

Aplicación retroactiva de las normas civiles en la interpretación del testamento y ajuste del sistema legitimario*

Retroactive Application of Civil Norms in the Interpretation of a Will and Adjustment of the system legitimacy

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO**

JOSÉ KAREL FERNÁNDEZ MARTELL***

RESUMEN

El legislador del Código civil cubano de 1987 se afilió, en relación con la aplicación retroactiva de las normas jurídicas civiles, a la tesis de la retroactividad de grado medio, pues los efectos jurídicos derivados de los testamentos otorgados, vigente el Código Civil español de 1889, conservan su validez, siempre y cuando no se opongan a lo previsto en él, lo cual da al traste con toda lógica jurídica que pretenda garantizar los derechos adquiridos a la muerte del causante; conllevando un necesario "ajuste" de los títulos sucesorios formados al amparo del Código Civil español. En tal virtud, los testamentos otorgados a la luz del Derecho anterior, tendrían un control *ex post*, vía notarial o judicial, según corresponda, a los fines de determinar que las instituciones contenidas en ellos no contravinieran las normas prohibitivas o imperativas reguladas en el nuevo Código, en lo cual juega un papel esencial la legítima.

PALABRAS CLAVE

Retroactividad de la ley civil, interpretación del testamento, Código Civil cubano, "herederos" especialmente protegidos, control *ex post* de la condición de legitimario asistencial.

ABSTRACT

The legislator of the Cuban Civil Code of 1987 joined, in relation to the retroactive application of the civil legal standards, to the thesis of retroactivity of medium grade. Therefore the legal effects arising from testaments granted and in force on the Spanish Civil Code of 1889 retain their validity, as long as this is not contrary to the provisions, which jeopardizes all legal logic that seeks to ensure acquired rights to the death of the originator; leading to a necessary "adjustment" of titles of inheritance formed under the Spanish Civil Code.

*As such, testaments granted in light of the Prior Right would have an *ex post* control, via a notary or judicial proceedings, as appropriate, for purposes of determining that the institutions contained in them will not contravene the mandatory or prohibitive rules regulated in the new Code, in which the Law plays an essential role.*

KEYWORDS

*Retroactivity of the Civil Law, Testament's Interpretation, Cuban Civil Code, Specially Protected "Heirs", *ex post* Control of the Condition of Lawful Assistance.*

* Artículo recibido: 6 de mayo de 2015. Aceptado para publicación: 24 de junio de 2015.

** Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba. (lbpvallardo@gmail.com)

*** Profesor Auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. (jkarelf@gmail.com)

SUMARIO / 1. Cuestiones previas / 2. Principales cambios operados en sede sucesoria, luego de la abrogación del casi centenario Código Civil español, para Cuba. El Libro IV del actual Código Civil / 3. La vigencia de las leyes en el tiempo: adherencia del Código Civil cubano al principio de retroactividad de grado medio. Su repercusión en el título sucesorio testamentario / 4. Elementos que caracterizan a la legítima regulada en el Código Civil cubano de 1987 / 5. El control ex post del cumplimiento de los requisitos de especial protección, tanto en vía notarial como en vía judicial / 6. Conclusiones / Anexo

1. CUESTIONES PREVIAS

El presente estudio jurídico se afirma en las bases de la interpretación testamentaria y ha nacido como consecuencia de un dictamen jurídico que, en su momento, los autores tuvieron a bien emitir en su condición de profesores universitarios y notarios en ejercicio, respecto al contenido y vigencia del Derecho cubano de sucesiones en la testamentaria de D. PJD, de nacionalidad cubana, fallecido en España en diciembre de 2005, bajo testamento notarial abierto, fechado al 10 de marzo de 1982, ante fedatario español. Interesándose en ese sentido, cuál es la respuesta del vigente Código Civil de Cuba al reparto de la herencia del finado testador (libre disposición, mejora y legítima estricta), en correspondencia con la interpretación del testamento y la validez o nulidad de sus cláusulas.

Es menester, por tanto, la exposición de algunas cuestiones previas que, a modo de guía orientadora, nos permitan agotar el correspondiente sumario en relación con el contenido mismo de las instituciones jurídicas en juego y su construcción acorde con la doctrina y jurisprudencia cubana de estos tiempos.

En tal virtud, se hace saber que: al fallecimiento del testador, le sobreviven su esposa Doña CRM, de nacionalidad española, conviviente con el causante y posmuerta al testador bajo presunción de aceptación; Don PJA, de doble nacionalidad, norteamericana y española, domiciliado en Boston (Massachussets) y temporalmente, desde el año 2014, en Madrid, España, de profesión abogado en los EE.UU, de vida independiente y con sus propios recursos, siendo nieto del testador, hijo único de Don PMJR, premuerto al testador; y Doña MTJR, española, hija del testador, con domicilio legal en Alcobendas, Madrid, España, conviviente con el testador, pero con recursos propios e independiente de su padre.

El testamento examinado¹, fechado el 10 de marzo de 1982, es anterior a la vigencia de la Ley No. 59 (Código Civil cubano), y a la luz de la aplicación de tales disposiciones conserva su validez y sus efectos se rigen por las disposiciones del referido Código que está vigente y es de aplicación a tal testamento por la nacionalidad cubana del causante, según el artículo 15 del Código Civil cubano, que dispone: *“La sucesión por causa de muerte se rige por la legislación del Estado del cual era ciudadano el causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentre”*.

El ordenamiento jurídico cubano se acoge así al sistema unitario en sede de sucesión *mortis causa* y los rasgos de unidad, universalidad y personalismo de la sucesión no fueron alterados, sino que se traspolan, asimismo, en materia de Derecho Internacional Privado. Siendo esto así, debe decirse, de conformidad con la letra del artículo 12.1 del Código Civil cubano que: *“La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanos”*; siendo, pues, de aplicación directa la *testamentifactio* activa del causante con referencia a la ley cubana, apreciada *tempore testamenti*. Esto es, que la validez del título sucesorio la hace radicar el propio ordenamiento jurídico en consecuencia con su ley nacional (Código Civil de Cuba), que tuviera el causante en el momento en que otorgó disposición testamentaria de última voluntad y no con la que cuenta al morir.

En ese mismo sentir, debe hacerse coincidir la capacidad para ser instituido heredero, legatario o sustituto hereditario, en una sucesión que tendrá que adaptarse a la ley personal del causante, reajustándose el contenido

¹ En la escritura pública del testamento notarial, en su parte dispositiva, se ordena:

“PRIMERA.- Que es natural de San Luis, provincia de Oriente (Cuba), nacido el 19 de noviembre de 1914, hijo de Don José y Doña Victoria, ambos fallecidos y que está casado en únicas nupcias con Doña Carmen Rodríguez Mazorra, de cuyo matrimonio tiene dos hijos llamados Don Pedro Manuel y Doña María Teresa Jaile Rodríguez”.

“SEGUNDA.- Lega a su esposa en pleno dominio un tercio de su herencia”.

“Asimismo lega a su esposa el usufructo vitalicio de los dos tercios restantes de su herencia”.

“TERCERA.- Sin perjuicio de lo ordenado en la cláusula anterior, instituye herederos universales y por partes iguales a sus dos hijos, sustituyéndoles vulgarmente con inclusión del caso de conmorienencia por sus respectivos descendientes conforme a las normas del derecho de representación, y en su defecto se dará entre ellos el derecho de acrecer”.

“CUARTA.- Para el caso de que alguno de los hijos se opusiese al usufructo vitalicio señalado a favor de su esposa en la cláusula Segunda, ordena que el oponente reciba solo su legítima estricta por vía de legado, manteniéndose en lo restante lo dispuesto en las cláusulas Segunda y Tercera”.

“Si todos los hijos se oponen quedarán sin efecto las citadas cláusulas y para dicho caso instituye heredera universal a su esposa, sin perjuicio de la cuota legal, percibiendo los hijos su legítima por vía de legado, con la sustitución y derecho de acrecer antes citado”.

testamentario a los cantos legales de la ley personal y sin fricciones con las normas de *ius cogens* que restrinjan o limiten la voluntad del testador, entre las que la legítima cumple un papel esencial.

2. PRINCIPALES CAMBIOS OPERADOS EN SEDE SUCESORIA, LUEGO DE LA ABROGACIÓN DEL CASI CENTENARIO CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, PARA CUBA. EL LIBRO IV DEL ACTUAL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil cubano sigue la orientación germana, al regular en sus cuatro libros la relación jurídica, el derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes, los derechos personales o crediticios, y los derechos sucesorios, respectivamente.

El Libro Cuarto “Derecho de Sucesiones” se integra por menos de noventa preceptos en una buena medida con apartados únicos. Los títulos llegan al número de seis, dedicados a las Disposiciones Generales, Sucesión Testamentaria, Sucesión Intestada, Adquisición de la Herencia, Saldos de Cuenta de Ahorro y Transmisión al Estado del Patrimonio del Causante, en ese orden expositivo. Estos títulos se conforman de capítulos, aquellos de secciones, y tanto unos como otros (capítulos y secciones) de preceptos.

A la entrada en vigor del vigente Código Civil, se operaron una serie de cambios en sede sucesoria que provocan un notable distanciamiento entre lo que hasta ese momento regulaba el casi centenario Código Civil español en la Isla. De modo que poderlos proyectar aquí nos permitirá después ahorrarnos explicaciones innecesarias o ser repetitivos. Así, los principales cambios fueron²: 1º) Deja de concebirse el Derecho de Sucesiones como un mero modo de adquirir la propiedad, y siguiendo el Plan alemán se consagra en el cuarto y último de los libros; 2º) Se confiere carácter supletorio a las normas del Libro Primero (relación jurídica) del Código Civil respecto de las normas reguladoras de las sucesiones *mortis-causa*, a cuyo tenor se regula: a) elementos de la relación jurídica sucesoria (*cfr.*, artículo 23 del Código Civil); b) capacidad para testar y capacidad para suceder (*cfr.*, artículos del 28 al 32 del Código Civil, ambos inclusive); c) interpretación del acto jurídico testamentario (*cfr.*,

² Hemos de advertir que los enunciados propuestos se hacen corresponder en su gran mayoría a los supuestos que mejor se avengan al esclarecimiento del caso, de modo que existen otros y pueden ser consultados en Pérez Gallardo, Leonardo B., y María Elena Cobas Cobiella, Segunda Parte: “A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto”, en *Temas de Derecho Sucesorio cubano*, Ed., Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 72-78.

artículo 52 del Código Civil); d) ineficacia del acto jurídico testamentario y de otros actos jurídicos vinculados con las Sucesiones *mortis-causa* (nulidad, anulabilidad y rescisión) (cfr., artículos del 67 al 80 del Código Civil, ambos inclusive); e) prescripción de acciones civiles (cfr., artículos del 112 al 114 del Código Civil); f) caducidad de derechos (cfr., artículos 125 y 126 del Código Civil); 3) se unifican las normas contentivas de las causales de desheredación y de incapacidad e indignidad para suceder, bajo la denominación de incapacidades para suceder (cfr., artículos 469 y 470 del Código Civil); 4) reconocimiento de un solo tipo de sustitución hereditaria (la vulgar) (cfr., artículo 482 del Código Civil); 5) se prohíbe al testador sujetar la institución de heredero a término o condición (cfr., artículo 481 del Código Civil); 6) se prohíbe al testador instituir legados bajo término o condición (cfr., artículo 498 del Código Civil); 6) se incluye la renuncia a la herencia como un supuesto que abre paso al derecho de representación (cfr., artículo 512 del Código Civil); 7) se amplía la libertad de testar en el orden subjetivo (cfr., artículo 492 del Código Civil); 8) se sustituyen los legitimarios o herederos forzosos por los nuevos legitimarios o herederos especialmente protegidos, y desaparecen los términos <<legítima>> y <<legitimarios>> de sus normas (cfr., artículo 493.1 del Código Civil); 9) se reconoce una intangible e idéntica porción legitimaria a los herederos especialmente protegidos, cualesquiera que sean éstos (cfr., artículo 492.2 del Código Civil); 10) no se reconoce la facultad de mejorar a uno de sus legitimarios, quienes inexorablemente heredarán por partes iguales (cfr., artículo 493.2 del Código Civil); 11) no se reconoce la facultad del testador de desheredar a los legitimarios por justa causa reconocida en la Ley; 12) mejora la posición del cónyuge supérstite al considerarse un heredero más en la sucesión *ab intestato*, y recibir su cuota hereditaria en plena propiedad (cfr., artículos 514.2, 515.2, 516, 517, 518 y 519, todos del Código Civil); 13) se reducen las limitaciones de Derecho Sucesorio a la libertad de disponer por vía *mortis causa* al no regularse ninguna de las modalidades de la reserva (ni la troncal, ni la lineal) ni la reversión o retorno sucesorio; 14) se establece un término de caducidad para la renuncia hereditaria, así como el momento a partir del que se comienza a contar dicho término, transcurrido el cual se presume la aceptación de la herencia (cfr., artículo 527 del Código Civil); 15) se reducen sensiblemente las normas dedicadas a la regulación de la colación hereditaria (cfr., artículo 530 del Código Civil); 16) se omite la regulación de los bienes colacionables y los no colacionables; 17) se omite la regulación de la dispensa de la colación por el testador, etc.

3. LA VIGENCIA DE LAS LEYES EN EL TIEMPO: ADHERENCIA DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE GRADO MEDIO. SU REPERCUSIÓN EN EL TÍTULO SUCESORIO TESTAMENTARIO

La vigencia de las leyes en el tiempo ha generado múltiples disquisiciones teóricas que se centran sobre el carácter retroactivo o no de la nueva ley. Los conflictos que con tal motivo se suscitan se suele resolver a través de las disposiciones transitorias o de derecho transitorio, que como arguye Albaladejo “marcan las fronteras entre aquellos extremos que deben regirse por la norma antigua y los que resultan alcanzados por la nueva”³.

Los sistemas de Derecho Transitorio más importantes reconocidos doctrinalmente lo son:

- a) El que defiende la teoría de los derechos adquiridos: según esta teoría la retroactividad de la norma jurídica tiene como cortapisa el respeto de los derechos adquiridos al amparo de la norma anterior, estos derechos no pueden ser lesionados, ni obviados por la nueva norma. El principal obstáculo de la teoría nombrada lo ha sido la explicación del concepto de “derecho adquirido”.
- b) El que es abrazado por la teoría del hecho jurídico consumado (*factum praeteritum*), según la cual cada hecho jurídico debe quedar sometido a la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit actum*), de esta manera si el hecho se produce bajo la vigencia de la ley antigua, debe estar sometido y regulado por ella, y si se produjo bajo el imperio de la nueva, ha de ser regulado por ésta. Empero, los efectos jurídicos que ocasionan los hechos jurídicos pueden haberse consumado en el momento de entrar en vigor la nueva ley (efectos agotados), haberse derivado ya, pero sin haberse agotado o consumado (efectos pendientes) o no haberse ni siquiera producido (efectos futuros). Razón que motiva que pueda argüirse por un sector de la doctrina que la nueva ley no pueda modificar los hechos agotados de los hechos pretéritos y sí afectar los efectos futuros de tales hechos, en tanto que otro sector de la doctrina maneja que deben quedar excluidos del imperio de la

³ Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil II - Introducción y Parte General*, volumen I - *Introducción y Derecho de la persona*, 12ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 200.

nueva ley, incluso las consecuencias jurídicas de los hechos pasados que se realicen bajo su vigencia.

En sede de Derecho Civil la solución más utilizada lo es la irretroactividad de la norma jurídica según se aduce por el artículo 61 de la Constitución cubana que refleja el principio contrario como regla para las normas penales pero, en cambio, *“Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón del interés social o utilidad pública”*. En tal sentido, el artículo 7 del Código Civil reafirma el principio de irretroactividad, al formular que *“Las leyes civiles no tienen efecto retroactivo, a menos que en ellas se disponga lo contrario por razones de interés social o utilidad social”*. Así, la irretroactividad de la norma civil, admite, aunque como excepción, supuestos concretos de casos de retroactividad de dicha norma. Por ello se aduce y, con razón, que la irretroactividad como principio, hay que entenderlo en un sentido subsidiario, o sea, sólo encontrará aplicación cuando la ley nueva nada haya establecido sobre su posible efecto retroactivo, si bien un pronunciamiento en este sentido, tendría carácter excepcional.

Este criterio, como sostienen Díez-Picazo y Gullón, general y subsidiario de la irretroactividad, puede considerarse como el criterio más justo y acorde con las exigencias de la seguridad jurídica, al respetar el poder del legislador para ordenar la aplicación de la norma al pasado, siempre dentro de los límites que establecen la Constitución y el Código Civil⁴. A tal fin, tanto la Carta Magna como el Código Civil, ponen como valladar a la aplicación, con carácter retroactivo de las normas jurídicas civiles, el criterio de utilidad e interés social, en franca armonía con el principio de seguridad jurídica, una de cuyas expresiones más elocuentes lo es la irretroactividad de la norma jurídica, nada más justo que si la seguridad comporta la certidumbre del Derecho que resulta aplicable, nada más adecuado entonces que el Derecho a aplicar a un acto jurídico sea el que, en consecuencia, esté vigente al momento en que fue realizado tal acto.

Controvertido también ha resultado el determinar si ese “disponer lo contrario” respecto de la norma jurídica en cuestión a que aducen, tanto la Carta Magna como el Código Civil, ha de ser expreso o tácito. Si bien, la propia doctrina que ha estudiado el tema en España, e incluso la jurisprudencia, han dado cabida a una retroactividad tácita, cuando así se infiera del

⁴ Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, reimpresión de la 8ª edición española por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana a fines didácticos, s. l, s. f.; p. 114

espíritu y finalidad de la norma en cuestión, la obviedad del subjetivismo y arbitrariedad que ello conllevaría pondría en alerta máxima el principio de seguridad jurídica, al poder resultar quebrantados los derechos adquiridos al amparo del acto ejecutado, vigente la norma anterior. Por ello se considera más atinado el exigir que la aplicación retroactiva de una norma civil, sólo operaría cuando el legislador de la nueva norma así lo haya establecido expresamente, sin necesidad de interpretaciones que puedan conmocionar la estabilidad del ordenamiento jurídico⁵.

En relación con la aplicación retroactiva de las normas jurídicas civiles, ello supone que la ley nueva se va a aplicar a hechos o actos jurídicos realizados o situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la ley antigua. Empero, tal aplicación permite una gradación, así:

- a) *Retroactividad de grado máximo*: opera cuando la ley nueva se aplica a la relación o situación básica, creada bajo el imperio de la ley antigua, y en cuanto a todos sus efectos, ya consumados o no consumados, *v. gr.* intereses ya pagados.
- b) *Retroactividad de grado medio*: en este caso la nueva ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que aún no se hayan consumado o agotado, *v. gr.* Disposiciones Transitorias Cuarta⁶, Quinta⁷ y Sexta⁸ del Código Civil.

⁵ En este sentido *vid.* el parecer de Díez-Picazo, L. y A. Gullón, *Sistema de Derecho... I, cit.*, p. 116.

⁶ De conformidad con dicha Disposición Transitoria los términos de caducidad y de prescripción, nacidos al amparo de la vieja ley (el Código Civil español), se adecuarían a los términos establecidos por el Código Civil cubano, a partir de su vigencia en 13 abril de 1988. De suerte que el Código Civil estableció la aplicación retroactiva de la prescripción y caducidad más breves, pues la parte de los plazos o términos pendiente de transcurrir al entrar en vigor del Código, mantendría su validez, pero sólo siempre que no excediera de los términos establecidos en dicho Código, así, *v. gr.* si a la entrada en vigor del nuevo Código ya habían transcurrido dos años para el propietario de un bien mueble a fin de ejercitar la acción reivindicatoria de dicho bien frente al poseedor, sólo le quedaría a su favor un año más al amparo del artículo 115 del vigente Código Civil y no cuatro años más, como hubiera tenido, de haberse mantenido en vigor el ya abrogado Código Civil español que en su artículo 1962 establecía un término ordinario de 6 años para ejercitar la acción reivindicatoria sobre bienes muebles.

⁷ La citada Disposición Transitoria, permite que el testamento otorgado al amparo de la legislación anterior, viviera o no el testador al momento de la entrada en vigor del nuevo Código Civil mantenga su validez conforme con dicha norma, empero siempre que no contravenga la nueva norma. De ser así, resultaría ineficaz en lo que se opusiera. *V. gr.*, el testamento cerrado otorgado al amparo de los artículos 706 y siguientes del Código Civil español es válido, no obstante, no admitirse en el Código Civil cubano, según lo dispuesto en el artículo 483, no así la condicionalidad o la sujeción a término de la institución de heredero o del legado permitidos bajo lo dispuesto por los artículos 790 y 805 del clásico Código español, al estar prohibidas hoy por los artículos 481 y 496.1, respectivamente, del Código Civil cubano.

⁸ Dicha Disposición Transitoria, también reguladora del Derecho Transitorio Sucesorio permite la aplicación

- c) *Retroactividad de grado mínimo*: la ley nueva se aplica a las situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo respecto de los efectos futuros, o sea, de los efectos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor, *v. gr.*, Disposición Transitoria Primera del Código Civil⁹.

Especial detenimiento merece la intelección del sentido de la Disposición Transitoria Quinta del vigente Código Civil cubano que ofrece en la aplicación del Derecho sucesorio cubano particulares ribetes. Como se acaba de exponer, el legislador de 1987 se afilió en este orden a la tesis de la retroactividad de grado medio, pues los efectos jurídicos de los testamentos otorgados, vigente el Código Civil español de 1889, hecho extensivo a Cuba, conservan su validez, siempre y cuando no se opongan a lo previsto en el Código Civil cubano, lo que se refuerza por la Disposición Transitoria Sexta que hace que las sucesiones abiertas al amparo del Código abrogado, deferidas, pero aun no adjudicadas, se tramiten por las normas del nuevo Código Civil, lo cual da al traste con toda lógica jurídica y con la posición adoptada por la mayoría de los códigos civiles y leyes especiales en materia sucesoria, que garantizan los derechos adquiridos a la muerte del causante, teniendo en cuenta que en los ordenamientos que se inscriben en el sistema romano-francés, prevalece el criterio *tempus regit actum*, a cuyo tenor la ley de la sucesión, es la vigente, no al momento de la adjudicación, sino al momento de la apertura de la sucesión, que se hace coincidir con el de la muerte. A fin de cuentas, la aceptación tiene en estos ordenamientos jurídicos efectos *ex tunc*, como vía de justificar que entre causante y causahabiente no hay solución de continuidad, el segundo es el *alter ego* del primero, posición animista que se defendía en tiempos del Derecho romano.

Adempero, el Código Civil cubano rompe bruscamente con este criterio, lo cual ha conllevado a un necesario “ajuste” de los títulos sucesorios formados al amparo del Código Civil español, con notoria incidencia en la sucesión *ab intestato* y que durante la primera década de vigencia del Código Civil supuso

retroactiva a los derechos a las herencias ya causadas, o sea, deferidas pero aún no adjudicadas, cualquiera fuera la fecha de fallecimiento del causante, anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma nueva, por lo que los títulos sucesorios *ab intestato* tramitados bajo la cobija del Código Civil español necesariamente tendrán que ser adecuados a los órdenes previstos por la nueva ley.

⁹ Precisamente esta Disposición Transitoria hace aplicable el nuevo Código Civil a los efectos posteriores a la vigencia de la nueva ley, de aquellas relaciones jurídicas civiles, hecho causal de tales efectos, nacidas estas, vigente la norma abrogada.

una continua construcción sucesoria del notario o del juez, encargado de la formación del título de adjudicación de la herencia, conculcando, a nuestro juicio, los derechos adquiridos, al amparo del Código Civil español, reforzado por el propio Código Civil cubano que en su artículo 522 deja esclarecido que los derechos a la sucesión se adquieren a la muerte del causante, si bien previa adición de la herencia (*vid.* artículos 524 y 527.2). Ello reforzado por la Circular de 16 de marzo de 1988 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia que estableció el procedimiento por el que a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Civil, se tramitarían en las notarías los expedientes de declaratorias de herederos y las adjudicaciones hereditarias (*Vid.* Anexo).

Es dable apuntar que la referida Circular se enfocó mucho más a los supuestos de títulos sucesorios *ab intestato* que a los de naturaleza testamentaria, respecto de lo cual centramos la atención en el presente.

De una interpretación integradora de las disposiciones transitorias Quinta y Sexta del Código Civil y de la referenciada Circular, cabe concluir que, según el dictado del nuevo Código Civil, los testamentos otorgados al amparo del Código Civil español tendrían un control *ex post* a los fines de determinar que las instituciones contenidas en dichos testamentos no contravinieran las normas prohibitivas o imperativas reguladas en el Código Civil cubano, en lo cual juega un papel esencial la legítima, que de legítima clásica, regulada en el Código Civil español, no concurrencial y de cuantía variable (según la concurrencia del tipo de legitimario), pasa a ser una legítima asistencial, excepcional, tuitiva o protectora, transitoria e intransmisible como tendremos ocasión de explicar, lo que conlleva a que se reduzca notoriamente el número de legitimarios, a quienes no les es suficiente probar la condición de pariente o cónyuge respecto del testador, sino las cualidades o condiciones de naturaleza objetiva, a saber: la no aptitud para trabajar y la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. Entendida la primera como la imposibilidad física o psíquica de un sujeto para realizar por sí mismo una labor productiva que le permita vender su fuerza de trabajo y recibir a cambio una remuneración con la que pueda obtener los recursos mínimos monetarios para emprender una vida económica con la solvencia necesaria, en tanto la segunda, como aquel estado de déficit económico, motivo por el cual el sujeto dependiente requiere del sujeto que brinda apoyo económico. En fin, como ha dicho el Alto Foro “*la dependencia económica representa la sujeción monetaria de una persona respecto a otra, en este caso en relación*

con el causante de la sucesión (...)” (Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009. Segundo Considerando. Ponente Díaz Tenreiro),

Al seguir este hilo conductor, el testamento otorgado por un cubano en España, al amparo del Código Civil vigente en aquella fecha, que casualmente era el español, con las reformas introducidas en Cuba *a posteriori*, las que en esencia no alteraron los pilares del Derecho sucesorio, tiene que “ajustarse” a los dictados del Código Civil cubano en el que la condición de legitimario asistencial es excepcional. Por naturaleza, la mayoría de las personas que hoy habitan el planeta no son personas vulnerables económicamente, ni con discapacidad, ni dependientes económicamente. La interpretación jurisprudencial de casos resueltos en este orden no es despreciable¹⁰. En el preámbulo del Código Civil y a modo, si se quiere decir de interpretación auténtica, el propio legislador hace referencia a ello cuando expresa: “... *en el ámbito del Derecho hereditario, (se) establece la libertad de testar, que solo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador*”, o sea, el principio que incardina el Derecho sucesorio cubano es el de la libertad de testar, la limitación de esta es excepcional, pues excepcional también lo es la condición de legitimario, al cualificarse esta y ser de apreciación judicial o notarial el cumplimiento, a la muerte del testador, de los presupuestos para revestirse de esta condición o cualidad. Acentuada además por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, entre las que destacan la Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart) al expresar que “... *debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte*”. Ello nos indica que para reclamar la legítima, en fecha posterior al 13 de abril de 1988, en que entró en vigor el Código Civil cubano, se requiere insoslayablemente del cumplimiento de los requisitos que para estar revestido de la condición de “heredero” especialmente protegido exige el Código Civil, de modo que no es suficiente con que el testador haya reconocido como legitimario a quien al momento de otorgar el

¹⁰ Coligese de la última edición del *Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Félix Varela, La Habana, 2014, y de las acotaciones jurisprudenciales a los artículos 492, 493 y 495 que en él se contienen.

testamento tenía esa condición, según el dictado del Código Civil español, sino quien a partir de esa fecha, no sólo era pariente o cónyuge del testador, y a su vez, dependía económicamente del causante y no estaba apto para trabajar. Y ello con independencia de la fecha en que acaeció el deceso del testador, ya lo haya sido vigente el Código Civil español, o el cubano (como en el caso que fue en el 2005), si, en el primer supuesto, no le alcanzó el tiempo para tramitar la adjudicación hereditaria, pues estaría incurso en la transitoriedad a que se refiere la Disposición Sexta, tantas veces aludida del Código Civil cubano.

De igual forma, si de los legitimarios reconocidos, solo uno de ellos revestía, al momento del deceso del testador, las cualidades reguladas por el Código Civil, solo éste tendría derecho a reclamar la legítima, la cual tendría que ajustarse en su proporción a la fijada por el Código Civil cubano, o sea, la mitad, y no los dos tercios, en el supuesto de que los legitimarios (como en el caso sujeto a examen) lo fueran los descendientes. Nuevamente se impone el ajuste de las disposiciones contenidas en el título sucesorio testamentario a las exigencias del Código Civil de 1987.

Al atribuírsele en el testamento al cónyuge el tercio de libre disposición en concepto de legado, el testador no estaba más que respetando la norma vigente en Cuba sobre la materia a la fecha, que era el Código Civil español. De las disposiciones testamentarias se colige que el testador atribuyó la legítima larga a sus descendientes, con el gravamen a favor de la cónyuge del usufructo de todos los bienes sobre los cuales aquellos recibirían la nula propiedad, con imposición de una cautela soccini de opción compensatoria de la legítima, con la condena, de no admitir la cautela, de recibir tan solo la legítima estricta, o sea, el tercio que a tal fin debe atribuir el testador al legitimario, en razón de la naturaleza de legítima *pars bonorum*, y negativa o de freno que tiene la legítima española. Al instituir el testador a los hijos como herederos en la cláusula segunda del testamento, no hace más que cumplir con el deber de legítima, pues como herederos voluntarios no les quiso beneficiar, al atribuirle el tercio del cual solo podía disponer libremente a su esposa, de lo que se infiere, que la única beneficiaria, a título voluntario, nombrada por el testador, lo fue su esposa, en concepto eso sí de legado, al serle posible en aquel momento disponer solo de un tercio de su caudal patrimonial. *Ergo*, de no existir al momento de deferir la sucesión, coincidente con el fallecimiento del causante (en el 2005), legitimarios que cumplieran con los requerimientos exigidos por el artículo 493 del vigente Código Civil cubano, desaparece el gravamen que la legítima significa para la libre disponibilidad del patrimonio

hereditario, o sea, el freno que esta importa para la libertad de testar, por lo que ha de entenderse que esa parte de libre de disposición que en un inicio era de un tercio, se extiende al todo hereditario, por lo que al momento del deceso del testador, deviene su cónyuge en única y universal heredera de este. Interpretación que permitiría ejecutar el testamento conforme con la hipotética voluntad del testador y según el principio *favor testamenti*¹¹.

Para abundar, cabe explicar en qué consiste la legítima asistencial, cuáles son sus caracteres y qué requisitos exige el Código Civil cubano para adquirir tal cualidad, al momento del deceso del testador, preciso instante que ha fijado el Tribunal Supremo para entender que se cumplen dichos requisitos a modo de yuxtaposición.

El Código Civil de 1987 se caracterizó por el laconismo exacerbado de sus preceptos, el empleo de conceptos válvulas, destinados a ser aplicados por jueces con una fértil “imaginación”, a partir del empleo de los distintos métodos hermenéuticos, con los cuales develar el secreto de esos trazos de pintura abstracta de finales del siglo XX, cuya interpretación depende del perfil desde el cual se le mire. El legislador no completó la obra, la dejó en manos de los jueces y de los demás aplicadores del Derecho, en la que la doctrina científica ha desempeñado un rol significativo, tenida en cuenta incluso por el juzgador en algunas de sus sentencias relativas precisamente a este tema en las que se apoya en su argumentación jurídica¹².

¹¹ En la doctrina italiana, Fiore, Pascuale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*, traducida del italiano por Enrique Aguilera de Paz, 4ª edición, 1ª reimpresión, Reus, Madrid, 2009, p 273, arguye que: “Suponiendo que con arreglo a la legislación vigente al tiempo de hacerse el testamento la cuota disponible libremente por el testador fuera de un tercio de los bienes hereditarios, y según la ley vigente en el momento del fallecimiento se hubiese aumentado a la mitad, ¿deberá en este caso adjudicarse al favorecido por la disposición testamentaria la tercera parte o la mitad de la herencia? Como dice Demolombe, este supuesto sería uno de los casos en que debe interpretarse, con arreglo a los términos del testamento, la intención del testador, para deducir por ella si la voluntad fue la de dejar a la persona llamada al goce de dicha liberalidad todo aquello de que pudiera disponer libremente con arreglo a la legislación que estuviere en vigor al fallecimiento, o sólo aquella porción determinada de bienes que autorizaba la ley vigente al tiempo de hacerse el testamento. En caso de duda, consideramos bien fundada la opinión de Bianchi, quien entiende que, según los principios del derecho común, debe ser aplicada la ley que rija el día en que se abre la sucesión, confiriéndose en su consecuencia al favorecido por la liberalidad del testador toda aquella cuota de bienes de que pudiera disponerse con arreglo a dicha ley, a no ser que se probase suficientemente que no quiso exceder en dicha liberalidad la cuota que autorizaba la ley entonces en vigor, y que su intención fue sólo transmitir al llamado a su goce aquella porción determinada de bienes y no otra”.

¹² Vid. entre otras, en la interpretación del artículo 493 del Código Civil, Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009, segundo Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente Díaz Tenreiro) y en sede de preterición (artículo 495 del Código Civil) la Sentencia No. 317 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente González García), Sentencia No. 828 de 23 de noviembre del 2004, único Considerando y Sentencia No. 768 de 30 de noviembre del 2005, Único Considerando, ambas de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente Díaz Tenreiro).

Cabe entonces sustentar que los denominados “herederos” especialmente protegidos nacen a la palestra legal, como sustitutivos de los “herederos” forzosos reconocidos en el artículo 807 del Código Civil español, a la postre, abrogado. Tienden a proteger a personas con dependencia económica, vulnerables económicamente, con ciertas discapacidades que le llevan a una falta de aptitud para trabajar, dentro de un círculo parental y conyugal que no se distancia en nada del enunciado en el mencionado artículo 807, pero al introducir los dos requerimientos a modo de *conditio iuris*, que más de una vez ha provocado un verdadero quebradero de cabeza, a saber: la dependencia económica del causante y la falta de aptitud para trabajar, deja en manos de los operadores del Derecho su exégesis (esencialmente de los jueces), quienes tienen que seguir completando trazos, para culminar la obra inconclusa del legislador. De esta manera la figura de los “herederos” especialmente protegidos, no es únicamente de contornos o perfiles legales, sino también de constitución jurisprudencial, con el sentido que suele darle la academia cubana a este término, que no supone *recta vía*, lo que en esencia es la jurisprudencia¹³. No se es especialmente protegido solo por determinación legal, sino esencialmente por determinación judicial e incluso notarial. Las bases de esta determinación las da la ley, pero su contenido se colma por la labor de los intérpretes. Los requerimientos de la figura, a modo de *conditio iuris* han sido perfilados por los jueces en los años de vigencia del Código Civil, con el aditamento, nada pueril, de la doctrina científica, nacida en esencia desde la cátedra universitaria que ha puesto lienzo y pincel en una obra pictórica de hondo calado humano.

Si bien es cierto que el legislador del Código Civil de 1987 en modo alguno emplea el término legítima para hacer referencia a la parte del patrimonio hereditario destinada a determinados sujetos, calificados como legitimarios, pero denominese legalmente o no, legitimarios, se ha demostrado en estos años que esa parte inamovible, tutelada por normas de *ius cogens*, de necesaria atribución por el testador, ya sea a título *inter vivos* o *mortis causa* (colígese del artículo 494 del propio Código Civil) y no necesariamente por herencia, es lo que el legislador español denominó legítima (*vid.* artículo 806), a tono con otros ordenamientos jurídicos, contemporáneos o no del legislador español, y con el propio legislador cubano un siglo después, y que situó en el mismo orden que el anterior, solo con la posición más aparente que real, de

¹³ *Rectius*, interpretación jurisprudencial.

no atribuirle una denominación propia desde el Derecho vigente. Pero ¿es el *nomen* de una institución el que le atribuye el ser a la institución? ¿No sería en todo caso la naturaleza de las cosas de la que hay que derivar su propia razón de existencia para una adecuada ubicación en la red de instituciones jurídicas? ¿No es el legislador quien le impone al testador su reconocimiento en el propio acto testamentario, sin importar la causa de atribución de esa parte del caudal patrimonial? ¿No se protege esa cuota aun por normas reguladoras de las donaciones, que las califica de inoficiosas cuando la liberalidad se excede de lo que pueda darse o atribuirse por testamento, cualquiera haya sido la fecha de otorgamiento de la donación, incluso en una fecha en la que aún no se tenían especialmente protegidos, si a la muerte del otrora donante sobrevienen especialmente protegidos? Todas las interrogantes apuntan a que, sin dudas los denominados “herederos” especialmente protegidos, son tan legitimarios, como en su día lo fueron los “herederos” forzosos. Unos y otros son tan necesarios, tan forzosos, tan impuestos, con la peculiaridad que la legítima que se atiende por el legislador del Código Civil cubano tiene corte asistencial, o sea, se trata de un sujeto en que los vínculos de sangre y conyugales importan, pero no son suficientes *per se* para arroparse de la condición de legitimarios.

El legislador patrio, en fecha tan temprana, como 1987, dio el salto cualitativo que hoy 28 años después se reclama por la doctrina científica, incluso en reuniones o congresos internacionales¹⁴: La necesidad de reformar el sistema legitimario en Iberoamérica, en pos de una legítima de nuevo corte, con una función social que justifique su pervivencia, una legítima de naturaleza asistencial que dinamice las sucesiones y que atienda las necesidades del individuo, más allá del mero tránsito intergeneracional de la riqueza y del patrimonio familiar, en que se ha visto sustentado el Derecho de sucesorio por causa de muerte. Se trataría de una parte del patrimonio hereditario con una función social, incardinada a satisfacer urgentes necesidades de contenido económico que si bien no supondría que ese sector más necesitado de la familia pueda vivir con holgura económica, tras la muerte de quien hasta ese momento era su principal sostén, al menos pueda constituir un paliativo en este orden.

¹⁴ Ejemplo de ello lo fue la XV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada a finales de mayo, de 2012, en Madrid. En efecto, una de las conclusiones (la número 6) de la Comisión No. 3 que se dedicó al estudio del Derecho de personas, familias y sucesiones. Experiencias en Iberoamérica, se ha dejado dicho que “Se sugiere revisar la función y cuantía de las legítimas hereditarias, privilegiando la libertad del testador y salvaguardando su aspecto asistencial”.

Sin bien los primeros comentaristas del nuevo Código Civil cubano obviaron el término legitimario para hacer referencia al perceptor de esta parte del patrimonio hereditario, esta reticencia fue cediendo con el paso del tiempo y por el peso de los argumentos que la doctrina científica ulterior esgrimió a favor de la denominación. Posición que encontró eco en las sentencias del Tribunal Supremo primero¹⁵ y luego de los tribunales provinciales¹⁶ e incluso en algún dictamen de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia¹⁷.

4. ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN A LA LEGÍTIMA REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO DE 1987

En primer orden nuestra legítima es de naturaleza *excepcional*, por las razones ya apuntadas. Es *tuitiva* o *protectora*, quien percibe la legítima, a diferencia de cualquier otro legitimario lo es no solo porque es perceptor de una parte del acervo hereditario, como *pars bonorum*, como comunero hereditario, con derecho a una parte del activo hereditario. No se trata de un acreedor, ni tampoco de un alimentista. Su condición de legitimario tiene un fin tuitivo, protector en razón o bien de una discapacidad permanente de tipo intelectual de moderada a severa, o de una discapacidad sensorial o física o psíquica, de moderada a profunda que le impida ejercitar sus potencialidades y capacidades, de modo que en comparación con los demás pueda obtener recursos económicos que le permita satisfacer sus más apremiantes necesidades económicas, o haya recibido por otros conceptos como el de herencia o de donación, un patrimonio con entidad suficiente para la satisfacción de esas necesidades que a nuestro juicio pueden ir más allá de aquellas propias, vinculadas con los alimentos en un concepto técnico, sino que podrían entenderse en la satisfacción de

¹⁵ Califica la existencia de una legítima a favor de los "herederos" especialmente protegidos, la cual ha de mantenerse íntegra, en respeto a su intangibilidad cuantitativa la Sentencia No. 314 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente González García). Con similar sentido, en un supuesto de preterición, la Sentencia No. 317 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando (ponente González García) de la propia Sala. Alude como legitimarios al referirse a los "herederos" especialmente protegidos en un caso relativo a la inoficiosidad de las donaciones la Sentencia No. 58 de 23 de marzo del 2009, primer Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente González García). Para hacer referencia a la preterición de los legitimarios, de la propia Sala, la Sentencia No. 395 de 27 de diciembre del 2010, único Considerando (ponente Acosta Ricart).

¹⁶ En un supuesto también de preterición se hace alusión al deber de legítima en la Sentencia No. 13 de 26 de marzo del 2010 (proceso ordinario), tercer Considerando, de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Insua Gamboa).

¹⁷ Así, a guisa de ejemplo el dictamen No. 1/2010 de 12 de febrero, sobre la posibilidad de que el caudal hereditario deferido a la muerte de una persona, pueda adjudicarse por sus herederos a través de varias escrituras públicas.

necesidades espirituales y estéticas del individuo que le permitan su integración como un ser social más.

No es una condición que esté vinculada con exclusividad con la sangre o el matrimonio, aunque la una o el otro, sean un presupuesto, a modo de alternativa, que hoy por hoy, resulten *sine que non*, para superar el test de la especial protección. Hay que probar, que además de tales requerimientos se cumplen los otros dos, a modo de yuxtaposición, según la exigencia que con tono imperativo reclama el legislador del Código Civil en los pocos trazos de su boceto y en lo que tantas veces ha insistido el Tribunal Supremo en los razonamientos de los considerandos de sus sentencias en función develadora del rostro de la figura en estudio. En su Sentencia No. 232 de 24 de marzo del 2003, primer Considerando (ponente Acosta Ricart), se deja sentado que la recurrente “... *no aportó ninguna prueba encaminada a demostrar tener tal cualidad, pues debe señalarse que en su caso no basta con ser la cónyuge sobreviviente del mismo, sino además no estar apta para trabajar y haber dependido económicamente de aquel (...)*”. Luego, mucho más explícito en la Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando, de la propia ponente, al dejar sentado que “... *la aplicación del precepto señalado como infringido (artículo 493) requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto (...)*”.

Cabe también apuntar su naturaleza *transitoria*. Las circunstancias que cualifican la condición de legitimario asistencial, son por regla general transitorias, como lo es la minoridad o como lo pueden ser ciertas discapacidades o la situación de dependencia o vulnerabilidad económica. Incluso personas con discapacidad intelectual severa o profunda, pueden depender económicamente de una persona y en un momento dado, cesar esa dependencia por disponer de un patrimonio que en el orden económico le permita tener cubiertas todas sus necesidades. No necesariamente hay perennidad en la cualidad de legitimario asistencial, y aun siendo esta continua, a la muerte de ese sostén económico, se dependerá económicamente de otra y así sucesivamente. Se tratan de circunstancias coyunturales, temporales, que se deben hacer coincidir con el momento del fallecimiento de aquella persona de la cual se reclama la condición de legitimario y, en consecuencia, la legítima que en Derecho le corresponde. *V.gr.*, durante la minoridad

se es especialmente protegido con respecto de ambos progenitores y esta circunstancia pudiera sobrevenir otra vez al arribarse a la mayoría de edad, cuando por no haberse vinculado laboralmente, deviene cierta enfermedad con efectos discapacitantes que hace a la persona que hasta ese momento ya había dejado de serlo por haber tenido aptitud para trabajar, nuevamente dependiente económicamente de su progenitor o progenitora, o de ambos a la vez. Esto hace intermitente la condición, *ergo*, más controversial en algunos casos su apreciación judicial.

Criterio que ha sido también compartido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo al apreciar los requisitos exigidos *ex lege* para adquirir la condición de especialmente protegido. En su Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009, segundo Considerando (ponente Díaz Tenreiro), la Sala expresa que para que el tribunal aprecie la condición de especial protección, amén del vínculo parental o conyugal con el causante “... se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar, –lo que le incorpora cierto carácter transitorio–”, ello apoyado en la doctrina científica que se había pronunciado con anterioridad, entiéndase esta transitoriedad como temporalidad, eventualidad. Ese carácter transitorio que como expresamos debe subsistir al deceso del testador, lleva consigo el control *ex post* por parte del notario o del juez al momento de la partición y adjudicación de la herencia, del cumplimiento de los requisitos para obtener la especial protección como también ya se ha explicado¹⁸, y que no es superable por un acuerdo entre los herederos concurrentes, aun cuando admitan que quien, reconocido como especialmente protegido por el testador por reunir en aquel momento todos los presupuestos para revestirse de esta condición, pueda adjudicarse la legítima aun y cuando a su deceso no se cumplan con todos y cada uno de dichas exigencias, pues la sola voluntad de los herederos o legatarios concurrentes no puede hacer especialmente protegido a quien *ex lege* no lo es al deceso del testador. Si cesaron los presupuestos legales antes del deceso del testador, también finiquitó la especial protección. Las normas de *ius cogens* no son moldeables por la voluntad de los herederos, ni tan siquiera por la del testador que no le es dable impedir ese control *ex post* por parte del notario o del juzgador.

¹⁸ *Vid.* sobre el tema Pérez Gallardo, Leonardo B., “Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia No. 218 de 31 de mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, pp. 5-17.

La cualidad o condición de legitimario asistencial se hace depender de muy particulares circunstancias que se dan en el sujeto. El legislador le atribuye un carácter excepcional, en consecuencia es *intransmisible*. Si se tenía esa cualidad al momento del deceso del testador y se fallece después, entonces por mal que nos pese, se entiende adquirido el derecho y transmitido a sus respectivos herederos, ya que se ha incorporado previamente en el patrimonio del fallecido. Entenderlo de otra manera supondría adherirnos a la tesis que hoy, no negamos pudiera tener defensores, de entender adquirida la cualidad o la condición de legitimario asistencial si los requisitos que le sustentan se tienen no solo a la muerte del testador, sino aún después, al momento de la adjudicación hereditaria, pero ello supondría subjetivizar demasiado la apreciación notarial o judicial del cumplimiento de tales requerimientos y hacerlos depender no de un hecho tan palpable y objetivo cual es la muerte de una persona, y sí del cumplimiento de ciertos requisitos formales o de legitimación que se hacen necesarios para fallar un proceso judicial o autorizar una escritura pública de adjudicación hereditaria, y que pueden ser de tan diversa índole que sería necesario una investigación *ad hoc* solo para hacer un inventario de ellos, que además pueden escapar de cualquier grado de diligencia —aún el máximo—, que pudiera exigírsele al pretense legitimario en hacer efectivo cuanto antes el revestimiento de su condición de especialmente protegido. En conclusión, consideramos justo que se fije como momento para apreciar la especial protección el del deceso del testador, lo cual motiva que ha de entenderse adquirida la cualidad en ese momento¹⁹, lo que acontezca después no sería privativo de la pérdida

¹⁹ Resulta interesante la Sentencia No. 46 de 29 de enero de 1999 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo que motivó un comentario, en un supuesto muy peculiar en que los extremos enjuiciados era si la condición de especial protección que dispensa la ley a los padres del causante (en la sucesión *ab intestato* según artículo 516 del Código Civil) puede reconocerse aún después del fallecimiento de éstos, y en consecuencia si es transmisible *via mortis causa* a los herederos testamentarios instituidos por los padres con especial protección en sus actos de última voluntad, la atribución patrimonial de que son merecedores en la sucesión intestada, a la muerte del hijo del que dependían económicamente, dada su falta de aptitud para trabajar. En la ocasión, la Sala deja sentado que la institución de los herederos especialmente protegidos es propia de la sucesión testamentaria. En la sucesión *abintestato* sólo se les reconoce a los padres con especial protección (dependientes económicamente del causante y no aptos para trabajar) el derecho de ser incluidos como un heredero más en el primer llamado, derecho que tiene un carácter personalísimo al estar indisolublemente ligado a su titular, a los fines de tutelarlos patrimonialmente, no siendo, en consecuencia, dable su reconocimiento después de su muerte, como pretendía la heredera testamentaria de la madre con especial protección que no había sido incluida como tal en la declaración de heredero *ab intestato* del hijo, a pesar de que ciertamente lo era. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia No. 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, No. 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000, pp. 6-25.

de la adjudicación hereditaria, salvo la aplicación del artículo 470 del vigente Código Civil o la del artículo 2 de la Ley 989/1961 por razones que también hemos explicado en trabajos anteriores y que vienen de la mano de circunstancias de naturaleza meramente políticas que rebasan cualquier interpretación jurídica *stricto sensu*²⁰.

Por esencia, el derecho a ser reconocido como especialmente protegido es *renunciable* desde la muerte del causante de la sucesión, el legitimario asistencial puede renunciar al derecho deferido a su favor, ya sea a título de herencia, o lo haya sido a título de legado (*vid.* artículos 524, 527 y 504 del Código Civil), siempre que lo haga en el plazo de ley, que para el legatario se aplica por analogía *legis* el mismo del artículo 527.1 a).²¹ Nada le priva renunciar a la legítima. Renunciado el derecho del legitimario, desaparece el peso que gravita sobre los herederos voluntarios instituidos o legatarios nombrados que pueden adjudicarse la herencia o adquirir el legado, en tanto que se entiende que la libre disposición del causante es el todo del caudal patrimonial, sin nada que penda en contra, dado que no hay legítima que atribuir al haber renunciado, lo cual lo pueden hacer ante notario, siempre que este, tras el control *ex post* del cumplimiento de los requisitos de especial protección, compruebe que en efecto quien concurre ante él para renunciar a su condición de legitimario, realmente lo es, esto es que está legitimado para renunciar porque realmente es un legitimario asistencial. De no cumplir al menos uno solo de los requisitos al momento del deceso del testador, no renunciaría, sino no tendría derecho a la legítima por no ser legitimario, circunstancia totalmente distinta, comprobable por acta de notoriedad.

Por ello reiteramos, es dable distinguir este supuesto de aquellos otros que también se han dado en la práctica notarial. Nos referimos al caso en que el legitimario con pleno derecho, por cumplir con los requerimientos legales al

²⁰ *Vid.* Capítulo IV "Constitución del derecho hereditario", en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 161-167; Pérez Gallardo, Leonardo B. "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004) en *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, pp. 68-76 y "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", en *Estudios...*, *cit.*, pp. 195-197.

²¹ *Vid.* también el dictamen No. 4/2008 de 15 de octubre, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia que interpreta las normas del Código Civil en materia de legados y que hace extensiva vía analogía *legis*, las figuras del acrecimiento y la sustitución vulgar, así como la transmisión del derecho a renunciar al legado, a favor de los herederos del legatario que muere sin haber ejercitado en tiempo dicho derecho. Se colige de tal dictamen, aunque no lo diga expresamente, que por analogía *legis* es aplicable el plazo de caducidad establecido para la renuncia a la herencia, a la figura del legado. *Vid.*, en concreto APARTADO 11º.

deceso del testador, decide renunciar a la legítima, amparado en el artículo 5 del vigente Código Civil que permite la renuncia de los derechos que reconoce el propio Código, siempre que con ello “*no redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero*”, lo cual es perfectamente lícito, pues a nadie se le puede imponer la adquisición de un derecho en contra de su voluntad. El renunciante lo podrá hacer en escritura pública de renuncia a la legítima, siempre que pruebe su condición de legitimario, pues aun cuando tuviere interés en la renuncia, no escapa al control notarial del cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 493.1 del Código Civil, ya que de lo contrario sería nula la renuncia, en tanto hubiere renunciado quien no tenía derecho, por no ostentar al momento de la renuncia la condición o cualidad de legitimario. Incluso también lo podría hacer en la propia escritura de adjudicación hereditaria, interesada por los herederos voluntarios, en cláusula anterior, como paso previo a la adjudicación en favor de los herederos voluntarios, siempre que aporte las pruebas que permitieran al notario dar un juicio de legitimación del renunciante, esto es, que en efecto se trata de un legitimario del testador que en el acto pretende renunciar a la legítima deferida a su favor, con los efectos que en Derecho proceda.

No menos interesante para entender la figura es lo que ya apuntado sobre el control *ex post* del cumplimiento de los requisitos de la especial protección, vía notarial, al momento del deceso del testador. Precisamente en razón de lo que se ha venido explicando que los condicionantes o requerimientos legales para cobijarse en la condición de especialmente protegido en sede de legítimas han de cumplimentarse al momento del deceso del testador, compete al notario o al tribunal su control.

El notario tiene el deber de controlar el cumplimiento de los requisitos de la especial protección al momento del deceso del testador. No se trata de un acto que compete a la autonomía de la voluntad de los herederos. No puede olvidarse que la legítima comprime la parte de libre disposición, si no se tienen legitimarios, la libre disposición es el total del patrimonio hereditario del causante. Cuando éste les reconoce y les atribuye esa mitad lo está haciendo por respeto a la ley que le impone el deber de legítima, por ello lo atinado es que el testador diga en su testamento, que en la parte de libre disposición que tenga o que tuviere al momento de su deceso instituye y nombra como herederos universales o como legatarios, a las personas que él desee, o en todo caso, que exprese que en el todo de la herencia nombra como herederos a dichas personas, de modo que si al momento

de su muerte no hay legitimarios, el todo le corresponde a sus herederos voluntarios, que pueden coincidir perfectamente con los legitimarios que reconoció, de la misma manera que si no reconoció legitimarios, pero los instituyó herederos universales en el todo, no habría preterición, pues los tuvo en cuenta y le atribuyó bienes del acervo hereditario. Otra cosa sería, y es posible que suceda, que no les reconozca como especialmente protegidos y sí como herederos universales, pero al ser varios, *v.gr.*, en el caso de sus descendientes, los instituya a partes iguales, y por regla matemática a los que son legitimarios (minoría) les corresponde en total menos de la mitad, supuesto en el cual las propias matemáticas harían que los legitimarios afectados pudieran ejercitar la acción de complemento de legítima, bajo la cobija del artículo 494 del Código Civil, pero nunca la acción de nulidad de la institución de heredero *ex* artículo 495.1 del Código Civil, aun y cuando en el testamento no se haya hecho mención alguna de su cualidad de “herederos” especialmente protegidos, pues no habría preterición material, incluso ni formal, pues los tuvo en cuenta aunque no les hubiere nombrado como correspondía en Derecho²².

Existe, no obstante, la práctica notarial de atribuirles la mitad de la herencia al especialmente protegido y la otra mitad de libre disposición a los herederos voluntarios. En tal caso ¿qué acontecería si al momento del deceso del testador, ya los legitimarios reconocidos no son tales? Una interpretación del testamento pudiera afectar los derechos de los herederos universales a los que le fueron atribuidos la “mitad” de libre disposición, pues en ese momento, trascendental en sede sucesoria, no hay mitad de libre disposición, sino el todo, al no subsistir la legítima que frenaba la libre voluntad del testador. Una interpretación correctora del testamento –que asumimos para el caso sometido a consideración, con las particularidades que el Derecho transitorio importa en él–, permitiría su adecuada ejecución, entendiéndolo que el testador se refería a lo que resultare de libre disposición a su deceso, ya fuera una mitad o el entero. Situación más difícil operaría cuando la partición se hace en el propio testamento, de modo que el testador deja esclarecido qué bienes serían atribuidos al legitimario y qué bienes a los herederos voluntarios, ya que de no existir legitimarios a su deceso, en principio, dichos bienes no

²² *Vid. per omnia* en el Derecho cubano, Alfaro Guillén, Yanet, “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2012 (en biblioteca de dicha Facultad), *passim*.

acrecerían a los herederos voluntarios, pues la legítima y la libre disposición son partes determinadas del caudal hereditario que hace a sus beneficiarios dueños de un cuerpo cierto y determinado de bienes, presupuesto que haría inoperante las normas sobre acrecimiento hereditario (*vid.* artículo 471 del Código Civil). Tendría entonces que abrir la sucesión *ab intestato*, lo cual no necesariamente era la voluntad del testador, más bien diríamos que era lo contrario. Aquí juega un papel esencial la labor de asesoramiento del notario, dado que la gran mayoría de los testamentos que se otorgan en Cuba son notariales, no ológrafos, ni especiales. Es el notario quien tiene que moldear esa declaración postrera de voluntad que constituye el testamento. Nadie mejor que él para conocer agudamente las sucesiones *mortis causa* y redactar con pulcritud las cláusulas testamentarias. Como aduce Vallet de Goytisolo: “El notario puede intervenir en el *actum*, como asesor, como traductor jurídico de la voluntad empírica de los otorgantes y siempre es función suya la de redactor del *dictum*”²³. De ahí que, compete a él no solo traducir al lenguaje jurídico la voluntad del testador, sino también la de redactar en el instrumento esta voluntad con la mayor exactitud posible, conforme con los designios que ella exige.

En cualquier circunstancia, el control del cumplimiento de los requisitos de la especial protección es deber inexcusable del notario o del tribunal. No es posible que los herederos pacten sobre ello. Se trata de normas de *ius cogens*, el legitimario tiene derecho a la legítima no porque el testador quiere, sino porque al testador se lo impone el legislador. Si usted quiere que su hijo sea el heredero de todo su patrimonio y su hijo tiene 5 años de edad, además de reconocerle su condición de legitimario y atribuirle la legítima, debe nombrarlo como heredero universal en el todo de la herencia, de manera *alternativa, subsidiaria* y *previsora*. *Alternativa* porque usted está previendo que a su deceso ya su hijo no sea legitimario, *subsidiaria*, porque esta disposición está en correspondencia con su libérrima voluntad, con el Derecho dispositivo que, en materia de legítimas cede ante las normas imperativas que protegen los derechos de los destinatarios de esta y *previsora* porque como todo el contenido del testamento, el testador tiene que prever las circunstancias reinantes al momento de su deceso que pueden ser muy distintas a las existentes en el instante en que otorga el testamento.

²³ Vallet de Goytisolo, Juan B., “Determinación notarial del Derecho”, en *Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2006, p. 102.

Si como ha dicho el Tribunal Supremo a través de su Sala de lo Civil y de lo Administrativo, las normas sobre legítimas tienen un carácter excepcional en nuestro Derecho positivo, posición con la que estamos conteste, no puede admitirse ni en sede notarial, ni en sede judicial, que un sujeto reconocido como legitimario en testamento, pero que no cumple los requerimientos de ley al momento de la muerte de éste, se adjudique una herencia a la que no tiene derecho. Sencillamente carece de derecho subjetivo, porque perdió la cualidad de legitimario. Él no estaba reconocido como legitimario por entera voluntad del testador sino porque el legislador le impone al testador el cumplimiento del deber de legítima, so pena que se desate el espectro de sus acciones protectoras, tanto en el orden cuantitativo como en el orden cualitativo, con los efectos fatales que pudiera tener para la subsistencia de las cláusulas de contenido patrimonial el éxito de la acción reconocida en el artículo 495.1 del Código Civil.

El freno a la libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico no es regla, sino excepción. Si usted no tiene los legitimarios asistenciales a que alude el artículo 493.1 del Código Civil, usted puede testar libremente sobre el todo de su patrimonio, pero entiéndase que esta regla hay que interpretarla y aplicarla conforme con el momento del deceso del testador, no solo con el del otorgamiento. Si al otorgar el testamento no fue previsor y sobrevino un especialmente protegido que no lo era en el momento del otorgamiento del testamento, hay preterición formal y material y al haber preterición, tendría éxito la acción de nulidad de la institución de heredero, pero si al otorgar el testamento había un especialmente protegido, pero ya no lo era al momento del deceso del testador²⁴, cae la barrera que obstaculizaba la libre disponibilidad del patrimonio por causa de muerte, y el heredero voluntario tiene derecho a adjudicarse el todo del caudal hereditario porque esa fue la voluntad del testador cuando dispuso que su heredero voluntario, lo fuera, *v.gr.*, su hija y no su hijo, incluso en el supuesto en que el testamento haya sido otorgado al amparo del Código Civil español, pues necesariamente según los dictados de la Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta de dicho cuerpo legal, se impone la necesaria “adaptación del testamento” a las normas de un Código Civil que no pudo prever el testador. No obstante, siempre cabe la posibilidad de que por desconocimiento de nuestro sistema legitimario, lo

²⁴ *Vid.* el caso fallado por el Tribunal Supremo que motivó los comentarios del profesor Pérez Gallardo, publicados bajo el título: “Cumplimiento de los requisitos...”, *cit.*

resultaría en todo caso inexplicable, el notario no le hiciera esa advertencia al testador, pues hipotéticamente cabría que el testador sí quisiese que ambos hijos le heredaren, pero como uno era menor de edad, resolvemos con “equidad” la distribución del caudal patrimonial, atribuyéndole al legitimario la legítima que le compete (equivalente a la mitad) y a la heredera voluntaria la otra mitad. Posición que lacera y vulnera los derechos del testador, pues ni el hijo tendrá derecho perennemente a esa mitad, si no cumple con todos los requisitos legales que impone el legislador para erigirse en legitimario asistencial, ni la verdadera voluntad del causante fue esa, sino que en todo caso su hijo también heredase, por lo tanto lo atinado hubiera sido expresar en el testamento que de no reunir a su fallecimiento el legitimario los requisitos establecidos en la ley para arrojarse de tal cualidad, le instituye y nombra al igual que a su hija y a partes iguales en lo que resultare de libre disposición a su deceso, o (otra fórmula testamentaria) en el todo de la herencia.

5. EL CONTROL *EX POST* DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN, TANTO EN VÍA NOTARIAL COMO EN VÍA JUDICIAL

Se insiste en que no le es dable al notario autorizar una escritura de partición y adjudicación de herencia en que concurra un legitimario putativo, o sea, quien realmente no lo es por no reunir los requisitos legales al momento del deceso del testador, aun cuando haya pleno “acuerdo” entre los coherederos concurrentes, pues los herederos voluntarios no pueden contravenir las normas de *ius cogens* que regulan la legítima asistencial en nuestro ordenamiento jurídico. Si no se es legitimario, se carece de derecho subjetivo para reclamar la legítima, es como si los herederos de común acuerdo hicieran concurrir a la partición a una persona vinculada afectivamente con el testador pero no instituida por éste como heredero o legatario de parte alícuota. Recuérdese que el legitimario solo es reconocido por el testador, su configuración es legal, no voluntaria. El legitimario se aproxima así al heredero *ab intestato*.

¿Cómo puede operar el control notarial?

Pues se necesitará probar ante notario que el legitimario no reúne los requisitos de ley. Se necesitará la práctica de prueba testifical o documental. Por ello, resulta necesario la autorización, previa a la escritura de partición y adjudicación hereditaria, de un acta de notoriedad que pruebe que el

fallecido testador no tenía a su deceso “heredero” especialmente protegido alguno, en tanto él o los que fueron reconocidos en el testamento no reunían los requerimientos legales, incluso en el supuesto en que el testamento fuera otorgado bajo la cobertura del Código Civil precedente, pues en tales circunstancias habría que probar que los legitimarios reconocidos, lo eran conforme lo dispuesto en dicho cuerpo normativo, en que no se requería ni la inaptitud para trabajar, ni la dependencia económica del causante. Se trata de declarar la notoriedad del fallecimiento del testador sin legitimario como vía para hacer valer los derechos que le competen a los herederos voluntarios sobre el todo de la herencia sobre el cual pendía la legítima, a la postre inexistente. En tanto que, el artículo 103 b) del Reglamento notarial, en ocasión de regular este tipo instrumental de acta notarial, deja explícito que “*el Notario practicará o exigirá cuantas pruebas estime necesarias para comprobar la notoriedad pretendida*”. Sólo, tras la práctica de las pruebas pertinentes, podrá el notario dar el juicio de notoriedad requerido²⁵.

También se han dado casos en que el sujeto que no cumple con los requisitos para ser legitimario es el propio promovente del instrumento notarial. No se trata de una renuncia. Recordemos que renuncia el legitimario. Pudiera en tal supuesto el notario autorizar un acta de manifestaciones de parte, en la que la persona que había sido reconocida por el testador como legitimario y que al deceso de aquel no cumple con todos los requisitos legales, manifieste este particular ante notario competente, aportando a tal fin las pruebas que acreditan que, en efecto, o bien no dependía económicamente del causante (para lo cual adjunta documento acreditativo de su salario al momento del fallecimiento del testador) o tenía plena aptitud para trabajar (por ser mayor de edad, y en tal sentido lo acredita con la certificación de nacimiento o documento expedido por la Dirección de Seguridad Social, justificativo del cese de la pensión que por este concepto recibía al haberse incorporado al trabajo socialmente útil o a la empresa privada —dígase como trabajador por cuenta propia—).

²⁵ Como acertadamente apunta Chikoc Barreda "... el contenido del Acta de Notoriedad es complejo y está integrado por actuaciones del fedatario consistentes en acumular y valorar una serie de pruebas, de carácter documental y testimonial fundamentalmente, sobre determinados hechos que no le constan de ciencia propia, y que van dirigidas tanto a acreditar su realidad como su publicidad o notoriedad en el círculo limitado de personas a las cuales afecta, siendo el resultado final exteriorizar un juicio de valor por el Notario que incluso puede ser seguido de la declaración de derechos, lo que dota a esta acta de mayor grado de complejidad y especialidad en relación con otras". Vid. Chikoc Barreda, Naiví, "La actuación notarial en las actas de declaratoria de herederos", *Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, p. 36 (inédita).

Muy vinculado con los anteriores razonamientos, conviene esclarecer que el no cumplimiento de los requisitos de la especial protección exigidos por el legislador del Código Civil cubano, no implica en modo alguno la nulidad de la cláusula de reconocimiento de la especial protección de la persona o personas nombradas por el testador. Pudiera acontecer que quien, nombrado especialmente protegido por el testador al momento de otorgar testamento, no lo sea, al preciso momento del deceso del testador y no por ello es dable anular tal reconocimiento.

No se trata de anular o no esa cláusula testamentaria. Un endeble análisis del artículo 67 nos da la razón ¿Al amparo de qué apartado de dicho precepto legal se sustentaría tal nulidad? No se olvide que la acción de nulidad es de naturaleza excepcional. Los actos por naturaleza son válidos, no ineficaces (téngase en cuenta que la nulidad es un supuesto de ineficacia del acto jurídico), *ergo*, el no cumplimiento de los requisitos de la especial protección, no conlleva a la nulidad. En todo caso, sería inejecutable esa cláusula, en tanto la previsión del testador tendrá lugar en otro sentido, o sea, en la alternativa de que de no tener herederos especialmente protegidos, el todo de su patrimonio, que se hace coincidir con la parte de libre disposición, tendrá como destinatarias las personas previstas por él mismo para el supuesto de que a su muerte, de no haber reunido aquellas, existentes al momento de otorgar el testamento, los requisitos para ser legitimarias, ya no lo hubieran cumplido, o incluso, si se demostrara que al momento de testar, la persona reconocida por el testador en su testamento como legitimaria o especialmente protegida, no cumplía con los requerimientos impuestos *ex lege*, se trataría de una valoración inadecuada por parte del testador quien consideró a una persona como especialmente protegida, cuando en el orden de los hechos no lo era. No se puede olvidar tampoco que los presupuestos de no aptitud para trabajar y dependencia económica son de valoración o apreciación notarial o judicial, según corresponda, y no de mero capricho del testador. Por muy especialmente protegida que resulte una persona, a juicio del testador, si *a posteriori*, se prueba que no lo era, no tendrá derecho a la legítima. No obstante, algo tan sencillo como esto es resuelto por el testador, cuando al testar, de no tener —objetivamente hablando—, especialmente protegidos, puede hacerlo a favor de quien quiera, para lo cual no habría que acudir a la complicada figura de los especialmente protegidos para atribuirle, una mera mitad de su patrimonio, cuando a su favor tiene la libre disponibilidad de este para quien quiera, sin ninguna otra cortapisa legal.

La litis, una vez fallecido el testador, se traba en torno a si las personas o la persona reconocida(s) por el testador como especialmente protegida(s) cumple(n) con los requerimientos legales para serlo. Quien esté interesado en lo contrario debería sustentar como pretensión la atribución *in integrum* del caudal hereditario, por no existir legítimo, ya sea, porque nunca hubo la convergencia de los requerimientos legales del artículo 493.1 del Código Civil en la persona nombrada por el testador como especialmente protegida en su testamento, o porque habiendo cumplido con tales requerimientos al momento de testar, esto no se prolongó hasta el momento del deceso del testador, preciso instante que ha de tenerse en cuenta para ser arropado con la condición de legítimo.

En este orden no se concuerda con la solución dada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 475 de 4 de noviembre del 2011 de la que fue ponente Arredondo Suárez, que en su Considerando único de la primera sentencia, acoge el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la parte recurrente en el sentido de apoyar la errada tesis de este, a cuyo tenor al no demostrarse que la nombrada especialmente protegida por el testador no dependía económicamente de él (nuevamente con el argumento de la pensión ordinaria por edad a cargo de la seguridad social), anula la sentencia del tribunal de instancia y en su lugar dicta una segunda sentencia en la que en el fallamos aduce declarar “*CON LUGAR la presente demanda, en consecuencia se anula parcialmente el testamento notarial contenido en la Escritura Pública (...) otorgada el (...) por el causante (...), ante (...), Notaria (...), dejando sin efecto la designación de (...) como heredera especialmente protegida*”, o sea, acoge la tesis de la nulidad parcial del testamento por no reunir la condición de especialmente protegida la viuda del causante de la sucesión ya que al fallecimiento de su consorte gozaba de una pensión ordinaria por jubilación, sin que en efecto el tribunal se limite a controlar *ex post* el cumplimiento de los requisitos de la especial protección, que nada tiene que ver con la nulidad parcial del testamento, pues al resto de los herederos concurrentes, o a los propios herederos legales, de no existir éstos, le es suficiente con probar el no cumplimiento de tales requisitos legales al momento del deceso del testador para dejar sin efectos el nombramiento hecho, sin que corresponda el ejercicio de la acción de nulidad como erradamente pretendió la parte actora del proceso, luego recurrente en casación, a quien indebidamente le dio la razón el Tribunal Supremo.

6. CONCLUSIONES

1º. Es de aplicación al testamento otorgado el 10 de marzo de 1982, a las 14.05 p.m. en Madrid, España, por el ciudadano cubano Don P. J. D. la ley cubana, que es la que rige la sucesión, según la norma de conflicto que en materia sucesoria fija el Código Civil español.

2º. Igualmente resultan de aplicación al caso las disposiciones transitorias quinta y sexta del vigente Código Civil que se afilian a la tesis de la retroactividad de grado medio, a cuyo tenor la nueva ley (Código Civil de 1987) se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua (Código Civil español), pero sólo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que aún no se hayan consumado o agotado, a saber: la adjudicación hereditaria, de una sucesión abierta, deferida, pero aún no adjudicada.

3º. Al resultar de aplicación el Código Civil cubano, se impone el necesario “ajuste” de las disposiciones testamentarias sobre las legítimas, a las previstas por el nuevo Código, que regula un tipo de legítima, cuya función es esencialmente asistencial y tuitiva de determinados parientes (descendientes o ascendientes) o del cónyuge, bien con discapacidad, o dependientes o vulnerables económicamente, en la que no hay cabida para la mejora, de modo que la legítima global asciende a la mitad del acervo hereditario, cualquiera sea el legitimario concurrente y sus necesidades económicas.

4º. En este proceso de “reacomodo” o “ajuste” se impone un control *ex post* por el juez o el notario, que conozca, según el caso, del sucesorio, a los fines de precisar si el legitimario reconocido en el testamento cumple con los requisitos establecidos *ex lege* (artículo 493 del Código Civil), con independencia de la norma jurídica a cuyo tenor se otorgó el testamento y la fecha en la que falleció el testador, de modo que, de no cumplimentarse de manera yuxtapuesta los requerimientos subjetivos y objetivos exigidos, los legitimarios reconocidos como tales por el testador, no tienen derecho a legítima alguna, desapareciendo entonces el peso que gravitaba sobre la parte de libre disposición de la cual podía disponer *ad libitum* el testador, que se entiende alcanza entonces, al momento de la adjudicación, la totalidad del acervo hereditario.

ANEXO

Circular conjunta de 16 de marzo de 1988 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, Junta Directiva Nacional de Bufetes Colectivos y

Fiscalía General de la República (que establece el procedimiento por el cual a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Civil, se tramitarían en las notarías los expedientes de declaratorias de herederos y las adjudicaciones hereditarias, esclareciendo el sentido y alcance de las Disposiciones Transitorias SEGUNDA, QUINTA y SEXTA del Código Civil)

Con la entrada en vigor de la Ley No. 59 de 16 de Julio de 1987, “Código Civil”, se introducen cambios sustanciales en las instituciones civiles sucesorias que implican la necesidad de que se establezca una instrumentación para su tramitación, fundamentalmente de las Declaratorias de Herederos.

Por otra parte es necesario también orientar la forma en que se resolverán los casos comprendidos en las Disposiciones Transitorias SEGUNDA, QUINTA Y SEXTA de este Código durante el período en que se presenten.

Esta Dirección, previa coordinación con la Junta Nacional de Bufetes Colectivos y la Fiscalía General de la República, ha determinado dictar la siguiente:

C I R C U L A R

PRIMERO: Cuando existan personas incapacitadas para heredar, por abandono definitivo del país, sus nombres y causa de incapacidad deben ser incluidos en el escrito de promoción y en el que debe consignar el abogado que el interesado ha manifestado bajo juramento los particulares antes referidos.

En el caso de que no existan presuntos herederos ausentes del territorio nacional, también debe señalarse lo expuesto en el escrito de promoción como declarado bajo juramento por el interesado.

SEGUNDO: Según lo dispuesto en el artículo 514.2 en relación con el 516, ambos del Código Civil, concurren en el primer llamado hereditario, junto con los hijos, descendientes por representación y cónyuge del causante, los padres de éste si no están aptos para trabajar y dependían económicamente de él.

La existencia o no de estas condiciones en los padres del causante, también debe acreditarse ante Notario, en el escrito de promoción, de acuerdo a la declaración jurada del interesado de forma igual que lo explicado en el apartado anterior, pudiendo unirse los dos particulares en el mismo documento que firme el interesado.

Debe tenerse en cuenta que si ambos padres del causante están vivos y si sólo uno reúne los requisitos, éste será el considerado heredero.

El análisis de las condiciones referidas a los padres, debe remitirse al momento en que se promueve la Declaratoria de Herederos y no al del fallecimiento del causante, ya que las condiciones pueden haber variado y la intención del legislador es no dejar desamparados a los padres del causante que no posean medios de subsistencia, por lo que si al tramitarse la Declaratoria de Herederos estos padres ya han fallecido aunque sea con posterioridad al causante de que se trata la sucesión, su declaración como herederos en el primer llamado no tendría sentido.

Por último vale la pena recalcar que todos los particulares señalados con anterioridad deben ser incluidos en el interrogatorio a que se someterán los testigos en este tipo de expediente.

TERCERO: Cuando exista una persona incapacitada para que sea declarada heredera (contemplada en el artículo 512 de este Código Civil) incluyendo el abandono del país, el abogado debe argumentar ésta en el escrito de promoción y acompañar las certificaciones correspondientes de los hijos o descendientes del incapacitado a los efectos de que proceda el derecho de representación.

En cuanto a la renuncia para que tenga lugar el derecho de representación, debe entenderse no como “la renuncia a la herencia” que siempre efectúa una vez realizada la Declaración de Herederos, sino como la renuncia a ser declarado heredero, es decir, en estos casos, los presuntos herederos que deseen renunciar a tal condición, deberán declararlo ante Notario o Tribunal competente y testimonio de esta declaración junto con las certificaciones de sus hijos o descendientes si los tuviere, debe acompañarse al escrito de promoción.

CUARTO: Lo establecido en la Disposición Transitoria SEGUNDA no es posible aplicarlo para todos los casos de tramitación de los expedientes de Declaratoria de Herederos, ya que puede darse el supuesto de que al cambiar el orden de los llamados, lo solicitado en virtud del Código Civil que en su momento lo amparó, se encuentre en contradicción con lo dispuesto en la legislación vigente a partir del 12 de abril de este año.

En este sentido, los abogados de Bufetes Colectivos, han sido orientados por su Órgano de Dirección, para que previamente a contratar un servicio de este tipo, hasta la fecha antes señalada, esclarezcan a los interesados sobre las modificaciones que introduce la nueva legislación, de las consecuencias y riesgos a los que se exponen, tanto en el supuesto de que la tramitación del expediente de Declaratoria de Herederos no sea concluida con anterioridad a la fecha señalada o que bien siendo concluida, se dificulte la posterior adjudicación de los bienes del causante.

No obstante en los casos en que los interesados persistan en el inicio de la tramitación, se procederá por el abogado a conveniar sus servicios, haciendo constar en el modelo correspondiente las advertencias de que fueron objeto los referidos interesados.

El Notario por su parte radicará estos expedientes de Declaratoria de Herederos, al igual que aquellos en los que no se presenten contradicciones en los llamados establecidos en la legislación que se deroga en relación con la que entra en vigor, en éste último caso, el 13 de abril de 1988, el Notario continuará el curso de la tramitación de los expedientes, pero en el primer supuesto, será imprescindible su devolución al representante para que sea ajustada la pretensión a lo dispuesto en la nueva legislación.

QUINTA: La Disposición Transitoria SEXTA, se refiere a las adjudicaciones que se realizan en virtud de Declaratoria de Herederos y testamentos efectuadas al amparo del Código Civil que se deroga.

En el caso de las Declaratorias de Herederos cuando se den los supuestos que los herederos se correspondan con los del primer o segundo llamados, incluyendo al cónyuge viudo con derecho a la cuota viudal usufructuaria se deberá consignar en la escritura de adjudicación que de acuerdo a las disposiciones del nuevo Código Civil, el viudo hereda en el concepto y proporción del heredero, por lo que el pronunciamiento en relación con su derecho a la cuota viudal usufructuaria, será ajustado a esta última normativa legal a los efectos de la adjudicación.

En el caso del primer llamado también el Notario debe indagar con el interesado si existen padres del causante no aptos para trabajar y que dependían

económicamente del mismo. En caso negativo, tal declaración bajo juramento deberá consignarse en la escritura de adjudicación, advirtiéndole a los adjudicatarios las responsabilidades en que incurren si sus declaraciones resultaren falsas.

En el supuesto de que las partes comuniquen la existencia de padres en los que concurren las características antes mencionadas, el Notario, deberá comunicar por escrito al Fiscal lo antes expuesto, acompañando el Acta o Auto de Declaratoria de Herederos, las certificaciones que prueben la filiación, solicitándole que los autorice a incluir en la adjudicación a los mencionados padres en concepto de herederos.

Lo anterior debe entenderse como una modificación de la declaración de herederos que en su momento fue correcta y ajustada a derecho, pero que requiere de la adición de otros herederos en virtud de lo dispuesto por la nueva legislación, por lo que, no se confeccionará una nueva Acta de Declaratoria de Herederos, sino un Acta de Adición a la primera, la que se remitirá al Registro Central de Declaratoria de Herederos, a los efectos de su inscripción, debiendo acompañarse a la escritura de adjudicación la certificación del mencionado Registro haciendo constar la nueva inscripción completa. Esta Acta de Adición será cobrada de acuerdo a lo establecido en el punto l.2 de la Resolución N° 104 de 1985, o sea, \$ 5.00 mn. por cada hoja o fracción de la misma.

Cuando se trate de una adjudicación en la que se presenta una declaratoria de herederos del actual tercer llamado, es decir de colaterales, que se encuentran en contradicción con el llamado tercero del nuevo Código Civil, por lo cual corresponde únicamente al cónyuge viudo, la adjudicación se realizará directamente a este cónyuge viudo en su nuevo concepto de heredero, sin incluir a los restantes colaterales, consignándose en la escritura que lo anterior se realiza en virtud de la legislación en la que se ampara.

En el caso de que la adjudicación sea de una herencia testada sólo podrá efectuarse la misma si los herederos instituidos, manifestaren bajo juramento la no existencia de personas con derecho a ser declarados herederos, advertido además de la responsabilidad en que incurren si sus declaraciones resultaren falsas y que de existir tales herederos, la adjudicación será rescindible, por acción de los mismos.

También puede efectuarse la adjudicación si existen personas que reúnen los requisitos para ser declarados herederos, pero estos renuncian a su condición de tal por medio de documento público, otorgado ante Notario que debe adjuntarse a la matriz de la adjudicación.

Recordamos que esta renuncia no es la típica renuncia a la herencia o a la participación en esta, sino al derecho de ser declarado heredero, como se había expuesto con anterioridad.

DADA en la Ciudad de La Habana, Ministerio de Justicia, a los 16 días del mes de marzo de 1988.

Lic. María Isabel Acevedo Isasi
Directora de Registros y Notarías.