamento; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 150; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 450.

<sup>70</sup> Véase artículos 383 y 409 del Código Civil; *infra* VII.2.

<sup>71</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La derogatoria de la inhabilitación legal». En: *Revista de Derecho*. N.º 26, Caracas, TSJ, 2008, pp. 223-249.

otros actos de disposición *inter vivos*, los peligros de una donación o de una venta<sup>72</sup>. Se trata de un acto personalísimo que adicionalmente precisa de la muerte del testador, de allí la amplitud de la ley en materia de testamentación activa.

Finalmente, como es natural, debe tenerse en cuenta el artículo 838 del Código Civil: «Para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento». De tal suerte, que poco importa el estado mental posterior al acto testamentario, pues la capacidad se determina por el tiempo de su otorgamiento. Así pues, al legislador le es indiferente la suerte de la salud mental del causante con posterioridad al otorgamiento del testamento, porque tal época no incide en la validez o eficacia del acto o negocio jurídico *mortis causa*. Indica, al efecto, una decisión judicial: «Para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento (artículo 838 del Código Civil), en consecuencia, solo se necesita tener capacidad testamentaria en el momento del otorgamiento del acto de última voluntad, siendo indiferente cuál haya sido la situación anterior o la posterior al mismo. Es irrelevante, pues, que el causante sea o no capaz para disponer por testamento en el momento de su muerte»<sup>73</sup>. De tal suerte que la voluntad tomada en cuenta es al momento de otorgar el testamento<sup>74</sup> y, así mismo, la capacidad.

No cabe entonces para atacar la validez del acto testamentario la incapacidad sobrevvenida<sup>75</sup>. Se discute si el tiempo del otorgamiento conforme el

---

<sup>72</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 320.

<sup>73</sup> Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*.

<sup>74</sup> Véase: MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Notas sobre “la voluntad del testador”». En: *Revista Jurídica*, N.º 6, Universidad Autónoma de Madrid, 2002, p. 177, [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3093/14240\\_6RJ152.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3093/14240_6RJ152.pdf?sequence=1), La voluntad real del testador no puede ser otra que la expresada en el momento del otorgamiento.

<sup>75</sup> RAMÍREZ, ob. cit., p. 216.

instante mismo de este o se presenta como un proceso que rodea ese momento, a lo que FARRERA comenta que no se debe pecar ni en uno ni en otro extremo, pues pretender el mismo instante del otorgamiento supondría exigir participación en la prueba de parte de los que intervinieron en el acto, los cuales tendrán interés en preservar la validez del acto. Por lo que concluye el autor, que ante tal grave dificultad el estado de demencia inmediatamente antes o después del momento del otorgamiento se halla dentro de los límites lógicos de la ley<sup>76</sup>.

## 2.2. *Para recibir por testamento*

La capacidad para recibir por testamento<sup>77</sup> está regulada en los artículos 839 y siguientes del Código Sustantivo. Los supuestos citados tienen que ver —a diferencia de la capacidad para testar generalmente asociada con la capacidad de obrar o de ejercicio (como es el caso de los ordinales 1 y 2, del artículo 836 del Código Civil)— con casos que la doctrina incluye dentro de las incapacidades especiales de goce, a saber, prohibiciones especiales que impone la ley por razones de moralidad o por la posición que ocupan los sujetos en la relación en particular y que como tal no son subsanables<sup>78</sup>. Alude en tales casos la doctrina dentro de las incapacidades especiales de goce, precisamente a las «incapacidades para recibir por testamento»<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> FARRERA, ob. cit., pp. 89-91.

<sup>77</sup> Denominada también «testamentificación pasiva»; Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 146; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 23, a la capacidad para recibir por testamento también se le conoce como «testamentificación pasiva»; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 331, aluden a testamentificación activa o capacidad para testar; ROJAS, ob. cit., pp. 149-152; ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 55, se hablaba de *testamenti factio activa* —capacidad para hacer testamento— y *testamenti factio passiva* —capacidad para recibir—.

<sup>78</sup> Véase sobre las incapacidades especiales de goce: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 50-59, Si la capacidad de goce es la medida de la aptitud para ser titular de deberes y derechos o la medida de la personalidad, las incapacidades especiales de goce se traducen en prohibiciones particulares de ley, en los que en una relación concreta no se tiene tal posibilidad.

<sup>79</sup> Véase *ibíd.*, p. 57.

Prevé el artículo 839 del Código Civil: «Pueden recibir por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la Ley». Rige en materia testamentaria la misma regla sobre el carácter taxativo de las incapacidades, esto es la improcedencia de la analogía<sup>80</sup>.

El Código sustantivo prevé las incapacidades legales para recibir por testamento, que veremos de seguidas:

i. Incapaces de recibir *ab intestato* –caso del *concepturus*–

Dispone el artículo 840 del Código Civil: «Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder *ab intestato*. Sin embargo, pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía».

---

<sup>80</sup> Véase: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 17-01-06, citada *supra*, «Con relación al alegato de la parte demandante de que con el testamento otorgado por la ciudadana (...) se violentó la legislación venezolana para beneficiar a extranjeros, específicamente la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa en su artículo 16, debe señalarse que dentro de las normas que rigen la sucesión testamentaria en la legislación patria no existe prohibición alguna para que los extranjeros puedan recibir por testamento. En efecto el artículo 839 del Código Civil establece que pueden recibir por testamento todos los que no estén declarados incapaces por la ley. Y el artículo 840 *eiusdem*, nos enseña que son incapaces para recibir por testamento los incapaces para suceder *ab intestato*, esto es, los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos ni los indignos. Debe agregarse además en cuanto a las personas incapaces para heredar por testamento a las iglesias de cualquier credo y los institutos de manos muertas, así como los ordenados *in sacris* y ministros de cualquier culto, a menos que el instituido sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive del testador, conforme lo prevé el artículo 841 del Código Civil. De lo expuesto se infiere claramente que no hay disposición dentro de nuestro Código Civil que prohíba a los extranjeros recibir por testamento, por lo cual el señalamiento de la parte actora de que el instrumento contentivo de la última voluntad o *mortis causa* de la ciudadana (...) violenta la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, es improcedente».

La primera parte de la norma, dispone, como es natural, que la incapacidad de suceder *ab intestato* se extienda a la sucesión testamentaria. De allí que rigen en principio las mismas incapacidades que referimos respecto de la sucesión *ab intestato*, a saber, la indignidad (artículo 843 del Código Civil<sup>81</sup>), la ausencia y la conmorienca, a la sucesión testamentaria de conformidad con el artículo 839 del Código Civil<sup>82</sup>. Creemos, sin embargo, que es discutible o dudoso que la incapacidad referida en la sucesión *ab intestato* que afecta al progenitor que reconoce *post mortem* un hijo con quien no ha tenido posesión de estado (artículo 219 del Código Civil)<sup>83</sup>, sea extensible –dada su naturaleza y finalidad– a la sucesión testamentaria, que instituye un sujeto «determinado»<sup>84</sup>, porque en tal caso la vocación hereditaria emana no del reconocimiento, sino del acto testamentario previo como libre manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto capaz de testar al margen del nuevo estado filiatorio<sup>85</sup>. Ante tal caso excepcional valdría reconsiderar la incapacidad<sup>86</sup>, al margen del reconocimiento *post mortem*<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> «Son aplicables al indigno para recibir por testamento las disposiciones de los artículos 811 y 812 y las de la primera parte del artículo 813». Véase SOJO BIANCO, ob. cit., p. 311, el indigno para recibir *ab intestato*, lo es igualmente para recibir por testamento. Prevé el artículo 842 del Código Civil: «Los descendientes del indigno tienen siempre derecho a la legítima que debería tocarle al que es excluido».

<sup>82</sup> Véase *supra* v.5.

<sup>83</sup> Véase *supra* v.5.5.

<sup>84</sup> Obviamente si la designación testamentaria se dirige genéricamente al favor del «progenitor» cuando no existe filiación legalmente establecida regiría la misma incapacidad que en la sucesión legal porque el reconocimiento *post mortem* pretendería un provecho sucesorio. Supuesto por lo demás todavía más excepcional.

<sup>85</sup> Por lo que mal puede sostenerse que un reconocimiento *post mortem* en la sucesión testamentaria tenía por objeto ser llamado a la herencia del hijo, si el instituido era tal antes del reconocimiento filiatorio que propicia su estado familiar formal.

<sup>86</sup> Ante tal excepcional hipótesis en que el *de cuius* instituyó sucesor a un sujeto determinado quien con posterioridad a su muerte lo reconoció, pareciera que la incapacidad podría ser reconducida –de ser el caso– por los demás coherederos a través de la «indignidad» –que aplica tanto a la sucesión legal como testamentaria, véase *supra* v.5.2– en su causal tercera, a saber, los «parientes» que incumplieron la obligación de alimentos teniendo medios para ello. Esto como reflejo de la falta de posesión de

El *concepturus*, quien por no ser sujeto ni concebido, no participa en la sucesión intestada, es considerado excepcionalmente en la sucesión testamentaria por expresa voluntad del testador<sup>88</sup>. Se trata de un supuesto enteramente excepcional, porque el «por concebir» en la actualidad es una mera expectativa. Obsérvese que constituye un caso enteramente distinto al «concebido» al momento de la apertura de la sucesión, quien tiene capacidad para suceder si nace con vida<sup>89</sup> al margen de la promática temporal de su identificación<sup>90</sup>. El supuesto de la previsión testamentaria a favor del *concepturus* o «por concebir», y que ni siquiera se sabe si será concebido, atiende básicamente a la voluntad del causante. Se trata de una mera expectativa, pues es un sinsentido referirse a la protección de quien ni siquiera existe todavía, a cuyo particular *status* jurídico ya nos referimos en otra oportunidad<sup>91</sup>.

Indica TORRES-RIVERO que el no concebido es una excepción en la sucesión testamentaria, que precisa de dos condiciones: que la persona determinada o progenitor viva al momento de la muerte del testador y que el favorecido llegue a ser concebido, situación que se dilucidará si llega a ser concebido

---

estado toda vez que su elemento más importante es el «trato» siendo una de sus manifestaciones más importantes el auxilio económica. Esto en el supuesto de que el progenitor tuviera conocimiento de tal *status* en vida del hijo.

<sup>87</sup> De no mediar tal acto de reconocimiento la disposición testamentaria en principio es válida y estará sustraída de la enumeración taxativa de las incapacidades para suceder. Salvo que se pretenda probar judicialmente la filiación y el conocimiento que tenía el progenitor de la misma, con el fin de excluir al beneficiario en razón de la citada indignidad.

<sup>88</sup> Véase: RAMÍREZ, ob. cit., p. 199, la ley exige la concepción para la fecha de la apertura de la sucesión siendo ésta intestada: no sucede lo mismo tratándose de sucesión testamentaria porque el instituido puede adquirir por testamento aun cuando no esté concebido a la muerte del testador.

<sup>89</sup> Véase *supra* v.5.1.

<sup>90</sup> Véase sobre el tema: PLAZA MARTÍNEZ, Fanny: *Situación jurídica del nasciturus: especial referencia al derecho a la identidad*. Caracas, UCV (Tesis Doctoral, tutora: María C. DOMÍNGUEZ G.), 2016.

<sup>91</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio...*, pp. 137-141.

o porque no llegue a tal<sup>92</sup>. «En tal caso se deberá esperar al nacimiento vivo, a los fines de la adquisición del derecho o al advenimiento del tiempo en que quede definitivamente descartado dicho nacimiento. Esto es, cuando por circunstancias atinentes a la naturaleza sea evidente que “la persona determinada” no tendrá descendencia»<sup>93</sup>. No cabe pensar en una suerte de lapso de prescripción sin que acontezca el hecho que consolida la condición<sup>94</sup>.

De tal suerte que, por las razones obvias explicadas, el *concepturus* o por concebir, encontraría sentido, por previsión expresa del causante, en la sucesión testamentaria y de ningún modo en la sucesión *ab intestato*. Mal podría la ley considerar los posibles no concebidos en una sucesión sin previsión expresa del testador<sup>95</sup>, toda vez que el asunto se reduce a una mera expectativa que tal vez nunca se concrete.

Dispone el artículo 841 del Código Civil: «Son igualmente incapaces de heredar por testamento: 1. Las iglesias de cualquier credo y los institutos de manos muertas. 2. Los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto, a menos que el instituido sea cónyuge, ascendiente, descendiente

---

<sup>92</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 208-214. Véase también: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 158, se mantiene hasta que sean concebido y nazcan o hasta que se pueda tener plena seguridad de que ya no podrán nacer. En consecuencia, si se ha instituido a todos los hijos que eventualmente pueda tener determinada persona habrá que esperar a que esta fallezca, o si trata de un varón, que transcurran 300 días a partir del deceso de éste.

<sup>93</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio...*, p. 140.

<sup>94</sup> Véase contrariamente en Colombia: SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 108, señala que el artículo 1019.3 del Código Civil establece que las asignaciones a personas que al tiempo de la sucesión no existan no se invalidaran si existieren dichas personas antes de expirar los 30 años subsiguientes a la apertura de la sucesión. El autor considera que el plazo debe entenderse reducido a diez años por disposición del artículo 5 de la Ley 791 de 2002, relativo al tiempo máximo para la ejecución o extinción de cualquier derecho patrimonial.

<sup>95</sup> Véase: ROJAS, ob. cit., p. 52, diferencia que se explica porque en la sucesión testamentaria está de por medio la voluntad expresa del *de cuius*.

o pariente consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive del testador». Veamos de seguidas cada una de las incapacidades indicadas:

## ii. Las iglesias

Respecto a las iglesias, indica LÓPEZ HERRERA que el origen remoto de la incapacidad legal de las iglesias fue la reacción en las legislaciones europeas contra el carácter semirreligioso que había adquirido el testamento y contra la influencia ejercida por la Iglesia contra los testadores: DOMINICI<sup>96</sup> y FARRERA señalan que ello es a fin de evitar que las iglesias se conviertan en instituciones de manos muertas, lo cual es infundado porque si alguna vez lo fueron —agrega LÓPEZ HERRERA— ya dejaron de serlo. Además, lo que caracteriza a los institutos de manos muertas es la prohibición que les afecta de acuerdo a sus propias reglas de enajenar los inmuebles que les pertenezcan<sup>97</sup>. En sentido semejante, refiere TORRES-RIVERO que la fe es decisiva en la conducta y que la Iglesia ha tenido gran influencia en el poder espiritual, por lo que con agrado y hasta con ideas ultraterrenas, la personas se desprendería de cuanto tiene por beneficiar a la Iglesia. Evitar esto es la razón de dicha incapacidad para suceder<sup>98</sup>.

Se trata de una incapacidad por razones de conveniencia social porque puede no medir la voluntad espontánea del testador<sup>99</sup>. OCHOA GÓMEZ ubica el caso de la Iglesia entre las incapacidades creadas por ley por «desconfianza» en función de un interés general; pretende evitar que la titularidad de un derecho sea adquirido mediante «alguna maquinación rayana a la deshonestidad o mala fe»<sup>100</sup>. DOMÍNICI considera extensible la

<sup>96</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 63.

<sup>97</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 160 y 162.

<sup>98</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 283. Véase también: PIÑA VALLES, ob. cit., p. 111.

<sup>99</sup> ROJAS, ob. cit., p. 150.

<sup>100</sup> OCHOA GÓMEZ, Oscar: *Personas Derecho Civil I*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 231. La misma idea aplica a los ordenados *in sacris*, tutores, registradores.

prohibición a cualquier religión<sup>101</sup> y tal criterio se adhiere FARRERA<sup>102</sup> entre otros<sup>103</sup>, criterio acertado toda vez que la norma es clara al referirse a las iglesias «de cualquier credo».

Indica AGUILAR GORRONDONA que las iglesias de cualquier credo lo que están es impedidas de «heredar» por testamento, de modo que pueden recibir por testamento «legados»<sup>104</sup>. Al efecto, indicó una sentencia de casación de 1935 que tal incapacidad no puede extenderse a aquellos que reciben por disposición del testador un objeto a una cantidad que no constituye una parte alícuota de los bienes del *de cuius*, lo que es lo mismo, que no hiere a los legatarios, puesto que ellos no son herederos, conforme a la técnica jurídica<sup>105</sup>. LÓPEZ HERRERA se adhiere al citado criterio de que la incapacidad es absoluta pero solo para heredar, es decir, las iglesias y los institutos de manos muertas no pueden ser instituidos como herederos por persona alguna, en cambio, sí pueden recibir legados<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 63, «no hay motivo para que concrete a las congregaciones cristianas, y es racional extenderla a cualquier otra religión, siquiera sea la hebrea, mahometana, búdica, etc. En sentido contrario: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 162 y 163.

<sup>102</sup> FARRERA, ob. cit., p. 96.

<sup>103</sup> Véase: PIÑA VALLES, ob. cit., p. 111.

<sup>104</sup> AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 207, nota 7, señala que el Código Civil declara incapaces para recibir por donación las personas incapaces para recibir por testamento, y hay quienes consideran incluidas las iglesias. La Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda dictaminó, en un caso que se proyectaba hacer una donación a la Arquidiócesis de Ciudad Bolívar, que la incapacidad establecida en el Código Civil no se aplicaba a ese caso porque en la materia privaba la Ley de Patronato Eclesiástico. Conforme a este criterio, la Iglesia Católica y las personas que las integran –Arquidiócesis, Diócesis...– no estarían afectadas para recibir por testamento o donación, ni siquiera antes del Convenio entre la Santa Sede y Venezuela. Véase también: RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 79 y 80.

<sup>105</sup> CFyC/SCC, sent. del 28-01-35, citada en PERERA PLANAS, ob. cit., p. 473.

<sup>106</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 164, con inclusión de nota al pie 22, que señala que así lo indicó Casación, *Memoria*, 1936, p. 250.

En sentido contrario se manifiesta FARRERA, quien refiere que la expresión «heredar» debe tomarse como sinónimo de «suceder», lo que incluye la sucesión particular, porque lo contrario supondría burlar la prohibición por vía de legados<sup>107</sup>. El autor censura arduamente la citada interpretación de Casación de 1935, por considerar que la prohibición o incapacidad de la Iglesia responde a razones sociales y morales<sup>108</sup> y los legados piadosos conforman una captación religiosa<sup>109</sup>. De allí que LÓPEZ HERRERA concluya que, visto que es perfectamente posible, mediante la institución de legados, disponer de una porción importante del patrimonio hereditario y aun agotar éste, debe concluirse que la intención del legislador fue solo permitir la institución de los legados a las iglesias e institutos de manos muertas «cuando el beneficio que se deriva de ellos es relativamente pequeño, en relación con el monto total del patrimonio dejado por el *de cuius*; y que, en consecuencia, el legado o los legados que excedan de ese límite impreciso, deben considerarse nulos por constituir fraude a la ley»<sup>110</sup>. Límite cuya determinación quedará a la soberana apreciación del juez de

---

<sup>107</sup> Véase: FARRERA, ob. cit., p. 98, señala: «Un legado puede abrazar la totalidad de una herencia, puede contraerse a muchas propiedades mobiliarias e inmobiliarias, ser más cuantioso que lo dejado por el testador a su propio heredero (...) según la tesis de casación, aun cuando él o los favorecidos por ellos sean una o varias iglesias, uno o varios institutos de manos muertas, porque las liberalidades no las recibirían entonces a título de herederos, sino de simples legatarios. El absurdo de semejantes tesis es flagrante. La frase empleada en el precepto de que “son igualmente incapaces de heredar por testamento”, no significa lo que en forma restrictiva le atribuye la aludida sentencia, esto es, la de incapacidad de suceder únicamente como heredero, pero capaz de hacerlo como legatario, porque ambos títulos, el de heredero y el de legatario, pueden emplearse en el mismo testamento, son comunes e igualmente propios a las disposiciones testamentarias, de uno y otro modo se sucede, se hereda al testador, se toma una parte o el todo de la herencia de éste, bien para destinarla a la libre circulación de la riqueza, como lo hacen los herederos y legatarios ordinarios y capaces, bien para estancarla en manos muertas, para distraerla de la circulación, como lo hacen comúnmente las iglesias y congregaciones religiosas».

<sup>108</sup> Véase: ibíd., pp. 97 y ss. (cita la referida sentencia del 28-1-35 de *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 18 593 del 09-03-35).

<sup>109</sup> Véase: ibíd., p. 102, cita de LAURENT que hace Nicomedes ZULOAGA.

<sup>110</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 164.

instancia<sup>111</sup>. Idea mejor esbozada con anterioridad por FARRERA cuando, al criticar la sentencia de Casación, señalaba que distinto hubiese sido que la Corte en lugar de su aventurada interpretación considerase por ejemplo a tono con un espíritu moderno consagrado en otras legislaciones que las congregaciones religiosas pueden recibir donaciones o legados moderados o en limitadas cantidades de dinero, pero no de inmuebles o de muebles de crecido valor<sup>112</sup>.

Esta última idea de FARRERA constituye una apreciación distinta a pretender sostener la capacidad para recibir legados con base en una estimación respecto de la totalidad o cuantía de determinada herencia carente de límite objetivo. Ciertamente, ante tal subjetiva situación que se le podría presentar al juzgador, y en la que cobraría sentido la posición de FARRERA respecto de la finalidad de la incapacidad que nos ocupa, cobra vigencia —en este punto— la posibilidad de la interpretación correctiva que incluye la extensiva en materia de incapacidad, pues la prohibición se dirige a la analogía, según nos referimos al considerar la indignidad<sup>113</sup>. Pero, en definitiva, para evitar discusiones que servirían de apoyo para contrariar el verdadero sentido de la incapacidad con base en el propio texto de la ley, sería mejor de *lege ferenda* limitar la capacidad a donaciones y legados «moderados», manuales o remuneratorios, en lugar de interpretar textualmente una palabra —«heredar» en lugar de «suceder»— que no responde al fin que persigue la prohibición. Pareciera que ante la vigencia de una norma inconsecuente con la voluntad del testador, se optó por una interpretación textual que diera pie a levantar veladamente la prohibición<sup>114</sup>, pues limitar el asunto a un problema del *quantum* de la herencia no pareciera la forma efectiva de determinar una incapacidad de goce.

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 164 y 165.

<sup>112</sup> Véase: FARRERA, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>113</sup> Véase *supra* v.5.

<sup>114</sup> Pues es bien sabido que se puede disponer de toda herencia por vía de legados. Véase *infra* VIII.6.

Pues, aunque para algunos «ya no tiene sentido ni justificación en los tiempos actuales la aludida incapacidad»<sup>115</sup>, es indudable que la religión todavía ejerce notable influencia en algunos seres humanos, por lo permanece vigente la causa que le dio origen a la incapacidad de las iglesias, esto es, el poder moral, la influencia y la sugestión que puede proyectar el ente que representa la religión en el causante y que es perfectamente extensible a los ministros de cualquier culto (como lo reconoce el artículo 841.2 del Código Civil).

### iii. Institutos de manos muertas

En cuanto a los institutos de manos muertas, según el artículo 1144 del Código Civil, son aquellos que por sus leyes o reglamentos no pueden enajenar los inmuebles que adquirieran<sup>116</sup>. Manos abiertas o vivas para recibir y manos muertas o cerradas para enajenar, que como tales no existen –a decir de TORRES-RIVERO– actualmente en Venezuela<sup>117</sup>. Se ha querido evitar el estancamiento de la propiedad, pues los bienes en manos muertas están precisamente muertos para el comercio<sup>118</sup>. Tal incapacidad suele explicarse por los inconvenientes de tipo político, económico y social, que derivaron en el pasado de entidades de ese tipo, como consecuencia de la extraordinaria acumulación de riqueza de que llegaron a ser titulares. En todo caso –a criterio de LÓPEZ HERRERA– esa incapacidad no tiene sentido ni justificación en los tiempos actuales, pues ya en 1867 SANOJO los calificaba como «fantasmas»<sup>119</sup>. A todo evento, de configurarse un caso de existencia legal de tales entes, les afecta la misma incapacidad que a las iglesias (artículo 841.1 del Código Civil).

---

<sup>115</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 164.

<sup>116</sup> Ídem. ROJAS, ob. cit., p. 150. Véase referencia en: TSJ/SCC, sent. N.º 386, del 15-07-09, argumenta la legataria que «Esta sociedad civil no es un instituto de manos muertas, porque tiene la libre facultad de enajenar sus propios bienes...».

<sup>117</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 284. En el mismo sentido: FARRERA, ob. cit., pp. 101 y 102.

<sup>118</sup> FARRERA, ob. cit., p. 97.

<sup>119</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 164.

#### iv. Ordenados *in sacris* y ministros de cualquier culto

Existen incapacidades determinadas por razones de incompatibilidad entre la cualidad del instituido y la función ejercida<sup>120</sup>. En esta cabe ubicar la incapacidad afecta a los ordenados *in sacris*, esto es, que han recibido la primera de las órdenes mayores o sagradas de acuerdo con el Código Canónico que impera en la religión católica, por lo que es una incapacidad exclusiva del ámbito religioso<sup>121</sup>. Pero la norma también alude a los ministros de cualquier culto, por lo que excede el ámbito católico, afectando, por ejemplo, a rabino, al pastor protestante, etc.<sup>122</sup>. Son incapacidades que tocan a la persona natural, y que TORRES-RIVERO califica de «incapacidad parcial» debido a que deja a salvo la condición de pariente o cónyuge—este último más en caso de culto no católico—<sup>123</sup>. Se afirma que en tal caso es posible que la institución sea resultado de la sugestión<sup>124</sup>, posibilidad que cede si se trata de cónyuges o parientes consanguíneos<sup>125</sup> del testador<sup>126</sup>.

Tal incapacidad presenta el mismo sentido que la que arropa a las iglesias de cualquier culto; es indudable la influencia que ejerce la religión en algunos individuos, bien sea a través del ente propiamente dicho o de las personas naturales que la componen. De allí que afirme, acertadamente, TORRES-RIVERO que la incapacidad deriva de la imposibilidad para recibir

<sup>120</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 109.

<sup>121</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 285 y 286.

<sup>122</sup> Véase: Ibíd., 288. Véase también: FARRERA, ob. cit., p. 105, los motivos que militan para unos aplican para los otros.

<sup>123</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 286 y 287.

<sup>124</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 64; ROJAS, ob. cit., p. 151; FARRERA, ob. cit., p. 105, la captación de la voluntad del testador lo podría desviar de su inclinación natural de dejar a los parientes cercanos para dejárselo a extraños que ejercerían una influencia perturbadora. Véase en sentido contrario: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 167, señalando que se trata de una incapacidad que no tiene justificación jurídica alguna en la actualidad y presentar dudosa constitucionalidad, solo explicable por los sentimientos anticlericales que estuvieron en boga a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

<sup>125</sup> ROJAS, ob. cit., p. 151.

<sup>126</sup> CHINCHILLA SANTIAGO, ob. cit., p. 76, igualmente en Guatemala se consagra a los ministros de cualquier culto a menos que sean parientes del testador.

que atañe a las iglesias de cualquier credo, pues existe una muy estrecha relación entre las iglesias y sus respectivos ministros<sup>127</sup>. Si los encargados de divulgar la fe fuesen capaces para recibir por testamento recibirían para ellos y, a lo mejor, para sus iglesias, con lo que se estimularía el fraude a la incapacidad<sup>128</sup>. Efectivamente, no tendría sentido imponer una incapacidad de recibir a las iglesias que pudiera ser evadida a través de sus ministros, pero, aunque el bien quedara solo en manos de estos últimos, no podría negarse que en gran medida la liberalidad pudo responder a su investidura religiosa. La presente incapacidad está dirigida, pues, a tales personas naturales, porque la posibilidad de sugestión derivada de la fuerza de la religión no ha perdido vigencia en los tiempos actuales.

#### v. El tutor

Dispone el artículo 844 del Código Civil: «El tutor no podrá aprovecharse jamás de las disposiciones testamentarias de su pupilo, otorgadas antes de la aprobación de la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de la aprobación de la cuenta. Son eficaces, sin embargo, las disposiciones otorgadas en favor del tutor, cuando es ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador»<sup>129</sup>.

Se trata de una incapacidad sometida a la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela. La disposición se dicta en razón del ánimo o la sugestión que puede ejercer el tutor sobre el pupilo, sobre todo, en vista de cubrir la irregularidad de la administración tutelar<sup>130</sup>. La incapacidad del tutor deja a salvo, al igual que el caso de los ministros, la existencia de vínculo familiar. Tal incapacidad no es extensible al «curador», que solo asiste al incapaz relativo adulto y no ejerce el atributo de la representación, así como a otros órganos tutelares<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 288.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 289.

<sup>129</sup> Véase sobre ésta: *ibíd.*, pp. 291-309.

<sup>130</sup> POLACCO, *ob. cit.*, t. I, p. 272.

<sup>131</sup> Véase: DOMINICI, *ob. cit.*, p. 66, la incapacidad no se extiende al curador, protutor o miembros del consejo de tutela que no tienen la administración de los bienes; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 169.

## vi. Cónyuge del bínubo

El artículo 845 del Código Civil prevé en protección de los hijos de padres unidos en ulteriores nupcias: «El cónyuge en segundas o ulteriores nupcias no puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor de la que le deje al menos favorecido de los hijos de cualquiera de los matrimonios anteriores». La Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar la nulidad de la citada norma y señaló que debe omitirse la referencia a matrimonios anteriores en razón del principio de igualdad toda vez que podrán existir hijos no derivados de unión matrimonial. Por lo que la norma ha de leerse así: «*El cónyuge en segundas o ulteriores nupcias no puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor de la que le deje al menos favorecido de los hijos*»<sup>132</sup>. La doctrina se refiere al presente supuesto como del cónyuge del bínubo<sup>133</sup>, o incapacidad derivada de la «condición de segundo cónyuge»<sup>134</sup>, admitiendo que en tales casos una incapacidad parcial del excedente en relación a quienes sean llamados a suceder conjuntamente con el incapaz<sup>135</sup>. Se alude también a la incapacidad del nuevo o ulterior cónyuge<sup>136</sup>. La norma protege a los hijos no comunes, y nunca a los comunes, pues se indica que no es racional pensar en que un cónyuge motive al otro a perjudicar a los hijos de ambos<sup>137</sup>. Según DOMINICI, la limitación se encamina a «moderar favores inconsiderados que perjudiquen a los hijos, cuando el influjo de la pasión entre consortes es casi siempre incontrolable»<sup>138</sup> Se pretende impedir

---

<sup>132</sup> Véase: TSJ/SC, sent. N.º 1342, del 09-10-12, agrega: «De donde se sigue que otorgar el beneficio a una categoría de hijos del *de cuius*, esto es los hijos de un matrimonio anterior, obviando la inclusión de los hijos no habidos en matrimonio, no obstante la igualdad que distingue a todos los hijos de una persona, constituye si una violación al derecho a la igualdad contenido en el parcialmente transcrito artículo 21 de la Constitución».

<sup>133</sup> Véase: MESSINEO, ob. cit., p. 116, aquel que ha pasado a nupcias válidamente más de un vez.

<sup>134</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 275.

<sup>135</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., p. 312.

<sup>136</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 329-351.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 334.

<sup>138</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 66.

que el segundo cónyuge ejerza sobre el otro un influjo dañoso a los hijos del primer matrimonio<sup>139</sup>. De operar el exceso, procede, a decir de LÓPEZ HERRERA, la reducción de las disposiciones testamentarias resultado de la anulación parcial de las mismas<sup>140</sup>.

Se aprecia decisión judicial que indica que, conforme a la disposición contenida en el artículo 845, no puede la causante mediante testamento, en segundas o ulteriores nupcias favorecer al cónyuge superviviente desmejorando a los hijos del matrimonio anterior. En razón de ello, del líquido hereditario determinado, le corresponde al cónyuge sobreviviente concurrir en proporciones iguales a la de cada uno de los hijos de la causante<sup>141</sup>. De allí, que se haya comentado que la presente incapacidad más bien se traduce como una limitación al monto de la cuota<sup>142</sup>.

#### vii. Funcionarios públicos y testigos

A la prohibición dirigida a ciertos funcionarios públicos alude el artículo 846 del Código Civil: «Las instituciones y legados en favor del registrador o de cualquiera otro oficial civil, militar, marino o consular que haya recibido el testamento abierto, o de alguno de los testigos que hayan intervenido en él, no tendrán efecto». Se trata de una incapacidad referida al funcionario interviniente en el otorgamiento del instrumento testamentario<sup>143</sup>, que pretende evitar el fraude y la falsedad por parte de los funcionarios llamados a intervenir en la formación del testamento. Incapacidad que se extiende a los testigos<sup>144</sup>, a fin de evitar pretensión de beneficio de

<sup>139</sup> DE RUGGIERO, ob. cit., p. 453, reminiscencia de la prevención con la que la legislación miraba las segundas nupcias.

<sup>140</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 172.

<sup>141</sup> TSJ/SPA, sent. N.º 1082, del 17-08-04, agrega: «calculándose de conformidad con la previsión contenida en el artículo 7 de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos de 1982. Es decir, tomando el líquido hereditario de Bs. (...) dividirlo entre cuatro herederos (cónyuge sobreviviente más tres hijos)...».

<sup>142</sup> Véase: AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 206; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 57.

<sup>143</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 309-321.

<sup>144</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 67.

estos últimos igualmente<sup>145</sup>. De allí que POLACCO califique el presente supuesto como «incapacidad derivada de la participación en la formación del testamento»<sup>146</sup>.

#### viii. Transcriptor del testamento cerrado

El artículo 847 del Código Civil impone prohibición a quien transcribe el testamento cerrado: «Carecerán igualmente de efecto las instituciones y legados en favor de la persona que haya escrito el testamento cerrado, a menos que la disposición fuere aprobada en cláusula escrita de mano del testador, o verbalmente por este, ante el registrador y testigos del otorgamiento, haciéndose constar estas circunstancias en el acta respectiva». La norma trata al igual que la del funcionario, de una incapacidad particular relativa<sup>147</sup>. La razón de la incapacidad de quien escribió el testamento cerrado sigue en pie aun cuando se tenga nexos familiar con el testador causante<sup>148</sup>.

#### ix. Personas interpuestas<sup>149</sup>

Prevé el artículo 848 del Código Civil: «Las disposiciones testamentarias en favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas, aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso, o se las haya otorgado bajo nombre de personas interpuestas. Se reputan personas interpuestas, al padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz».

Señala DOMINICI que tal norma fue tomada del Código francés que se refiere especialmente a las donaciones ocultas bajo la forma de contrato oneroso, pero nuestro Código Civil lo refiere a disposiciones testamentarias, las cuales no pueden darse en aplicación directa por las prohibiciones indicadas<sup>150</sup>.

<sup>145</sup> Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 318.

<sup>146</sup> POLACCO, ob. cit., t. I, p. 283.

<sup>147</sup> Torres-Rivero, *Teoría...*, t. I, pp. 321 y ss.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 324.

<sup>149</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. I, pp. 286-288; MESSINEO, ob. cit., pp. 109 y 110.

<sup>150</sup> DOMINICI, ob. cit., pp. 68 y 69.

La norma consagra una presunción *iure et de iure* respecto a considerar simulada y hecha en beneficio de los citados incapaces las disposiciones a favor de los indicados familiares del incapaz<sup>151</sup>. No puede, pues, burlarse las citadas incapacidades legales instituyendo sucesores a los familiares del incapaz, esto es, mediante «personas interpuestas».

Las referidas incapacidades pueden ser absolutas o relativas, si afectan al sujeto respecto de cualquier sucesión o de una sucesión en particular, respectivamente. Es de recordar, aunque resulte obvio, que, dada la naturaleza de las incapacidades, estas son taxativas y no admiten la analogía. Así, por ejemplo, en la legislación de Guatemala se consagra como incapacidad para suceder por testamento al «médico» que hubiere asistido al testador en su última enfermedad<sup>152</sup>. Contrariamente, en nuestro ordenamiento, tal supuesto estaría incluido en la norma del artículo 898.3 del Código Civil, que por vía excepcional consagra la validez de la elección por parte del heredero del objeto de legados remuneratorios por servicios prestados en última enfermedad<sup>153</sup>.

x. Breve referencia a los entes incorporales –caso de la fundación–  
A propósito de la capacidad para suceder de los entes incorporales, obviamente, ello solo puede tener lugar por vía testamentaria. Vimos que, salvo el Estado, las personas incorporales no participan de la sucesión *ab intestato*, porque esta es característica de la persona natural o humana<sup>154</sup>. Si bien algunos entes incorporales sí pueden suceder, ninguno puede dar lugar a una sucesión porque respecto de estos no opera la muerte, sino que se extinguen<sup>155</sup>. El fenómeno sucesorio solo lo puede originar la persona por excelencia, esto es, la persona física o natural, porque solo respecto del

---

<sup>151</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 177.

<sup>152</sup> CHINCHILLA SANTIAGO, ob. cit., p. 76.

<sup>153</sup> Véase *infra* VIII.3.

<sup>154</sup> Véase *supra* v.8; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 57. Véase: Juzgado Superior Cuarto Agrario de la Circunscripción Judicial de Barinas, sent. del 02-02-05, citada *supra*.

<sup>155</sup> Véase: ROJAS, ob. cit., p. 125; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 203.

ser humano acontece siempre el hecho jurídico de la muerte. A excepción del Estado, la persona incorporal no participa de la sucesión *ab intestato* porque esta se apoya en vínculos familiares de los que obviamente carece el ente moral. Pero salvo las limitaciones de ley<sup>156</sup> o estatutarias<sup>157</sup>, la persona jurídica en estricto sentido o incorporal, bien podría figurar como sucesor o causahabiente en una sucesión testamentaria.

---

<sup>156</sup> Como la referida en el citado artículo 841.1 del Código Civil.

<sup>157</sup> Cabe recordar que la capacidad de goce de la persona moral viene determinada además de por su naturaleza por sus estatutos, los cuales podrían imponer restricciones o requisitos respecto de la materia bajo análisis. A la naturaleza y estatutos del ente ideal debe atenderse a fin de precisar la incapacidad para recibir por testamento. Véase en tal sentido: Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 18-09-06, exp. 29.292, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/septiembre/2118-18-29.292-.html>, «Se observa en la reforma del libelo de demanda (...) que la parte actora señaló “ocurro ciudadano juez, ante su competente autoridad para demandar como en efecto lo hacemos, por partición de herencia a los demás legítimos herederos ciudadanos: (...)” sin incluir a la Sociedad Benéfica de Protección Social (Religiosas Adoratrices), quien forma parte integrante de la comunidad sucesoral testamentaria, cuya partición aquí se ventila. Aquella exclusión la hace la actora en la reforma de la demanda porque en su sentir, la mencionada sociedad sería incapaz de recibir por testamento, por disposición del artículo 841.1 del Código Civil, afirmando que ella daría cumplimiento a dicho legado una vez culminado el litigio, “sin que dicha institución, pueda ser parte del proceso”. Sin embargo, léídos con detenimiento los estatutos sociales de la referida sociedad, visibles a folios 470 al 482, pieza 1, el Tribunal puede constatar que ésta resulta ser una persona de existencia ideal constituida bajo la forma de una sociedad civil, y que si bien entre sus objetivos tiene, entre otros fines, el religioso, no por ello resulta ser una iglesia y mucho menos un instituto de manos muertas. Hay más, el artículo 1 de los mencionados estatutos sociales da al traste con la noción de manos muertas del ente que ocupa al Tribunal, ya que ahí expresamente los socios han convenido en que entre los fines de la sociedad, está el religioso y el de beneficencia, y añaden que la misma puede comprar, vender, hipotecar, permutar, arrendar y adquirir en cualquier forma, bienes, muebles e inmuebles y en general hacer con sus bienes y recursos monetarios, todos los negocios y operaciones que las leyes permitan. Siendo así, resulta incierta la afirmación de la demandante de que la referida Sociedad de Protección Benéfica y Social no puede ser parte de este juicio y que la misma sea incapaz de recibir por testamento».

Se indica en torno de las personas incorporales que en razón de que respecto de ellas no se plantea la situación del «concebido», se requiere para que sean capaces de recibir por testamento, que en el momento de la apertura del testamento tengan existencia legal<sup>158</sup>. «Si esa existencia no la han adquirido, no poseen aquella facultad de recepción»<sup>159</sup>. Cabe recordar que existe un caso especial de persona jurídica aún no constituida que será tal en virtud de disposición testamentaria y subsiguiente protocolización, a saber, las fundaciones constituidas por testamento, a tenor del artículo 19.3 del Código Civil<sup>160</sup>. Ciertamente, tal mecanismo encuentra sentido a fin de atribuirle a dicho ente una asignación testamentaria con un fin benéfico, altruista o de interés social<sup>161</sup>. Señala LÓPEZ HERRERA, adicionalmente, que mediante testamento puede instituirse a título universal o particular a favor de personas natural y personas jurídicas, pero, en su criterio, también podrían ser válidas disposiciones a favor de entes carentes de personalidad al momento de su muerte, siempre que así, como ocurre con la fundación, el causante prevea la obligación de organizar y constituir dicho ente<sup>162</sup>. ESPARZA señala que, si bien la situación de la fundación no es extensible a otras asociaciones civiles de Derecho privado que harían ineficaz la institución testamentaria, no acontece así respecto de sociedades mercantiles<sup>163</sup>, en cuyo caso se discute su subjetividad jurídica<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> FARRERA, ob. cit., p. 93.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 94, agrega que si la creación de la persona incorporal se ha producido a la muerte del testador, la transmisión puede desde luego realizarse; pero si ello no ha sucedido, la disposición testamentaria queda sin efecto.

<sup>160</sup> Véase al respecto: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 37, en especial nota al pie número 16.

<sup>161</sup> Véase: ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, ob. cit., p. 37, comenta el autor que la frecuencia de que las fundaciones se inauguren o desenvuelvan después de muerto el fundador, confirma esa ligazón indestructible del egoísmo, aún en las más altruistas. Esa creencia y ese reflejo de inmortalidad han sido, a no dudar, el filón último en donde se han formado el manantial de las fundaciones.

<sup>162</sup> Véase al respecto: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 158 y 159. También: *ibíd.*, p. 37.

<sup>163</sup> ESPARZA BRACHO, *Aceptación...*, pp. 127 y 128, se pronuncia sobre la necesidad de protocolización de personas civiles, salvo el caso de la fundación constituida por testamento. Pero señala que la situación reconocida respecto de las sociedades mercantiles

Sin embargo, dado el carácter taxativo de la personalidad incorporeal, la cual es una creación del legislador, no parece extensible analógicamente una norma excepcional como la relativa a la fundación a entes incorporales de distinta naturaleza. De allí que autores como SOJO BIANCO, comenten acertadamente al respecto que el citado caso de la fundaciones constituye «una excepción a la incapacidad que hiere a las asociaciones»<sup>165</sup>, pues en sana lógica tal excepción no es extensible a otras personas como las tipo asociativo en general. En similar sentido, TORRES-RIVERO incluye dentro de la denominada –por algunos– incapacidad por «inexistencia»<sup>166</sup> la persona o ente jurídico no constituido, pues en tal caso es inexistente para el Derecho, incapacidad propia o típica de la sucesión testamentaria<sup>167</sup>. Pues, como bien afirma la doctrina española, 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>168</sup>. Es obvio que quien no existe no puede figurar como persona o sujeto de una situación o relación jurídica, entre ellas las sucesorias. Lo cual es extensible a los entes incorporales, que existen formalmente ante el Derecho cuando cumplen los respectivos

---

es diferente, pues se ha aceptado su existencia antes de la publicidad registral, pero debidamente constituida según el Código de Comercio; ESPARZA BRACHO, *Derecho...*, p. 28, señala que la extinta CSJ en sent. del 05-05-66, aceptó la posibilidad de la sociedad irregular producto de la simple manifestación de voluntad de los socios.

<sup>164</sup> Véase reseñando autores que la admiten: TSJ/SCS, sent. N.º 21, del 15-02-01. En sentido contrario: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. del 21-12-05, exp. BP02-R-2004-001774, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2005/diciembre/1038-21-BP02-R-2004-001774-807.html>, «por cuanto no tiene organicidad jurídica que es propia de las sociedades y entes mercantiles de carácter colectivo, que una vez constituidas, en uso de la forma que prescribe la ley, tienen que ser registradas para poder adquirir vida negociable plena, a través de sus legítimos representantes».

<sup>165</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., p. 311.

<sup>166</sup> Expresión que si bien no compartimos (véase *supra* v.5.1), aunque sí la conclusión del autor.

<sup>167</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 218-220.

<sup>168</sup> Véase: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 55.

requisitos legales, a diferencia del ser humano que existe como persona con el simple nacimiento con vida.

### 3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO<sup>169</sup>

Vale recordar que el contrato puede ser anulado por: 1. Incapacidad de obrar. 2. Vicios del consentimiento (artículo 1142 del Código Civil). Pero las normas relativas a los contratos han sido extendidas a los negocios jurídicos en general. Así pues, el testamento, como acto jurídico unilateral, precisa de capacidad de obrar y no estar afectado por «vicios del consentimiento», aunque presente normas especiales al efecto. A la primera ya nos referimos<sup>170</sup>, y en cuanto a los últimos cabe a hacer una remisión general a la teoría general de los mismos (artículos 1146 al 1154 del Código Civil), los cuales se configuran por error, dolo y violencia<sup>171</sup>.

«Conforme a las previsiones del Código Civil, en el capítulo referido a los vicios en el consentimiento, se señala que aquel consentimiento que haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato». Lo cual es aplicable, igualmente, a un acto que en principio resulta volitivo y unilateral<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 178-183; SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 307 y 308; VIZCARRONDO P., ob. cit., pp. 24-26; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 188-190; FARRERA, ob. cit., pp. 91 y 92; KIPP *et al.*, ob. cit., pp. 256-286.

<sup>170</sup> Véase *supra* VI.2.1.

<sup>171</sup> Véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: «El régimen de los vicios del consentimiento en la reforma del Código Civil francés de 2016». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 8 (Edición homenaje a juristas españoles en Venezuela). Caracas, 2017, pp. 355 y ss.; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Caracas, ACIENPOL, reimp., 2010; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones...*, pp. 494 y ss.

<sup>172</sup> Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, sent. del 09-06-08, exp. 07-2114, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/junio/2111-9-07-2114-.html>.

«El testamento, por ser un acto de manifestación de voluntad, en cuanto a sus requisitos de existencia y validez se rige por las reglas comunes a los demás negocios jurídicos. No obstante, dada su índole de negocio jurídico personalísimo y su carácter formal y solemne, ese acto jurídico está sometido a ciertas reglas especiales que establecen un conjunto de formalidades *ad substantiam*, esenciales para su validez, que deben necesariamente cumplirse, de acuerdo con lo previsto expresamente por la ley. Entre estas exigencias se encuentran la plena capacidad del testador para efectuar el acto y que su voluntad sea consciente y libre. En consecuencia, sería anulable el testamento otorgado por aquel que no reúna los requisitos de capacidad exigidos por la ley o que sea inducido a testar bajo engaño o sometido a violencia»<sup>173</sup>.

Se afirma que la capacidad del testador es la plataforma desde la que se proyecta la voluntad que el testamento recoge. Pero para que esa voluntad sea jurídicamente atendible hace falta que se haya formado correctamente y que no sea producto en todo o en parte de engaño, violencia, intimidación o error. Siendo el testamento una declaración de voluntad esta ha de formarse libremente<sup>174</sup>. La voluntad del disponente debe ser libre, espontánea y clara, ajena de error esencial, solo o violencia, so pena de ser anulable<sup>175</sup>.

La incidencia de un error en las disposiciones testamentarias<sup>176</sup> constituye un vicio o defecto de la declaración de voluntad que provoca una discordia entre la voluntad y la declaración que afecta la validez del acto<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 03-10-06, citada *supra*.

<sup>174</sup> ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 69.

<sup>175</sup> ROJAS, ob. cit., p. 458.

<sup>176</sup> Véase sobre el error: ESPIAU ESPIAU, Santiago: *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del «Codi de successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya»*. Madrid, Tecnos, 1994; GÓMEZ CALLE, María Esther: *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*. Madrid, Civitas, 2007.

<sup>177</sup> ESPIAU ESPIAU, ob. cit., p. 118.

La voluntad del testador no ha de contener un error sustancial. Se indica que el error que ha de ser sustancial se rige por las normas especiales del testamento y subsidiariamente por las relativas al contrato en general<sup>178</sup>, pues en cuanto al error de la persona y la cosa, el Código sustantivo contiene previsiones especiales<sup>179</sup>. El Código Civil considera la posibilidad de la causa errónea en el artículo 896: «Las disposiciones a título universal o particular, motivadas por una causa que se reconociere como errónea, no tendrán ningún efecto cuando aquella causa sea la única que haya determinado la voluntad del testador». De tal suerte, que para que la causa sea susceptible de acarrear la nulidad de la disposición testamentaria se precisa que aquella haya sido la única circunstancia que propició la voluntad del causante, por lo que habría que precisar si fue determinante o es accidental<sup>180</sup>. Se alude así a un «motivo determinante» el que provocó la declaración de voluntad afectada por error; el error es determinante por serlo el motivo al que afecta<sup>181</sup>. De allí que indique la doctrina que no puede tratarse la causa en las disposiciones testamentarias con la misma óptica que en los contratos en general<sup>182</sup>, lo cual en efecto no parece procedente, dada la existencia de una norma especial en la materia.

La doctrina hace varias consideraciones sobre el error en las disposiciones testamentarias, pues, si bien la citada norma del artículo 896 alude a

---

<sup>178</sup> Véase: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 207, el error habrá de ser sustancial, y puede recaer sobre cualquier de los elementos de la disposición, rigiéndose en cada caso por las normas del Código Civil relativas a él y subsidiariamente por los principios del Código Civil en materia de contratos.

<sup>179</sup> FARRERA, ob. cit., p. 91.

<sup>180</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 139, no será así cuando la que parece causa de la disposición es razón incidental. Ejemplo: lego mi biblioteca a mi sobrino que estudia Derecho en Caracas—poco importa que tales circunstancias no sean ciertas—. Véase: FARRERA, ob. cit., p. 193, citando a DOMINICI refiere que contrariamente, si la causa es errónea las disposiciones quedan sin efecto, por ejemplo, lego mi casa a Pedro que salvo a mi hijo del naufragio, si tal hecho no es cierto la disposición queda sin efecto; RAMÍREZ, ob. cit., pp. 241-243.

<sup>181</sup> ESPIAU ESPIAU, ob. cit., p. 115.

<sup>182</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 330 y 331, cita en tal sentido a SANOJO y a DOMINICI.

causa, en materia testamentaria, la misma lo es la voluntad del causante, quien no está obligado a motivar o explicar la razón de la disposición. En todo caso, el error en los motivos —ejemplo agradecimiento, cuando en realidad la conducta fue reprochable— precisa la difícil prueba de que este constituyó lo único que determinó la voluntad del testador<sup>183</sup>. Esto es, que fue determinante en la voluntad del causante<sup>184</sup>.

RIPERT y BOULANGER señalan que son raros los casos de error, salvo supuestos de anulación porque se legó creyendo que se carecía de herederos<sup>185</sup>. Se aclara que el error sobre el objeto o sobre las cualidades esenciales del mismo carece de relevancia —de conformidad con el artículo 1148 del Código Civil relativo al contrato— porque ello pertenece al fuero interno del testador y es de difícil prueba<sup>186</sup>. Se acota que posiblemente el error más factible es el relativo a la identidad o cualidades de la persona (artículo 1148), en que se instituye a una persona cuando se deseaba otra<sup>187</sup> o se equivoca en cuanto a las cualidades del sujeto<sup>188</sup>. En todo caso, se acota respecto del vicio del error en el negocio testamentario serían particularmente útiles las reglas de interpretación testamentaria<sup>189</sup>. Se aprecian disposiciones asociadas a tal aspecto, según veremos (artículos 898 y 901 del Código Civil)<sup>190</sup>, así como normas especiales en materia de legado<sup>191</sup>.

---

<sup>183</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 180.

<sup>184</sup> Véase: RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 337; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 24; RAMÍREZ, ob. cit., p. 243, si la causa es «final» como decían los romanos porque ella por sí sola ha determinado la institución y sin ella el testador habría adoptado otra disposición.

<sup>185</sup> RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 337.

<sup>186</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 180.

<sup>187</sup> PIÑA VALLES, ob. cit., p. 188.

<sup>188</sup> Véase: VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 24, coloca el ejemplo de que el testador instituye a alguien en la falsa creencia de que es un brillante abogado cuando no es abogado.

<sup>189</sup> ESPIAU ESPIAU, ob. cit., pp. 121 y 122. Véase *ibíd.*, pp. 122-128, relativo a «la eficacia positiva del error: «la denominada interpretación complementaria», el autor señala que el legislador catalán se ha limitado a privar de efectos la disposición viciada pero no se ha preocupado de atribuirlos a un voluntad no exteriorizada (*ibíd.*, pp. 125 y 126).

<sup>190</sup> Véase *infra* VI.4.

<sup>191</sup> Véase *infra* VIII.

El dolo, como sinónimo de maquinaciones fraudulentas orientadas en la realización del testamento como negocio jurídico, podría viciar la voluntad de testar y, como es lógico, debe ser debidamente probado<sup>192</sup>. FARRERA, citando una antigua decisión judicial, indica que el dolo es «todo lo que obra sobre la inteligencia del testador y falsea sus conceptos, corrompe su juicio, insinuándole ideas y haciéndole adoptar resoluciones que por sí mismo estaría muy lejos de adoptar; todo lo que con malas artes o con maniobras reprobables se encamine a ganarse la voluntad ajena, a fin de conseguir liberalidades que de otro modo no se obtendría, constituye la esencia de la sugestión y captación dolosa, causa de nulidad de testamentos...»<sup>193</sup>. Se agrega que no basta probar las artes fraudulentas empleadas, sino que la disposición testamentaria fue consecuencia de las mismas; de tal modo que entre estas y la disposición tuvo lugar una relación de causa a efecto<sup>194</sup>.

La doctrina reseña que el engaño sobre el testador vicia el acto aunque no sea conocido por el beneficiario. Hace ineficaz la disposición testamentaria cuando es determinante, grave e injusto<sup>195</sup>. Se acota que los cuidados y atenciones ofrecidos al testador, así como las demostraciones de afecto no constituyen dolo a diferencia de otras conductas que sí podrían configurarlo, como sería el alejamiento del testador de su familia, el incentivo en el descrédito de esta y la inducción a disponer a favor de quien se trate<sup>196</sup>. De allí que las disposiciones realizadas por el testador en agradecimiento

---

<sup>192</sup> SOJO BIANCO, ob. cit., p. 308. Véase también: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 03-10-06, citada *supra*; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 190, supone maniobras engañosas para que el testador designe beneficiarios distintos a los que hubiese preferido; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 25, se induce al testador a disponer de su acervo hereditario de una manera que no lo habría hecho de no mediar engaño o maniobra.

<sup>193</sup> FARRERA, ob. cit., p. 91.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, p. 92. En el mismo sentido: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 308.

<sup>195</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 182.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, p. 183.

a determinada conducta del instituido son ajenas a la idea de dolo y quedan en el estricto ámbito de la autonomía de la voluntad del causante. Para algunos, es posiblemente el vicio del consentimiento más frecuente en los testamentos<sup>197</sup>.

Finalmente, la violencia, si es de tal naturaleza que afectó sustancialmente la voluntad de testar, cuando obligue al testador a emitir un disposición que no habría dictado de no mediar la misma, constituye igualmente un vicio del consentimiento sujeto a afectar la validez del acto de última voluntad. Rige la misma idea general relativa a que la violencia o coacción podría recaer sobre el propio testador o un familiar o allegado, y que la misma pudiera ser física o moral<sup>198</sup>. Por aplicación de los artículos 1151 al 1153 del Código Civil se indica que debe ser capaz de impresionar a una persona sensata y que no basta el simple temor reverencial.

Sin embargo, se acota que no es común la violencia como vicio de la voluntad testamentaria porque no es suficiente ejercerla en momento del otorgamiento del acto testamentario, sino que habría que mantenerla hasta la muerte, a fin de impedir la posibilidad de revocación<sup>199</sup>.

#### 4. PRINCIPIOS<sup>200</sup>

La doctrina<sup>201</sup> alude a algunos principios que orientan las instituciones o disposiciones testamentarias, a saber:

---

<sup>197</sup> VIZCARRONDO P., ob. cit., pp. 25 y 26.

<sup>198</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 308. En el mismo sentido: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 03-10-06, citada *supra*.

<sup>199</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 181; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 25. PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 188 y 189, sin embargo, el autor señala que de los tres vicios del consentimiento este constituye el más frecuente en la deliberación del acto testamentario.

<sup>200</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 279-292.

<sup>201</sup> Ídem.

a. Ausencia de sacramentalismos<sup>202</sup>: En el sentido al que no se precisan fórmulas formales o sacramentales para la validez de la manifestación de voluntad del causante. Por ejemplo, en lo atinente a las designaciones correspondientes, sino atender a la naturaleza o esencia del instituto en cuestión. Al efecto, se afirma que poco importa la palabra que utilizó el testador para instituir un legado o una herencia, lo importante será precisar si se trata de una institución singular o universal<sup>203</sup>. Lo cual se desprende de la parte final del artículo 895 del Código Civil: «Las disposiciones testamentarias pueden hacerse a título de institución de heredero, o de legado, o bajo cualquiera otra denominación propia para manifestar la voluntad del testador».

b. Certeza del instituido<sup>204</sup>: La persona del favorecido debe ser cierta, ya sea heredero o legatario<sup>205</sup>. Al efecto, se prevén normas especiales en materia testamentaria que vienen dadas por los artículos 898 y 901 del Código Civil<sup>206</sup>. Si la persona es determinable (artículos 898.1 y 901), la designación es válida, pues se admite que la omisión del nombre no genera necesariamente

---

<sup>202</sup> Véase: *ibíd.*, p. 280.

<sup>203</sup> Véase *supra* I.4.2.

<sup>204</sup> Véase: *ibíd.*, pp. 281-289. Véase sobre la certeza del instituido; POLACCO, *ob. cit.*, t. I, pp. 336 y ss.; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 244-247.

<sup>205</sup> DE RUGGIERO, *ob. cit.*, p. 482.

<sup>206</sup> «Artículo 898.- Es nula toda disposición: 1. Que instituya heredero o legatario a una persona incierta, hasta el punto de no podérsela determinar. 2. Que se haga a favor de una persona incierta, cuya designación se encomiende a un tercero; pero será válida la disposición a título particular en favor de una persona a quien haya de elegir un tercero entre varias determinadas por el testador, o pertenecientes a familias o a cuerpos morales designados por él. 3. Que deje al heredero o a un tercero libre facultad de determinar el objeto de un legado. Se exceptúan los legados que se ordenen a título de remuneración por servicios prestados al testador en su última enfermedad»; «artículo 901.- Si la persona del heredero o del legatario se ha designado con inexactitud, la disposición tiene efecto cuando el contexto del testamento u otros documentos o hechos claros, demuestren cuál es la persona que el testador ha querido indicar. Lo mismo sucederá cuando la cosa se ha indicado o descrito inexactamente, si se reconoce de una manera cierta de qué cosa ha querido disponer el testador».

indeterminación, si no hay duda sobre quién es el instituido<sup>207</sup>. Se requiere claridad respecto a la institución de heredero o legatario, esto es, la precisión del instituido, aunque el legislador no ha sido severo siempre que el sujeto designado sea determinable<sup>208</sup>. Por ejemplo, la determinación es posible si se indica «dejo o lego al primero de mis nietos que se gradúe o se case x inmueble». En la doctrina española se discute si la expresión genérica del testador «a quien me cuide» constituye un ejemplo de indeterminación, lo cual dependerá de la posibilidad efectiva de precisar el instituido<sup>209</sup>. Ahora

---

<sup>207</sup> FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 30.

<sup>208</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 281 y 282.

<sup>209</sup> Véase: DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: «Institución de heredero a favor de persona incierta». En: *El Notario del siglo XXI*, N.º 4. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2005, <http://www.elnotario.com>, «¿Es factible la institución genérica de heredero a favor de quien cuide o procure cuidados al testador en los últimos momentos? De lo anteriormente expuesto hemos comprobado que la nulidad de la institución a favor de persona incierta solo se predica respecto de esa disposición, y que se evita la nulidad si por algún “evento” puede resultar cierta la persona. El evento podría llegar a considerarse como un suceso futuro e incierto y, recordemos, los artículos. 790 y ss. del Código Civil permiten las disposiciones bajo condición, aunque cabría discutir si realmente estamos ante una institución bajo condición, aunque ahora no entraremos en esta cuestión. El “evento” puede consistir en alguna circunstancia identificativa de cualquier índole, por ejemplo, de tipo personal, familiar, profesional o circunstancial; lo importante es, por un lado, que sean conocidas del testador y, por otro, que permitan identificar al designado, porque le caractericen o se acrediten –STS del 19-01-1899–. También puede consistir el “evento” en un suceso que haya de ocurrir posteriormente al testamento y que, de verificarse, aparezca con total claridad cuál sea la persona del favorecido, sea o no conocida del testador –STS del 31-01-1899–. Por tanto, comprobamos que nuestra jurisprudencia refrenda que la designación puede completarse también “por circunstancias”, es decir, por nuestro ‘evento’. Definitivamente, no son personas inciertas las que por algún evento pueden ser conocidas, puesto que tales personas no son indeterminadas ni inciertas, sino susceptibles de ser identificadas con certeza y, por tanto, determinables. En nuestro caso, lo más normal es que siempre haya alguien que haya estado cuidando o haya procurado cuidados al testador al momento de su fallecimiento, ya sea persona física o jurídica –recordemos la existencia de un creciente número de centros geriátricos y de acogida de personas mayores, en sus diferentes versiones, tanto desde el punto de vista de la iniciativa privada como de la pública–. Y esas

bien, según veremos<sup>210</sup>, en cuanto a la posibilidad de que el testador disponga que el instituido sea decidido por un tercero (artículo 898.2) lo prohíbe en términos generales, no obstante admitirlo respecto del legatario si la escogencia del tercero tiene lugar entre varios sujetos designados por el testador<sup>211</sup>.

La ley prohíbe las instituciones genéricas, ya sean universales o particulares a favor del alma<sup>212</sup>, así como de los pobres o semejantes, que se entenderán hechas a favor de Nación, según se deriva de los artículos 899 y 900 del Código Civil. Así prevé el artículo 899: «La disposición universal o parcial que haga de sus bienes el testador en favor de su alma, sin determinar la aplicación o simplemente para misas, sufragios usos u obras pías, se entenderá hecha en favor del patrimonio de la Nación. Esto no obsta para que el testador pueda disponer que sus herederos o albaceas lleven a efecto sufragios determinados, con tal que la suma de tales mandas no exceda del dos por ciento líquido de su herencia».

---

personas son perfectamente conocidas del testador, por su proximidad o trato cotidiano. Y también es normal que el testador desee premiarles y no son pocos los casos que nos han planteado esta cuestión a los notarios (...) Finalmente, por si existieran dudas sobre la cuestión, hay que destacar que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1920 admitió un supuesto de institución de heredero hecha a favor de persona que cuidase al testador en su última enfermedad y se hiciese cargo de su perra, ya que “claramente se expresan las circunstancias que habían de concurrir en el instituido, que le individualizan en la mente del testador y excluyen toda incertidumbre respecto al mismo, en cuanto por ellas podía venirse en conocimiento de cual fuere el favorecido por la institución”; y en un sentido similar, la de 2 de julio de 1977». Véase del mismo autor: «La voluntad del testador (el testamento de los “los aristogatos”)». En: *El Notario del siglo XXI*, N.º 9. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2006, <http://www.elnotario.com>, explica cómo se podría canalizar la preocupación del testador de instituir una persona con miras al cuidado de sus mascotas «Para ello, una solución recomendable es disponer testamentariamente la entrega inmediata de los animales a asociaciones o fundaciones destinadas a su protección, instituyendo herederas a esas personas jurídicas».

<sup>210</sup> Véase *infra* VIII.2.

<sup>211</sup> Véase: *infra* VIII.2; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 282-284.

<sup>212</sup> Esto es a los efectos de la salvación del alma o espíritu del causante.

Norma que, a decir de FARRERA, permite al testador formular disposiciones sobre sufragios determinados siempre que no excedan del 2 % líquido de su herencia<sup>213</sup>, por ejemplo, dar satisfacción a sus piadosos sentimientos con mandas a un número de misas, socorros entre pobres de la ciudad, erección de un monumento sobre su tumba u otro semejante<sup>214</sup>. El autor cita una sentencia del Casación del 26 de julio de 1905 que consideró la validez de una disposición testamentaria por el cual se destina el valor de las tres cuartas partes de los bienes a levantar un monumento de mármol en el cementerio de Valera, señalando que la intención del legislador ha sido dar un empleo cónsono con la voluntad del testador a las disposiciones vagas e indeterminadas por lo que cuando se señala el uso o la obra pía o determina el fin de la disposición testamentaria no existe vaguedad ni incertidumbre<sup>215</sup>. La norma no invalida totalmente la disposición testamentaria —lo cual sería lo lógico<sup>216</sup>—, sino que le cambia su destino, que en lugar de atender a la razón indicada por el testador, lo será el patrimonio nacional a través de la Nación, persona jurídica cierta y reconocida al menos para determinados fines<sup>217</sup>.

La participación del bien del alma en la sucesión, según se reseña, data de las tendencias cristianas de comienzo del siglo v<sup>218</sup>. En el Derecho de Sucesiones medieval leonés-castellano es que puede encontrarse la distribución de una cierta parte del caudal relictivo, unas veces siguiendo una disposición expresa del causante y otras aun sin que este lo haya dispuesto así, a servir una finalidad de tipo religioso en beneficio del alma del difunto,

---

<sup>213</sup> FARRERA, ob. cit., p. 199.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, pp. 199 y 200.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, p. 200, cita *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, t. I, 1907, p. 288.

<sup>216</sup> Véase: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 371, refiere que el Código Civil italiano comentado por el autor prevé que las disposiciones a favor del alma expresadas genéricamente son nulas.

<sup>217</sup> FARRERA, ob. cit., p. 201.

<sup>218</sup> MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: *Herencias a favor del alma en el Derecho español*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 24.

que se suele expresar con la fórmula de sucesión o cuota *pro anima*<sup>219</sup>. Generalmente, son escasas las aportaciones de la ciencia histórico-jurídica en tal sentido<sup>220</sup>, pero su origen es de tipo religioso<sup>221</sup>. Modernamente, los códigos civiles recogen tales disposiciones siempre que recaigan sobre una suma de bienes determinada o determinable y que constituyan una carga de los sucesores<sup>222</sup>. Y aunque la Iglesia se la encargada de velar por el bien de las almas no puede verse en esta la heredera de las asignaciones *pro anima*<sup>223</sup>.

Por otra parte, el artículo 900 dispone: «Las disposiciones en favor de los pobres u otras semejantes, expresadas en general, sin que se determine la aplicación o establecimiento público en cuyo favor se han hecho, o cuando la persona encargada por el testador de determinarlo no puede o no quiere aceptar este cargo, se entenderán hechas en favor del patrimonio de la Nación».

Es incuestionable, a decir de FARRERA, que en tal caso nos hallamos en presencia de una persona incierta, completamente indeterminable, favorecida con una liberalidad<sup>224</sup>. Se observa, acertadamente, que la presunción de que dichas disposiciones fueron realizadas a favor de la Nación y que coloca a esta como una suerte de sucesor *sui generis*<sup>225</sup>, no luce acorde con el espíritu de la voluntad del testador<sup>226</sup>, por lo que lo lógico hubiese sido considerar nulas tales disposiciones<sup>227</sup>. La citada norma requiere un mínimo de determinación, a pesar de no hacerlo en los mejores términos

---

<sup>219</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>220</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, pp. 217 y 218.

<sup>223</sup> *Ibíd.*, p. 221.

<sup>224</sup> FARRERA, *ob. cit.*, p. 201.

<sup>225</sup> TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 153.

<sup>226</sup> RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 144.

<sup>227</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 285. Véase: FARRERA, *ob. cit.*, p. 201, la disposición debiera ser nula, pero el legislador no ha querido llevara a ese extremo su rigor, y solo ha fijado el destino de la disposición ordenando que ella se entenderá hecha a favor del patrimonio de la Nación; RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 247, la disposición no es nula sino que se entiende hecha a favor de la Nación.

—«sin que se determine la aplicación o establecimiento público en cuyo favor se han hecho»— so pena de considerar la liberalidad en beneficio de la Nación. Pero la solución legislativa se presenta inconsecuente con la voluntad del testador, por lo que, efectivamente, lo propio hubiese sido considerarla nula, de tal suerte que los bienes afectados se encausaran a los herederos *ab intestato* del testador, y que la Nación solo encontrara cabida a falta de todos estos<sup>228</sup>.

Aclara DOMINICI que tales normas, como es natural, solo aplican íntegramente si el testador no tiene herederos forzosos, en cuyo caso debe respetarse la legítima; si no son tales sí se aplican porque la voluntad del testador fue privarlos de la herencia<sup>229</sup>. Se aprecia una antigua decisión judicial de 1935 que interpretó que la referencia a «pobres vergonzantes» no era genérica, pues son aquellos que sienten vergüenza de pedir y se complementaba con lista dada al albacea<sup>230</sup>; criterio que, a juicio de LÓPEZ HERRERA, es «absolutamente inaceptable»<sup>231</sup>. FARRERA, por su parte, en forma acertada, señala que en tal caso la verdadera determinación requerida por la ley se halla no en la calificación de «vergonzantes» dada a los pobres, sino en la «lista» de tales pobres con sus nombres y apellidos,

---

<sup>228</sup> Véase *supra* v.4 y 8.

<sup>229</sup> Véase: DOMINICI, ob. cit., pp. 144 y 145.

<sup>230</sup> Véase: CFyC/SCC, sent. del 28-01-35, citada en PERERA PLANAS, ob. cit., p. 505, la calificación de vergonzantes coloca a los referidos pobres fuera del concepto general, constituyendo una determinada clases, aquellos que experimentan vergüenza en implorar la caridad pública. El testador determinó en la cláusula octava la clase de pobres que quería favorecer, a saber, los pobres vergonzantes cuyos nombres y apellidos dio en lista separada al albacea, no se trata pues de un legado hecho a los pobres en general. Véase también: FARRERA, ob. cit., p. 202, que cita que dicha decisión fue publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 18 593, del 09-03-35.

<sup>231</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, pp. 281 y 282, nota 3, indica que equivale a admitir instituciones fiduciarias contrariando la regla del artículo 897 del Código Civil ya que jamás podrá existir seguridad objetiva respecto a que la lista del albacea sea elaborada por el causante; contraria la prohibición del artículo 898.2 de encomendar a un tercero la designación de heredero o legatario y finalmente porque contraria el carácter esencialmente formal que tiene el testamento en nuestro sistema legal.

entregada por el testador a su albacea, pues, ciertamente, la expresión «pobres vergonzantes» por sí sola habría dejado indeterminado e impreciso el legado en referencia<sup>232</sup>. Debe recordarse que el citado artículo 901 del Código Civil permite deducir la determinación del instituido del «contexto del testamento u otros documentos», por lo que resulta, dentro del marco de la ley, el supuesto de la lista entregada a la albacea, amén de que la grave consecuencia que consagra la norma ha de tener lugar solo en caso de efectiva indeterminación<sup>233</sup>. Una solución ciertamente más justa y cónsona con la voluntad del testador, consagrada en otros ordenamiento viene dada porque las disposiciones genéricas a favor de los pobres o semejantes, se entiendan hechas a favor de los pobres del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte y son deferidas al instituto local de caridad<sup>234</sup>.

El artículo 897 del Código Civil<sup>235</sup> prohíbe atacar designaciones testamentarias bajo el alegato de ser solo aparentes, a excepción de que se trate de incapaces a través de personas interpuestas<sup>236</sup>. Se indica que el legislador ha considerado peligrosa tal averiguación, queriendo impedir interpretaciones arbitrarias prohibiéndolas todas<sup>237</sup>. La norma pretende, a decir de la doctrina, quitarle todo valor legal al fideicomiso tácito o secreto, suprimiendo así interpretaciones violentas y arbitrarias<sup>238</sup>.

---

<sup>232</sup> FARRERA, ob. cit., p. 202.

<sup>233</sup> A tono con el principio de la *benigna interpretatio* (véase *infra* VII.1).

<sup>234</sup> Véase respecto del Derecho italiano: POLACCO, ob. cit., t. I, p. 367; MESSINEO, ob. cit., p. 118; DE RUGGIERO, ob. cit., pp. 483 y 484.

<sup>235</sup> «Artículo 897.- No se admitirá ninguna prueba para demostrar que las disposiciones hechas en favor de una persona designada en el testamento son solo aparentes, y que en realidad se refieren a otra persona, no obstante cualquiera expresión del testamento que lo indique o pueda hacerlo presumir. Esto no se aplica al caso en que la institución o el legado se ataquen como hechos en favor de incapaces por medio de persona interpuesta».

<sup>236</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 287-289.

<sup>237</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 140.

<sup>238</sup> FARRERA, ob. cit., p. 194, aclara el autor que el fideicomiso tácito, es la disposición hecha aparentemente a favor del heredero o legatario designado en el testamento y realmente a favor de un tercero a quien el aparentemente instituido debía entregar

c. Objeto determinado: El objeto de la institución también debe ser precisado o determinado, so pena de nulidad de la respectiva disposición testamentaria<sup>239</sup>. Sin embargo, el citado artículo 901 del Código Civil también prevé la validez de la disposición testamentaria en caso de inexactitud en la indicación de la cosa, siempre que la misma sea determinable, porque ello se derive del «contexto del testamento u otros documentos o hechos claros», aunque lo recomendable, obviamente, es hacer la designación en forma clara y precisa<sup>240</sup>. El artículo 898.3 del Código, según veremos, se refiere a la prohibición de determinar el objeto del legado a cargo del heredero o de un tercero, salvo el caso de legados a título remuneratorio por servicios prestados<sup>241</sup>. Se indica con ocasión a la disposición del patrimonio, que el causante puede por vía testamentaria disponer de este designando uno o varios herederos o legatarios. Puede asignarle diferentes cuotas a cada uno de los herederos y puede instituir varios legatarios con relación a un bien o bienes. De no especificarse cuota o partes se entenderán instituidos por cuotas o partes iguales, por aplicación del artículo 760 *eiusdem*<sup>242</sup>. Los artículos 902 y ss. contienen previsiones relativas a la cosa o bien objeto del legado, que se tratan en dicho tema<sup>243</sup>.

d. Autonomía de la voluntad: El testador es libre de disponer de sus bienes dentro de las limitaciones de orden público que impone la ley, tales como el respeto a la legítima o el cumplimiento de las solemnidades de ley. Así pues, bien puede afirmarse que en esta materia como en otras tantas asociadas al Derecho de la Persona y de Familia, la voluntad entra en juego en

---

la herencia o el legado, fue en tiempos anteriores en determinados países particularmente en Italia, donde dio lugar a serios litigios, por lo que surgió la conveniencia de suprimirlo por medio de una disposición legal expresa.

<sup>239</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 292.

<sup>240</sup> Véase: *ibíd.*, pp. 290-292; RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 247, no habiendo incertidumbre absoluta, la disposición testamentaria no puede caer bajo nulidad; pudiéndose determinar la persona del instituido eso basta para descifrar la voluntad del testador.

<sup>241</sup> Véase *infra* VIII.3.

<sup>242</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 139 y 140.

<sup>243</sup> Véase *infra* VIII.4.

la medida en que la propia ley lo permite<sup>244</sup>. El testador es completamente libre de establecer sus disposiciones sin indicación o explicación alguna de los motivos que la originan.

f. Cumplimiento de las condiciones de procedencia: A lo anterior, cierto sector de la doctrina agrega como condiciones de procedencia o eficacia de la sucesión testamentaria, que sea emitida en forma válida, que el *de cujus* sea capaz de disponer, que el instituido sea capaz de recibir y que se hayan respetado los derechos de la sucesión necesaria –legítima–<sup>245</sup>. Entre las prescripciones legales forzosas que limitan la libertad de testar, se ubican sobre todo las reglas relativa a la legítima<sup>246</sup>. El respeto a la legítima como cuota no disponible por el testador como consecuencia de normas imperativas, constituye quizás la más ardua limitación a la autonomía de la voluntad del testador. La sucesión forzosa o legítima se presenta como una parte de la sucesión *ab intestato* que rige al margen del alcance del instrumento testamentario<sup>247</sup>. A lo anterior, habría que agregar, no obstante sea inmanente al testamento, más que a sus disposiciones, el carácter «solemne» que reviste el acto testamentario<sup>248</sup>. La jurisprudencia igualmente alude a las limitaciones o restricciones de la facultad de testar<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> Véase *supra* I.1.

<sup>245</sup> Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 303; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 101 y 102; ROJAS, ob. cit., pp. 129 y 130.

<sup>246</sup> KIPP *et al.*, ob. cit., p. 185.

<sup>247</sup> Véase *infra* IX.

<sup>248</sup> Véase *infra* VII.2.

<sup>249</sup> Véase. Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, sent. del 20-10-06, citada *supra*, «Las restricciones o limitaciones de forma que afectan la facultad de testar, son las solemnidades previstas en la ley para el otorgamiento de testamentos válidos (artículos 849-881 del Código Civil). Las restricciones o limitaciones de fondo concernientes al derecho de testar, son de tres tipos diferentes: Las prohibiciones legales de hacer testamentos conjuntos o mancomunados; la institución de la legítima o reserva, en virtud de la cual ciertos familiares del causante no pueden ser privados de determinada porción del caudal hereditario (artículos 883-894 y 1468-1473 del Código Civil); y, finalmente, la capacidad tanto para disponer como

## 5. REPRESENTACIÓN TESTAMENTARIA<sup>250</sup>

Señalamos al referirnos a la figura de la «representación», tradicionalmente entendida como característica de la sucesión *ab intestato* o legal, que en materia testamentaria se presentaba una suerte de tendencia expansiva de la figura que llega inclusive al ámbito de la sucesión testamentaria<sup>251</sup>, y que el caso venezolano, viene dada por el artículo 953 CC.

Dicha norma prevé: «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». Según veremos, la citada norma prevé la figura de la representación testamentaria precisamente a los fines de la improcedencia del derecho de acrecer o acrecimiento entre coherederos o colegatarios<sup>252</sup>.

Ahora bien, algunos señalan que la interpretación de dicha norma, dada la remisión a la sucesión *ab intestato*, supone que la representación testamentaria solo procede cuando las disposiciones testamentarias del causante reproducen exacta y fielmente la normativa legal que regiría respecto de la sucesión en caso de que esta fuese *ab intestato*, siempre que en la última proceda la sucesión por derecho de representación<sup>253</sup>. Pero lo cierto es que,

---

para recibir por testamento (artículos 836-848 del Código Civil)». En el mismo sentido: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, sent. del 24-09-08. exp. 12098, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/102-24-12.098-.html>.

<sup>250</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 385-388.

<sup>251</sup> Véase *supra* v.6; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, ob. cit.

<sup>252</sup> Véase *infra* XI.5.2.

<sup>253</sup> Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 385.

de aceptarse tal posición, el citado artículo 953 del Código Civil no tendría mayor sentido, pues cuando el causante otorga testamento es porque decide en principio alterar las previsiones relativas a la sucesión intestada. De allí que la tesis más amplia sostiene la procedencia de la representación testamentaria siempre que el heredero o legatario instituido sea incapaz y deje descendencia<sup>254</sup>. Posición esta última inadmisibles para LÓPEZ HERRERA, porque supondría admitir la figura en la sucesión testamentaria en casos en que no es procedente en la sucesión *ab intestato*, ya que no funciona por el simple hecho de que el heredero que falta tenga descendencia, sino que además requiere que el llamado sea descendiente o hermano del *de cujus*<sup>255</sup>. De allí que la interpretación intermedia y lógica —a la que nos adherimos— señala que para que funcione la representación testamentaria es necesario simplemente que el instituido incapaz sea descendiente o hermano del testador, al margen de que el testamento reproduzca o no la sucesión *ab intestato*, pero con las limitaciones de esta última<sup>256</sup>. Siendo procedente en los mismos supuestos, respecto de los que se admite la figura en la representación *ab intestato*, a saber, premoriencia o incapacidad —indignidad y ausencia—<sup>257</sup>. Pues no existe razón alguna que justifique una distinción de trato en este sentido<sup>258</sup>.

La representación testamentaria encuentra su fundamento en la intención o voluntad presunta del causante, por lo que ha de quedar descartada si este desea suprimirla y lo manifiesta expresamente en el acto testamentario<sup>259</sup>. Así como también la ley estima, según se aprecia de la parte final del artículo 953, que el causante no desea la representación en caso de derechos personales, como usufructo, uso y habitación<sup>260</sup>. En cuyo caso,

---

<sup>254</sup> Véase: *ibíd.*, p. 386.

<sup>255</sup> *Ídem.*

<sup>256</sup> *Ibíd.*, pp. 386 y 387.

<sup>257</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *ob. cit.*, p. 219.

<sup>258</sup> *Ídem.*

<sup>259</sup> LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 387.

<sup>260</sup> *Ibíd.*, p. 388.

valdría admitir porque no contraría normas de orden público, ya que la representación testamentaria se apoya en la presunta voluntad del causante, que por disposición expresa de este, aun en los citados derechos patrimoniales pero de contenido personal, podría operar la representación.