

II.1. DERECHO CIVIL

PALIATIVOS JURISPRUDENCIALES Y NOTARIALES A LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA A FAVOR DE MENORES QUE NO LA OCUPAN

Por el Dr. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Notario

Resumen

En los últimos años la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en interpretación del Derecho vigente en materia inmobiliaria, con fines tuitivos de los derechos de los menores, ha propiciado la transmisión del dominio sobre la vivienda propiedad personal a su favor, aun cuando estos resulten herederos o legatarios, que no ocupen el inmueble al momento del deceso de su titular, bajo el argumento de la ausencia del ejercicio de la capacidad jurídica en el menor y de la patria potestad o la tutela que sobre ellos se erige, que les impide determinar, *per se*, libremente, el lugar de residencia y con ello la ocupación física del inmueble. Esta posición ha sido también asumida por la Dirección de Registros Civiles y Notarías en supuestos en que el menor, heredero, pero no ocupante, tiene el asentimiento de aquellos herederos, ocupantes del inmueble.

Abstract

In the last years, the Chamber on Civil and Administrative Matters of the People's Supreme Court, construing immobiliary law to protect children's rights, has propitiated the transmission of ownership on personal property homes to them, even when children are heirs or legatees not occupying the house at the moment of the owner's death; all this under the idea by which lack of legal capacity in minors, patria potestas and tutورشip they are all submitted to, forbid them to freely determine the place of residence, therefore, the phisycal occupation of the home. This position has also been assumed by the Direction of Civil Registers and Notaries in cases where the heir child not occupying the home has the consent of those heirs actually occupying it.

SUMARIO

- I. LA OCUPACIÓN COMO REQUISITO PARA LA TRANSMISIÓN SUCESORIA DE LA VIVIENDA EN CUBA SEGÚN LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. UN REPASO DE LO ACONTECIDO
- II. LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA OCUPACIÓN EN EL CASO DE MENORES: ¿CATEGORÍAS ANTAGÓNICAS O COMPATIBLES?
 1. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS: LA AUSENCIA DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA QUE SOBRE ELLOS SE ERIGE EN FUNCIÓN TUTITIVA
- III. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
- IV. LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA EN SEDE NOTARIAL A FAVOR DE MENORES CUANDO ESTOS NO LA OCUPAN. EL DICTAMEN 6/2010 DE LA DIRECCIÓN DE REGISTROS CIVILES Y NOTARÍAS
- V. LOS ECOS DE ESTAS SOLUCIONES: ¿ACASO LLEGAN AL LEGISLADOR?

«El oficio de la ley consiste en fijar, a grandes líneas,
las máximas generales del derecho;
en establecer principios de fecundas consecuencias,
y no en bajar hasta los detalles de las cuestiones que pueden nacer en cada materia.

Le corresponde al magistrado y al jurisconsulto,
compenetrados del espíritu general de las leyes,
dirigir su aplicación».

J. E. M. Portalis

I. LA OCUPACIÓN COMO REQUISITO PARA LA TRANSMISIÓN SUCESORIA DE LA VIVIENDA EN CUBA SEGÚN LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. UN REPASO DE LO ACONTECIDO

Un número considerable de los conflictos que se suscitan en materia sucesoria responden a la transmisión por causa de muerte de los derechos sobre la vivienda propiedad personal. No es casual. La vivienda es el bien de mayor importancia económica y social para los cubanos. La necesidad habitacional ha ido en los últimos años muy en aumento y es causa de un alto número de divorcios, desavenencias familiares y litigios de toda índole, incluso de la comisión de delitos de alta peligrosidad social. Las litis entre coherederos y entre herederos o legatarios con los convivientes ocupa un por ciento nada despreciable de los procesos civiles o administrativos que se radican en los tribunales de primera y segunda instancia y por esa misma razón de los recursos de casación que se radican en la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo¹. La aplicación del articulado de la Ley General de la Vivienda en este orden es el pan nuestro de cada día para los operadores del Derecho, empero no siempre adecuadamente esgrimido, ni tampoco interpretado con acierto.

Ha dejado palmariamente expuesto la Sala su parecer sobre la ocupación física que exige la Ley General de la Vivienda al heredero para que pueda adjudicarse la vivienda deferida a su favor por cualquier título sucesorio: el testamento o la declaratoria de herederos *ab intestato*. Con esa filosofía resulta paradigmática la Sentencia n.º 36 de 30 de enero del 2004 en su único Considerando (ponente Acosta Ricart) definitiva de que: «(...) a los efectos de la ocupación

¹ Téngase en cuenta que tras la aprobación del Decreto-Ley n.º 241/2006, modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo sólo conoce en este orden los recursos interpuestos contra las sentencias dictadas por las salas respectivas de los tribunales provinciales que resuelven procesos de naturaleza administrativa, dirigidos a impugnar las resoluciones dictadas por las direcciones municipales de la vivienda.

no puede equipararse la física e ininterrumpida exigida por la Ley General de la Vivienda en su artículo setenta y siete, con aquella que de modo circunstancial mantuviere alguno de los herederos, motivada por situaciones especiales que así lo justifican como lo es el cuidado del titular por causa de extrema gravedad, y que coincidentemente lo sorprenda en tales circunstancias el fallecimiento de esa persona, pues la ocupación física permanente supone ante todo el propósito de que a partir de que ocurra sea ese el lugar físico en que de manera ininterrumpida el ocupante se haya dispuesto y de hecho, desarrolle en el mismo su realidad cotidiana (...)». Posición que ya había sido rotundamente tomada en sentencias anteriores de la propia Sala, como la n.º 112 de 27 de febrero del 2003, en su Segundo Considerando, de la ponencia de la Carrasco Casi en la que se dispone que para alegar la ocupación en sede de transmisión sucesoria de la vivienda, lo que importa es la ocupación física, no la inscripción en los registros correspondientes «(...) el requisito que impone el inciso a) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda al heredero, no es otra cosa que estar en posesión de la vivienda con carácter de conviviente al momento de fallecer el causante, de ahí que, el hecho de que dicho sucesor aparezca en el Registro de Direcciones correspondiente a la vivienda que se litiga, no puede ser asimilado al señalado requerimiento, como pretende el quejoso con la tesis que desenvuelve (...)», la n.º 157 de 28 de marzo del 2003, Segundo Considerando de la propia ponente, a cuyo tenor se aduce: «(...) la legislación que rige la materia lo que exige es la permanencia física del heredero al momento del fallecimiento del titular de la vivienda, lo que resulta situación distinta de la de encontrarse inscripto en los registros correspondientes (...)» y de dos sentencias más de la ponencia de Acosta Ricart, la n.º 744 de 29 de octubre del 2004 en su único Considerando: «(...) lo que determina a los efectos del derecho a la adjudicación a la vivienda, es su ocupación física (...)» y más explícita la n.º 804 de 23 de noviembre del 2004 en su Segundo Considerando: «(...) constatándose en virtud del análisis general, que la recurrente no ocupaba física y permanentemente la vivienda de la litis al deceso de su causante, no quedando dicho inmueble libre de ocupantes al estar ocupada por el no recurrente, resultando intrascendente a los fines de este proceso el hecho de que este último estuviere registrado o no, en los controles correspondientes, cuando está perfectamente acreditado que ocupaba física y permanentemente dicha vivienda desde aproximadamente el año (...)».

La ocupación no es sinónimo de domicilio, que según el art. 28.3 del Código civil cubano «es el que como tal consta en el registro oficial correspondiente», en relación con los arts. del 6 al 9 del Decreto-Ley n.º 248/2007 de 22 de junio (*Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n.º 32, de 2 de julio del 2007), sobre el sistema de identificación y el registro de electores, preceptos que regulan tanto el Registro de Población como los registros de direcciones, estos últimos marcan pautas en la fijación del domicilio de las personas físicas en Cuba². El

² Según el art. 7 del mencionado Decreto-Ley: «En cada municipio del país el Registro de Direcciones contiene los datos relativos al **domicilio**, según el lugar de residencia, de:

- a) los ciudadanos cubanos que residen en el territorio nacional;
- b) los ciudadanos cubanos que se encuentran eventualmente fuera del territorio nacional, en correspondencia con lo previsto en la legislación migratoria vigente;

domicilio es el lugar de residencia habitual de una persona, el cual exige tanto el *corpus* como el *animus* para que se corporifique, en el entendido del hecho de habitar en un determinado lugar y en la habitualidad o voluntad de establecerse de forma definitiva y permanente en un lugar, respectivamente³. Mas, no es el hecho de que se tenga fijado domicilio en el inmueble del causante, el decisorio para que el heredero pueda o no adjudicárselo. Para el Alto Foro no prevalece la inscripción meramente formal. El hecho de que obre inscripto en el Registro de Población y del Carnet de Identidad, o en el Registro de direcciones que se lleva por cuadra, no da más valor, si se demuestra durante la sustanciación del proceso que no existía ocupación física permanente y estable hasta el deceso del causante en dicho inmueble. Implica pues aprehensión del inmueble, lo que debe acreditarse con prueba testifical. De ahí que, los notarios tengan la espada de Damocles sobre ellos, en tanto hoy día se adjudica una vivienda, con el solo requerimiento de que los interesados demuestren con su carnet de identidad, la ocupación desde fecha anterior al óbito de su titular y la declaración bajo juramento de que no tienen otra vivienda en propiedad, para cumplimentar así lo dispuesto en el art. 2 de la Ley General de la Vivienda, lo cual es perfectamente impugnabile en la vía judicial por quien se considere con derecho a ello, probando el hecho negativo de la no ocupación física del inmueble de quien se lo adjudicó, en el sentido en que lo viene interpretando la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. El hecho de la ocupación escapa por tanto a todo juicio que pueda hacer el notario, de modo que el estar domiciliado no constituye una prueba irrefutable, y sí por el contrario, combatible, por quien se considere con mejor derecho a la adjudicación del preciado bien.

De todas las sentencias que se han dictado por el Tribunal Supremo, ninguna como la n.º 231 de 28 de julio del 2008, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart), para definir claramente qué se entiende conforme con nuestra legislación especial por ocupación, a cuyo tenor se apunta que: «...cuando de adquirir derecho se tratare en virtud del hecho de la ocupación, la misma se refiere a la física y permanente, o sea que el discutido sea el lugar en el que de modo permanente la persona desenvuelve su realidad cotidiana, el sitio donde concreta su existencia (...)». Por ello, la ocupación es un hecho que condice con la permanencia física, estable en un lugar, concretamente en el inmueble del cual se reclama después por derecho de sucesión *mortis causa* de su titular, su transmisión. Y esa permanencia debe subsistir al momento del deceso del titular del inmueble, no importa que durante un período, anterior al fallecimiento, la futura heredera no la hubiera ocupado, ni tiene por qué justificar tal abandono transitorio, lo que interesa

c) los extranjeros que tienen la condición de residentes permanentes o temporales en el país.

1. El personal diplomático, consular, y de organismos internacionales, acreditado en el país, no se inscribe en el Registro de Direcciones».

³ Lo cual lo separa de la residencia. Sobre este tema en la doctrina cubana más reciente *vid. per omnia* María Milagrosa DÍAZ MAGRANS, «La persona individual», en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.), *Derecho Civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002, págs. 119-123.

es que al momento del deceso se continúe ocupando el inmueble. Tal es el sentir de la Sentencia n.º 234 de 31 de marzo del 2005, primer Considerando (Ponente Acosta Ricart) en la que se deja esclarecido que: «... a los fines del proceso resulta intrascendente que en determinado momento y de manera transitoria aquella hubiera interrumpido su ocupación en la vivienda de la litis, cuando en realidad lo que resulta determinante a los fines de este proceso es que la misma ocupaba de manera física e ininterrumpida al momento del fallecimiento (...) de quien resulta ser su heredera abintestato, pues no puede desconocerse que por el presente proceso se está liquidando el caudal hereditario dejado respectivamente por los cotitulares de la vivienda de la litis de las que resultan ser respectivamente sus herederas las recurrentes, y por tanto en todo caso, el derecho de cada una está determinado por su ocupación al momento del fallecimiento de su causante (...)».

El concepto de ocupación nada tiene que ver con el de domicilio, es decir, el lugar donde se habita con sentido y vocación de permanencia (*corpus más animus*), o sea, el sitio o espacio físico donde fija o ancla la residencia permanente una persona y que nuestro legislador del Código civil vincula con el control administrativo que supone la inscripción en el registro correspondiente. En nuestro caso el registro de direcciones. Ello con más detenimiento ha sido estudiado en la doctrina cubana por Díaz Magrans⁴. El domicilio no es razón suficiente para la adquisición de un inmueble por causa de muerte, según las normas de nuestra legislación especial en materia inmobiliaria. Frente a una contienda en la que se disputan la adjudicación el ocupante y el domiciliado, prevalece el primero, pues es la ocupación la fuente de adquisición del derecho y no el domicilio. En su Sentencia n.º 181 de 15 de marzo del 2005, cuarto Considerando (ponente González García) el Tribunal Supremo deja claro este propósito: «(...) es a la ocupación física demostrada del inmueble a lo que ha de estarse a los efectos de determinar los derechos del heredero y no a la fecha de inscripción en el Registro de Direcciones, que como acontece, no se ajusta a la realidad de los hechos, como con reiteración ha dicho esta Sala (...)».

En la Sentencia n.º 602 de 14 de septiembre del 2005, primer Considerando (ponente Acosta Ricart) se sigue igual derrotero: «... por el hecho de haber quedado acreditado que al fallecer su titular la vivienda propiedad del mismo era ocupada física y permanentemente por el recurrente y por su hermana A. C. A. S., resultando irrelevante que la misma estuviera registrada oficialmente en vivienda distinta propiedad de su madre, pues al respecto existen reiterados pronunciamientos de la Sala en cuanto a que lo que resulta determinante a los efectos sucesorios sobre la vivienda, es la ocupación física y permanente del heredero al fallecimiento de su causante (...)». También en la Sentencia n.º 10 de 23 de enero del 2006, primer Considerando (ponente

⁴ Vid. M. M. DÍAZ MAGRANS, «Comentarios al artículo 28», en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código civil cubano, Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica* (en imprenta). Asimismo los arts. del 5 al 9 del Decreto-Ley n.º 248 de 22 de junio del 2007 «Del sistema de identificación y del Registro de electores», en los que, de su lectura y hermenéutica, no resulta nada nítida la diferencia entre domicilio y residencia.

Bolaños Gassó), en un caso en que la prueba testifical practicada justifica la ocupación del heredero, aun cuando dicho señor al momento del deceso de su padre estaba domiciliado en el inmueble de su hermana, el Alto Foro en este sentido deja esclarecido que: «(...) no cabe la menor duda haber quedado acreditado en las actuaciones, que aquel físicamente ocupaba el inmueble del que resultaba titular su fallecido padre desde fecha anterior a la en que ocurrió ese deceso, a pesar de que no se encontraba registrado en el lugar, y esa circunstancia, o sea la material ocupación, es a la que se contrae el primer párrafo del artículo setenta y siete de la Ley General de la Vivienda para el éxito de la acción por él emprendida, y siendo así obvio resulta que no incurrió la sala a quo, en la errónea apreciación que en los examinados motivos se le atribuye (...)». Posición que se mantiene en la Sentencia n.º 438 de 30 de junio del 2006, segundo Considerando (ponente Arredondo Suárez): «(...) lo determinante para la adjudicación del inmueble del debate no es que aquel resulte el domicilio oficial del demandante en el proceso sino la ocupación de éste que quedó cumplidamente justificada con los medios de prueba cuyos resultados obran en las actuaciones de la instancia municipal y que debidamente se razonan en la sentencia interpelada (...)».

De ahí que, el incumplimiento del requisito de ocupación conlleve a la nulidad del acto de adjudicación contenido en escritura pública, otorgada por el heredero, si se prueba ulteriormente que no ocupaba la vivienda.

En sentido contrario, aun cuando se hubiere adjudicado por vía notarial la vivienda, si en los autos del proceso impugnatorio se demostrare la no ocupación por el heredero, es procedente la nulidad, eso sí, sólo del acto de adjudicación y no de la escritura pública en que aquel se contiene, por una cuestión de pura racionalidad y técnica jurídica. Se trataría de un nulidad sustantiva amparada en el art. 67 inciso ch), al menos así lo ha sustentado la práctica jurisprudencial, y no en el art. 16 de la Ley de las Notarías Estatales⁵, la patología sería negocial, en modo alguno instrumental. Y algo más, la nulidad se reclamaría respecto del acto de adjudicación, no del de aceptación que comúnmente antecede al primero de los mencionados en la escritura pública en que se contienen ambos. Recuérdese que el heredero de una vivienda, tenga derecho o no a adjudicársela, no deja de ser heredero, incluso tiene derecho a que le paguen el precio legal de aquella (*vid.* art. 77, último párrafo, de la Ley General de la Vivienda), pero para ello tiene que arrojarse con la condición de heredero, para lo cual la aceptación es un presupuesto ineludible (*vid.* arts. del 524 al 527 del C.c.).

Así, en su Sentencia n.º 367 de 31 de mayo del 2005, segundo Considerando (ponente González García), se declara SIN LUGAR el recurso interpuesto y con

⁵ Sobre las diferencias entre nulidad formal y nulidad material y los criterios jurisprudenciales al respecto en el Derecho cubano, *vid.* Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, «A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales», págs. 116-134 y «De nuevo sobre la nulidad instrumental. Ahora desde la perspectiva que ofrece la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo», págs. 135-158, en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo III, La Habana, Félix Varela, 2008.

ello se confirma la sentencia del tribunal de instancia que accedió a anular el acto de adjudicación por sucesión testada de una vivienda a favor de un heredero, respecto del cual, según criterio judicial, no quedó probada su ocupación al momento del deceso del titular, en tanto que: «... aún tratándose de sucesión intestada, es exigible al heredero que pretenda adjudicarse la vivienda que fuere propiedad de su causante, la ocupación física estable y permanente del inmueble; y en el caso, estamos en presencia de sucesión testada donde el recurrente, instituido heredero universal de la causante, no reside en la vivienda controvertida, por lo que tal condición le resulta ineficaz para adjudicársela en atención a lo que establece el artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, pues el inmueble quedó ocupado por otras personas al fallecimiento de su titular (...)». Presupuesto este último que de darse, invalida la posibilidad que ofrece el propio art. 76 mencionado en la sentencia, en su inciso b), a saber: que la vivienda hubiere quedado vacía al momento del deceso de su titular. Con este mismo parecer la sentencia del Tribunal Supremo, n.º 636, de 6 de octubre del 2005, segundo Considerando (ponente Díaz Tenreiro), que igualmente ratifica la sentencia del tribunal de instancia que anuló, eso sí, indebidamente y contradiciendo la línea jurisprudencial seguida y confirmada por el Tribunal Supremo, la escritura pública de adjudicación de herencia, cuando lo que procedía con exclusividad era la nulidad del acto mismo de adjudicación, y no del de aceptación, también contenido en la escritura pública, ajena a esta colisión normativa en que incurre únicamente el acto de adjudicación y que le provoca su «muerte», vía nulidad. A criterio del Alto Tribunal: «(...) alegada por la casacionista la infracción por aplicación indebida del artículo sesenta y siete inciso ch) del Código civil en relación con el setenta y seis de la Ley General de la Vivienda ello no acontece, ya que en el caso, instada la nulidad de la Escritura Pública (...) sobre Aceptación de Herencia y Adjudicación de Vivienda sobre la base de que la heredera del propietario del inmueble no ocupaba la vivienda al ocurrir el fallecimiento de aquel, en buena hermenéutica jurídica habría que colegir que era prohibitivo otorgar la escritura cuando no se cumple con uno de los requisitos que exige la ley especial en la materia (...)».

Esta orientación ha seguido en pie en sentencias más recientes del 2008, como la n.º 111 de 31 de marzo del 2008, primer Considerando de la primera Sentencia (Ponente L. Hernández Pérez) que revoca la sentencia del tribunal de instancia, declarando CON LUGAR el recurso de casación interpuesto sobre la base de que el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la documental aportada al proceso por el recurrente consistente en una resolución dictada por la Dirección Municipal de la Vivienda en la que se declara no acceder al cese de convivencia interesado por la contraparte, y además se reconoce el carácter de conviviente del recurrente, pronunciamientos que luego se confirman por el tribunal provincial y el Tribunal Supremo al declarar SIN LUGAR el recurso de casación que en su momento se interpusiera, con lo que a juicio de la Sala de casación «...se pone de manifiesto que la vivienda cuestionada no quedó libre de ocupantes al fallecimiento de su propietario (...), ni era ocupada por el legatario instituido en el Testamento Notarial otorgado por el causante, y por consiguiente, demostrada la existencia

de un derecho reconocido previamente en la jurisdicción Administrativa, es obvio que el recurrente se encuentra legitimado en causa para interesar la nulidad de la Escritura Pública objeto de la litis mediante la cual su contrario se adjudicó la vivienda cuestionada bajo el supuesto de haber quedado libre de ocupantes, la que adolece por tanto de la prohibición legal contenida en el artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda (...)». Obsérvese que de nuevo la Sala admite, si bien *obiter dictum*, que estamos en presencia de una nulidad instrumental, lo que resulta totalmente desatinado. Luego, en el primer considerando de la segunda Sentencia que en lugar del tribunal de instancia, dicta entonces el propio Tribunal Supremo, deja sentado que: «... *teniendo en cuenta que el legatario instituido en Testamento Notarial otorgado por el propietario, sólo podrá adjudicarse la vivienda en los supuestos a que se refieren los incisos a) y b) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, supuestos fácticos vulnerados en el acto jurídico contenido en la Escritura Pública (...) sobre Aceptación y Adjudicación de Herencia, mediante la cual el demandado se adjudicó la vivienda objeto de la litis, y por consiguiente al realizarse en contra de una prohibición legal adolece del vicio de nulidad previsto en el artículo sesenta y siete inciso ch) del Código civil, puesto que la referida vivienda no quedó libre de ocupantes al fallecimiento de su propietario, ni el legatario instituido la ocupaba con esa oportunidad, quedando demostrada la condición de conviviente del demandado, no heredero, en el inmueble de litis en virtud de la Resolución (...), desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta la actualidad, confirmada por la sentencia (...), dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana y la número (...) dictada por igual Sala del Tribunal Supremo Popular, de lo que resulta la ineficacia de la Escritura Pública de cuya nulidad se trata*». Lamentable gazapo, este último, del juzgador, que le desvía de una posición sostenida y reiterada verticalmente por la Sala.

Y luego también se confirma en otras sentencias como la n.º 163 de 30 de mayo del 2008, tercer Considerando (ponente Acosta Ricart), que igualmente confirma la sentencia del tribunal *a quo*, eso sí, en la que se declaraba nulo sólo el acto de adjudicación de vivienda por herencia testada, en esta oportunidad con el preciso argumento de que «... *la sentencia dio por sentado que la recurrente no ocupaba la vivienda al fallecer la propietaria y testadora de la misma, así como que quien la ocupaba en ese momento fue el hijo de aquella y padre de la no recurrente, situación fáctica determinante por la que se ha de estar y pasar, que impedía al heredero testamentario la realización del acto de adjudicación de conformidad con la letra del artículo setenta y seis, ya que no se daba ninguna de las dos posibilidades para que el heredero testamentario pudiera adjudicarse la vivienda, pues la del caso ni era ocupada por la heredera testamentaria, ni quedó libre de ocupantes; sin que ninguna trascendencia tenga sobre ese impedimento el fallecimiento posterior del ocupante; cuando lo que ha de tenerse en cuenta a los efectos del derecho de los herederos del propietario es la situación del inmueble al justo y preciso momento del deceso de aquel (...)*» y en la sentencia n.º 22 de 28 de febrero del 2010, segundo Considerando (ponente González García), a cuyo tenor, al declarar SIN LUGAR el recurso establecido por el heredero testamentario que se había adjudicado en sede notarial la vivienda,

se arguye que: «... comprobado que el instituido heredero testamentario de la fallecida propietaria de la vivienda litigada no la ocupaba al instante de su deceso y en cambio lo hacía un tercero, resultan incumplidos los requisitos a que se refiere el artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda en cuyos supuestos procede la adjudicación de dicho bien a favor del mencionado heredero testamentario, que al hacerlo incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo sesenta y siete, apartado ch, del Código civil, acertadamente declarada por la sentencia que se interpela (...)».

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA OCUPACIÓN EN EL CASO DE MENORES: ¿CATEGORÍAS ANTAGÓNICAS O COMPATIBLES?

Durante casi un cuarto de siglo la ocupación en materia inmobiliaria se erigió en presupuesto, de inexcusable cumplimiento para el sujeto que reclamare la adjudicación de una vivienda por motivo del fallecimiento del titular, a menos que se tratase de un inmueble libre de ocupantes *ex art. 76 b)* de la Ley General de la Vivienda, cualquiera que fuere ese titular, sin excepción alguna⁶. La rigidez de la norma llevó a los operadores jurídicos, a mi juicio, en posición, más rígida que la propia norma, a exigir escrupulosamente el mencionado presupuesto a aplicar de forma terminante, sin tomar en cuenta las circunstancias personales del reclamante, el dictado de la norma, bajo el axioma *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Esta posición con la que se ha querido favorecer a los convivientes en detrimento del derecho de los herederos, se convirtió en un principio de la transmisión hereditaria de la vivienda en Cuba, que como se ha expuesto ha sido la posición prevalente en las constantes líneas jurisprudenciales de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Empero, en los últimos años, por fortuna este pétreo criterio ha tenido grietas provocadas por el sentido de la racionalidad y el espíritu de equidad que deben primar en la impartición de la justicia. La ocupación, sin dejar de ser una situación fáctica que genera en el Derecho inmobiliario peculiares efectos jurídicos, ha sido interpretada con laxitud por el Alto Foro, de lo cual se ha hecho eco también los tribunales provinciales, en aras de proteger el interés superior de menores, que en razón de su propia edad, no pueden decidir el lugar donde van a residir, incluso cuando habiendo residido durante una buena parte de su vida en el inmueble del que era titular su padre, tuvieron que abandonarlo por motivo del divorcio

⁶ Sobre el tema *vid.* Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ, *Ley nueva ley general de la vivienda*, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 1990, págs. 201-216; Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, «Breves notas acerca de la transmisión hereditaria de los derechos sobre la vivienda propiedad personal en el ordenamiento positivo cubano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXII, n.º 633, marzo-abril 1996, págs. 565-582; Naiví CHIKOC BARREDA y Amaury HERNÁNDEZ JORGE, «La transmisión *mortis causa* del dominio sobre la vivienda propiedad personal», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Derecho de Sucesiones*, tomo III, La Habana, Félix Varela, 2004, págs. 140-159.

de sus progenitores, residiendo al momento del deceso del padre y causante de la sucesión en la vivienda de su madre o de sus abuelos maternos, en tanto esta es la titular del ejercicio del derecho de su guarda y cuidado. La ocupación no puede verse como un teorema matemático, no es un sumando en una operación aritmética, ni una sustancia química, cuyos componentes son invariables. La ocupación es una situación fáctica que condice con la situación de minoridad, si el operador del Derecho es capaz de racionalizarlo con inteligencia, equidad y sentido de la justicia ¿Cómo no reconocerle derechos a un menor que en razón de su edad no puede decidir el lugar en el que va a residir? ¿Cómo obviar instituciones como la patria potestad, tanto en su titularidad como en su ejercicio, que le permiten al progenitor que tiene bajo su guarda y cuidado a los menores hijos decidir el lugar en que se va a fijar residencia? El legislador de la Ley General de la Vivienda situó la ocupación como presupuesto de la adjudicación de un inmueble bajo un hipotético sentido social de la norma con la que se perseguía proteger a quien realmente había desarrollado su vida cotidiana en el inmueble que quedaría en estado de acefalía al fallecimiento del titular. Se prefirió al ocupante que al heredero, también bajo la hipótesis de que quien habría cuidado del titular sería el ocupante y no aquel, que aún heredero, no ocupaba el inmueble. Nada más alejado a la realidad. La vida demostró que afectos, atención, cuidado y ocupación no siempre van de la mano, y han sido múltiples los casos en que bajo el manto de la ocupación, personas inescrupulosas han devenido titulares de inmuebles, despojando a los herederos del derecho que le hubiese asistido, de no erigirse la ocupación en una barrera para el derecho de sucesión en Cuba.

En este entorno, por suerte, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo abrió una brecha que ha oxigenado la protección de los menores en Cuba en materia inmobiliaria. Ha sido por vía jurisprudencial que se ha calado ese valladar, a saber: el de la ocupación, sin que ello signifique en modo alguno aminorar su importancia en sede inmobiliaria. Como diría Ogayar y Ayllón: «Es la jurisprudencia, más que la ley, la que constituye la *forma viva* del derecho (...), realizando, en el grado máximo posible, la aproximación del hecho a la norma jurídica, esclareciendo su sentido, fijando su alcance, integrándola con solicitudes nuevas y, en definitiva, adaptándola a la vida y rejuveneciéndola»⁷.

1. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS: LA AUSENCIA DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL MENOR Y LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA QUE SOBRE ELLOS SE ERIGE EN FUNCIÓN TUITIVA

Para un estudio de los argumentos sostenidos por el Alto Foro en defensa del derecho de los menores de adjudicarse un inmueble que no ocupaban al

⁷ Vid. Tomás OGAYAR Y AYLLÓN, *Creación judicial del Derecho*, discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, II, págs. 37 y ss.

momento del fallecimiento de su titular, es necesario otear las principales sentencias pronunciadas en el período que media del 2002 hasta la actualidad. Y lo ubico a partir del año 2002, porque a esa fecha se remonta la primera sentencia dictada⁸ que matiza el sentido que hasta ese momento se venía dando al requisito de la ocupación, cuando de menores se trata.

En efecto, la Sentencia n.º 791 de 27 de diciembre del 2002, cuya jueza ponente lo fue C. Hernández Pérez, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en proceso ordinario sobre impugnación de escritura pública por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Santiago de Cuba. El recurrente había acusado como infringido en el único motivo del recurso, el art. 76 a) de la Ley General de la Vivienda en el concepto de que: a pesar de alegar la sentencia en su único considerando que aun cuando el menor, a la sazón heredero testamentario, no tenía una residencia permanente en la vivienda de su padre, quien testara a su favor, o sea, de reconocer la propia sentencia que dicho menor no ocupaba el inmueble de forma permanente para la adjudicación, tal y como lo exige el mencionado precepto legal, desestimó la demanda establecida, fundamentando su fallo en valoraciones que no justifican la no residencia permanente del menor en el inmueble de su padre tales como: que existía un estrecho vínculo entre el padre y el hijo que pernoctaba sistemáticamente al lado de su progenitor, que el menor residió en dicha vivienda hasta la disolución del vínculo matrimonial de sus padres, que no podía el menor decidir con cuales de los padres permanecía, cuando lo único cierto es que el menor estaba bajo la guarda y cuidado de su madre y, no obstante existir un amplio régimen de comunicación entre el padre y el menor, este no ocupaba de forma estable y permanente la vivienda, motivo por el cual, a juicio del recurrente, el tribunal *a quo* había aplicado indebidamente el ya mencionado precepto legal, pues éste no era el aplicable a dicha situación y, por tanto, interpretado erróneamente dicho precepto legal, al considerar que por los elementos que tuvo en cuenta para su fallo, ya referidos, la ocupación del menor al momento del fallecimiento de su padre era de carácter permanente, cuando realmente no era así, ya que el hecho de que el menor visitara a su

⁸ Al menos, encontrada por mí en esta investigación, que se hace coincidir con la hecha por Melquiades ESPINOSA JIMÉNEZ y Rebeca HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Ley General de la Vivienda, concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, La Habana, ediciones O.N.B.C., 2009, págs. 133 y 135-136. Ambos autores también abrazan la posición que he venido defendiendo en artículos anteriores, sobre la favorable interpretación en pro de los menores. Al respecto *vid.* Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, «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)», Segunda parte, en *Boletín O.N.B.C.*, n.º 22, enero-marzo 2006, págs. 17-19 y más recientemente «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 de jurisprudencia sucesoria*, Managua, Bitecsa, 2010, págs. 248-256.

padre y estuviese con él algún fin de semana no supone una ocupación permanente. Ante lo cual el tribunal de casación declara SIN LUGAR el recurso amparándose en el único Considerando de la sentencia en que: «... tratándose de la impugnación de la adjudicación de la vivienda que fuera practicada mediante escritura notarial, a favor del menor hijo y heredero testamentario del propietario del inmueble, ha estimado con acierto la sentencia interpelada que si bien no residía de forma permanente con su padre, pues estaba bajo la guarda y cuidado de su señora madre, sí pernoctaba sistemáticamente con él y se encontraba registrado en los controles oficiales inherentes a esa residencia por voluntad del testador, ello unido a que con anterioridad a la ruptura de relaciones de sus padres era esa su residencia y a que dada su minoría de edad no podía él decidir el lugar de su domicilio, criterio concordante con el vertido por la Administración mediante resolución firme que ordenó el reintegro del niño al hogar paterno, y siendo así no puede atribuírsele a la Sala de instancia infracción de lo estipulado por el inciso a) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, porque es precisamente basándose en el fundamento fáctico anterior que estimó que dadas las particularidades del caso e interpretando el precepto, debe entenderse que el menor ocupaba la vivienda al fallecimiento del causante». Es decir, se toma en consideración determinados elementos fácticos para apuntalar la ocupación, entre ellos, las relaciones afectivas padre-hijo, el que el inmueble había sido el lugar de residencia del menor antes de la disolución vínculo matrimonial, el hecho de que compartía con su padre, con cierta sistematicidad, en el inmueble objeto de controversia judicial, motivo por el cual pernoctaba en él con cierta frecuencia, si bien no había una verdadera ocupación física del inmueble al momento del deceso del titular. Por supuesto, entre los argumentos sustentados, que reforzaban los esgrimidos con anterioridad, se situó el régimen de guarda y cuidado a que estaba sometido el menor bajo el abrigo de la madre, quien decidiera el lugar en el que éste pasaría a residir, tras el divorcio, argumento de suficiente peso, luego reiterado en ulteriores sentencias, en casos en los que ni tan siquiera pudo demostrarse ocupación previa del menor respecto del inmueble que se adjudica.

En su Sentencia n.º 265 de 15 de mayo del 2007, de la cual fue ponente el juez González García, nuevamente se pronuncia el Alto Foro, en este caso en una lapidaria sentencia, por lo exhaustivo y contundente de los argumentos sostenidos por el ponente en el primer considerando. Se trataba de un recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Santiago de Cuba que acogió el recurso de apelación establecido, revocando la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Municipal de Santiago de Cuba en proceso de testamentaría. Precisamente el recurrente invocaba, con insistencia, en los motivos del recurso que «la sala ha apreciado una excepción al requisito de ocupación del inmueble que se exige por la norma al heredero testamentario que no se encuentra prevista en ella, en atención a ser menor de edad, cuestión inaceptable».

Empero, a juicio de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, «...es obvio que su minoría de edad (la del no recurrente) al momento del deceso de la causante

de quien resulta heredero testamentario, ocasión en que contaba con doce años de edad, le exime del requisito a que se refiere el artículo setenta y seis, letra a, de la Ley General de la Vivienda, obviamente exigible a aquellos sujetos en plena capacidad civil; habida cuenta que, sometido al ejercicio de la patria potestad de sus padres, afirmar que podía libremente fijar su residencia y mantenerse conviviendo con su bisabuela en la vivienda controvertida, propiedad de ésta, en la que nació y residió hasta que sobrevino el conflicto que ocasionó el divorcio entre sus padres, significaría privar a la madre del derecho legítimamente concedido por tribunal competente mediante sentencia firme por la que se disolvió el vínculo matrimonial que la unía al ahora recurrente, de tenerlo entonces bajo su guarda y cuidado, que refrenda el artículo ochenta y cinco, inciso primero, del Código de Familia, además de que tal condición implicaba para el menor no haber alcanzado la mencionada plena capacidad jurídica civil a que se refiere el artículo veintinueve, inciso primero, letra a, del Código civil, y en consecuencia haber residido al momento del fallecimiento de la testadora en lugar distinto al abrigo de su señora madre no le priva del derecho a recibir por vía testamentaria la vivienda controvertida, en atención a la voluntad expresa de su titular manifestada en testamento otorgado a tales efectos (...).

Ese mismo año, la propia Sala se pronuncia sobre el mismo tema a través de su Sentencia n.º 644 de 28 de diciembre del 2007, de la cual fue ponente L. Hernández Pérez, en la que se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Provincial de Matanzas en proceso ordinario sobre nulidad de actos jurídicos contenidos en escritura pública de cesión de derechos hereditarios, aceptación y adjudicación de herencia. Como en otros tantos casos el recurrente aduce, apoyándose, a su decir, en que con la prueba testifical practicada había quedado demostrado que al fallecer el propietario del inmueble objeto de la litis, la única persona que vivía en el inmueble era él, y que en momento alguno, no de forma inestable como reconoció la sentencia de instancia, el menor había vivido en dicho inmueble, ya que desde que nació nunca lo había ocupado, ni tan siquiera con esa inestabilidad narrada. Aduce además en otro de los motivos que la sentencia que se recurre ha procedido a concederle un derecho al menor sin que fuere merecedor de ello, otorgándole una protección excesiva y sin fundamento legal en relación con lo que específicamente exige el art. 78 de la Ley General de la Vivienda, cuando establece que la transferencia de la propiedad de la vivienda, en caso de que quede ocupada por personas que no son sus herederos, se transmitirá a quien la vivía al momento del fallecimiento del titular, sin perjuicio del derecho de los herederos, sin embargo, en el caso en cuestión se le otorga el derecho de recibir en propiedad la vivienda sólo por ser menor y heredero, aun cuando reconoce la sentencia atacada que su convivencia era inestable, siendo este último el único requisito exigido por la ley especial, que no cumple.

En este caso, el Alto Foro confirma igualmente la sentencia del tribunal de instancia bajo el argumento de que el recurrente «... no logró demostrar los hechos alegados en su demanda, referidos a la no ocupación física del menor que mediante el acto jurídico que pretende anular se adjudicó la vivienda objeto de la litis, en virtud de

la cesión de derechos que a su favor le hiciera su progenitora heredera del causante, toda vez que en relación con la quejosa, tiene un derecho preferencial, al mantener en dicho inmueble su ocupación legal, y al estar sujeto a la patria potestad de sus padres no puede decidir dónde vivir, derecho que no resulta enervado por el hecho de que transitoriamente no lo ocupara (...)».

En su Sentencia n.º 179 de 17 de junio del 2008, primer Considerando, de la cual fue ponente Bolaños Gassó, se resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Provincial de Granma en proceso ordinario sobre nulidad de adjudicación de herencia testamentaria. El recurrente aduce que el tribunal *a quo* considera que para adquirir un menor la propiedad de una vivienda lo que se aplica es el Código de Familia y para nada la Ley General de la Vivienda, que en sus arts. 75 al 79 establece las reglas para la transmisión de los derechos en caso de fallecimiento de su propietario, razonamiento que califica de desacertado e infundado. Igualmente acusa a la Sala de instancia de sustentar que la ocupación no se exige cuando de menores se trata, y en tal sentido califica de que erróneamente ha dejado de considerar el tribunal *a quo* la vigencia de la Disposición Final Primera del Código civil, en la que se define que se rigen por la legislación especial, las relaciones jurídicas relativas a la vivienda urbana y rural, las cuales tendrán preeminencia en este orden. En tal sentido en el segundo motivo de casación, se acusan como infringidos la Disposición Final Primera y el art. 67, ambos del C.c., los arts. 75, 77 y 78 de la Ley General de la Vivienda, y el art. 14 de la Ley de las Notarías Estatales, en el concepto de que es totalmente contrario a Derecho, el dejar de reconocer de que las relaciones jurídicas relativas a la vivienda, ya sea urbana o rural, se rigen por la ley especial (Ley General de la Vivienda), conforme con la mencionada Disposición Final Primera del C.c. Para la herencia intestada, el heredero se puede adjudicar la propiedad si ocupara la vivienda al fallecimiento del propietario, a tenor del art. 77, el que acusa como vulnerado en la escritura pública impugnada, al no exigirse ese requisito por el notario, habiendo teniendo este conocimiento por los propios documentos que le aportaron, que la vivienda quedó ocupada por el recurrente, que se convirtió por la renuncia a la herencia en no heredero, por tanto sostiene que el asunto era de la competencia de la Dirección Municipal de la Vivienda, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 78 de la citada Ley General de la Vivienda, de lo que se colige que la escritura pública impugnada contiene hechos, actos y circunstancias contrarias a Derecho que a su juicio, la convierte en nula, de conformidad con el art. 14 de la Ley notarial y el art. 67, incisos ch) y d) del C.c. Para el tribunal de casación el rechazo del recurso se sostiene en que: «... del examen de la pretensión deducida en la demanda se advierte que está dirigida expresamente a lograr la nulidad de escritura notarial sobre adjudicación de una vivienda por transmisión hereditaria, otorgada a favor de un menor previamente así instituido de quien resultaba titular del inmueble, aduciéndose al respecto que el funcionario estatal ante quien se otorgó dicho instrumento, soslayó el hecho de que el mismo no residía en el lugar al momento del fallecimiento de

la causante, y al respecto vale decir, que aunque ciertamente como afirma el recurrente constituye desacierto por parte de la sala a quo lo consignado en la sentencia recurrida, relativo a que a los menores de edad no les resulta exigible el requisito de ocupación para que proceda la adjudicación cuestionada, y que consecuentemente con tal consideración se casara la sentencia recurrida, la que en su lugar habría de dictarse por esta sala resultaría concordante con su fallo, atendiendo a que en definitiva esa afirmación con la trascendencia absoluta que le viene implícita, sólo resulta incompleta, puesto que en reiteradas ocasiones este órgano se ha pronunciando en sentido de que ese derecho de transmisión no debe conculcarse en casos como el que nos ocupa, en que inequívocamente ajeno a su voluntad por disposición de sus progenitores fue interrumpida su convivencia con la causante al ser extraído del referido inmueble (...).

En su Sentencia n.º 313 de 30 de septiembre del 2008, primer Considerando, de la ponencia de C. Hernández Pérez, el Tribunal Supremo, a través de su Sala de lo Civil y de lo Administrativo, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en proceso ordinario de nulidad de adjudicación de herencia, dictada por el Tribunal Provincial de Camagüey. El recurrente sostiene el recurso interpuesto en dos motivos, a tenor del primero acusa como infringidos los arts. 77 y 79 de la Ley General de la Vivienda, en el concepto de que la Sala de instancia interpreta de manera restrictiva, y por tanto indebidamente, el art. 77 de la mencionada Ley el que expresa literalmente que se le transmitirá la propiedad de la vivienda a los herederos que estuviesen ocupando la vivienda al momento del fallecimiento de su propietario, no distinguiendo la ley en este apartado nada en lo absoluto sobre las posibles causas de justificación que tuviesen dichos herederos para no ocupar el inmueble, por tanto, al dar por probado la Sala que efectivamente la menor no estaba físicamente en el inmueble desde un período anterior al fallecimiento de su madre, titular del inmueble (no constando la misma incluso ni en los registros de dirección ni de consumidor), y aun así reconocerle la ocupación del inmueble, ocupación que debe entenderse como situación de hecho y no como derecho subjetivo, adopta una decisión contraria a Derecho. A tenor del segundo motivo de casación aduce que con las pruebas practicadas quedó probado que si bien la menor vivió un tiempo con sus padres, desde el comienzo de la enfermedad de su madre la niña estuvo al cuidado de su abuela, residiendo en la vivienda de ésta, ahondando en las distintas pruebas aportadas y practicadas durante la sustanciación del proceso en la instancia. Para el Tribunal Supremo, por el contrario: «... estimando acertadamente que la menor hija de la titular del inmueble controvertido, que resulta ser su única y universal heredera, convivía con su madre y su padre en el referido inmueble en el momento en que se produce el fallecimiento de la causante, y el hecho de haberse trasladado para la vivienda de su abuela materna por encontrarse aquella gravemente enferma, obvio resulta que ello obedece a una situación coyuntural, que luego de acontecido el fallecimiento de su progenitora, contando con sólo seis años de edad, y estar su voluntad sujeta a la de terceras personas, tales circunstancias le impidieron retornar a su hogar donde siempre residió, al quedar

definitivamente al cuidado de su abuela, razones que determinan no se estime el motivo segundo del recurso (...)».

En la Sentencia n.º 220 de 30 de julio del 2010, primer Considerando, cuya ponente lo fue Acosta Ricart, se resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana, en el proceso ordinario sobre nulidad de la escritura pública de liquidación de la copropiedad por cuotas, adjudicación de vivienda, constitución de copropiedad por cuotas, cesión de participación, a cuyo tenor el recurrente invocó en los motivos del recurso, entre otras razones, que la sentencia interpelada en su único Considerando consignó que la menor por no tener plena capacidad de regir su persona, encontrándose bajo la guarda y cuidado de sus padres y no tener libre decisión respecto al lugar en donde ha de fijar su morada se le entiende cumplido el requisito de ocupación, por ser criterio reiterado por los tribunales, sin que a tal fin existiese legislación alguna que regule los intereses del menor en cuanto a lo narrado en el único Considerando que se recurre y que, además, en todas las sentencias del Tribunal Supremo que han otorgado los derechos al menor, estos sí han ocupado el inmueble, los que han sido extraído de ese seno, en tanto en este caso la menor nunca ocupó el inmueble, motivo por el cual la decisión judicial conspira en detrimento de los intereses del recurrente, en tanto él cumple los requerimiento del art. 78 de la Ley General de la Vivienda. Se acusa además como infringido el art. 76 a) de la Ley General de la Vivienda, en el sentido de que, a su juicio, la Sala de instancia al dictar la sentencia recurrida, cometió grave error de Derecho, por cuanto no tomó en cuenta lo regulado en dicho precepto legal, en tanto que el heredero o legatario instituido, sólo podrá adjudicarse la vivienda, si ocupaba la vivienda al fallecimiento del causante; por lo que el caso de la menor es sumamente claro, ella nunca ocupó la vivienda y la ocupación es un requisito fundamental por la vía testada a diferencia de la vía intestada, en la que si existiere más de un heredero y uno sólo tuviera derecho a la adjudicación de la vivienda por ser el único que ocupaba física, estable y permanente el inmueble, este según Dictamen n.º 3/1991 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, puede renunciar a su derecho preferente y unirse en copropiedad con los demás herederos, cuestión que no se puede realizar cuando la herencia es testada que sí exige la convivencia física, estable y permanente, además la menor jamás ha ocupado el inmueble, por lo que no le asiste derecho alguno a adquirir en propiedad. No obstante, los argumentos esgrimidos por el recurrente, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo declara SIN LUGAR el recurso bajo el argumento de que *«... ha de entenderse que el hecho de la decisión judicial de convalidar la ocupación de la menor en la vivienda que perteneciera en copropiedad a su padre y a su testador a los fines de la adjudicación es situación que no le es dable cuestionar a quien en definitiva no tiene relación alguna con la sucesión testada del segundo, y quien respalda su legitimación para accionar en el hecho de considerarse parte interesada por el derecho que pudiera generarle el hecho de su*

ocupación en la vivienda por determinado período de tiempo, situación que en su caso se ve imposibilitado de materializar al haberse transferido según el instrumento impugnado, la titularidad del inmueble a favor de la menor, quien por el mismo ha devenido en titular exclusiva de la vivienda, lo que quedó válidamente instrumentado (...). De este modo, sigue sustentando la Sentencia en su segundo Considerando que «... habiéndose establecido en la misma ficción jurídica por la que se convalidó la ocupación de la menor en la vivienda de su testador, necesariamente confluyen en esta las dos exigencias del inciso a) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda (...).».

Por último, también la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, en su Sentencia n.º 11 de 9 de febrero del 2010 (Recurso de apelación), único Considerando, de la cual ponente Alfaro Guillén, ha declarado SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Municipal de Playa en proceso sucesorio sobre operaciones divisorias del caudal hereditario, en el que el recurrente combate la decisión del Tribunal Municipal, basado entre otros argumentos en que la Sala al decidir la adjudicación del inmueble en copropiedad a la parte contraria y entenderse por cumplido el requisito de convivencia física que exige la Ley General de la vivienda en su art. 77, ha ignorado que en modo alguno la ley es una y en este particular el esgrimido precepto no distingue, ni siquiera, —a su hermético criterio—, por su redacción permite realizar una interpretación extensiva en que pudiese avizorarse la posibilidad de adjudicarse a un heredero de los llamados por la ley y que en modo alguno nunca hubiere ocupado de manera permanente el inmueble en cuestión. Arguye además que se trata de un menor que al fallecer su padre sólo le faltaban unos meses para arribar a la mayoría de edad, lo cual se corrobora en el proceso de las diligencias preventivas que precedieron los procesos posteriores, en que cesó la representación materna, para continuar el ejercicio de la acción por sí mismo. No obstante, es criterio del tribunal de apelación de «... que no le asiste razón al inconforme en las razones que alega, toda vez que con acierto afirma del juez de primera instancia que no ha de ser exigido el cumplimiento del requisito ocupacional a quien carente de la capacidad jurídica civil necesaria, dada su minoría de edad, no se encontraba ocupando el inmueble propiedad de la persona de quien trae causa al momento de su fallecimiento, y si bien es cierto que no estamos ante un menor absolutamente carente de capacidad jurídica civil, por cuanto contaba con diecisiete años de edad al momento del deceso del causante, cierto resulta también que del análisis del impreciso texto legal del artículo treinta del Código civil cubano, ordenador de la capacidad restringida en el contexto patrio, no puede entenderse capacitado al menor para la elección de su domicilio por no considerar quienes juzgan que constituya ello necesidad normal de su vida diaria sino particular atinente al ejercicio de la patria potestad ejercida por sus progenitores a cuyo cargo en todo caso se encuentra la determinación del lugar de residencia de los menores a su cuidado, resultando en este orden de ideas intrascendente el corto período de tiempo que medió entre el fallecimiento del causante de la sucesión cuya partición se ventila y el alcance de la mayoría de edad del no recurrente, teniendo en cuenta que el requisito ocupacional que

alega incumplido la apelante, se valora al amparo del artículo setenta y siete de la Ley General de la Vivienda al momento mismo del fallecimiento del titular del inmueble del que se trate, en cuya data se encontraba (el menor) en situación de minoría de edad, según la clara letra del artículo veintinueve, inciso a del Código civil cubano.

De los casos estudiados llama la atención, entre otras razones, la rigidez con la que los abogados representantes de los recurrentes interpretan los preceptos de la Ley General de la Vivienda. Les devora el normativismo kelseniano: reproduciendo los argumentos defendidos en los recursos interpuestos, salta a la vista la manera en la que se aferran a la exégesis de la norma⁹, de modo que la intelección de un precepto legal se ajusta al sentido filológico de cada termino empleado por el legislador, no hay nada más detrás de él, no importa el sentido histórico de aprobación de la norma, el momento en que se aplica, los valores que protege, lo que interesa para estos operadores del Derecho es la dicción de la norma legal, es suficiente con la lectura por el juzgador. La ley exige ocupación, y entonces basta. Lo importante es probar si ocupa o no. Cuesta ver la norma legal en otra dimensión, más allá de la filológica. De ahí expresiones como que «la sala ha apreciado una excepción al requisito de ocupación del inmueble que se exige por la norma al heredero testamentario que no se encuentra prevista en ella, en atención a ser menor de edad, cuestión inaceptable», o «se le concede un derecho al menor sin que fuere merecedor de ello, otorgándole una protección excesiva y sin fundamento legal en relación con lo que específicamente exige el artículo 78 de la Ley General de la Vivienda», en «la herencia intestada, el heredero se puede adjudicar la propiedad si ocupara la vivienda al fallecimiento del propietario, a tenor del artículo 77, el que se vulnera en la escritura pública impugnada, al no exigirse ese requisito por el notario», «la Sala de instancia interpreta de manera restrictiva, y por tanto indebidamente, el art. 77 de la mencionada Ley el que expresa literalmente que se le transmitirá la propiedad de la vivienda a los herederos que estuviesen ocupando la vivienda al momento del fallecimiento de su propietario, no distinguiendo la ley en este apartado nada en lo absoluto sobre las posibles causas de justificación que tuviesen dichos herederos para no ocupar el inmueble», «la Sala al decidir la adjudicación del inmueble en copropiedad con la parte contraria y entenderse por cumplido el requisito de convivencia física que exige la Ley General de la vivienda en su art. 77, ha ignorado que en modo alguno la ley es una y en este particular el esgrimido precepto no distingue, ni siquiera, por su redacción permite realizar una interpretación extensiva en que pudiese avizorarse la posibilidad de adjudicarse a un heredero de los llamados por la ley y que en modo alguno nunca hubiere ocupado de manera permanente el inmueble en cuestión».

⁹ Nos recuerda Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «El razonamiento judicial», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2009, pág. 22, que para la escuela de la exégesis «la interpretación como un proceso de lógica formal, en el cual el hecho, como premisa menor, debía ser subsumido en el texto de la ley o artículo del código civil considerado aplicable como premisa mayor del silogismo jurídico».

El apego a la exégesis puede constatarse en cada uno de los argumentos esgrimidos, la ocupación la exige el legislador, el legislador no prevé expresamente excepciones, donde la ley no distingue, no debemos distinguir, no cabe interpretación extensiva en materia de ocupación del inmueble, en fin, una y otra vez, el Derecho queda reducido a una norma escrita. Lo que esté fuera de ella no es Derecho.

Ante esta posición normativista de entender el Derecho, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo discurren por otros senderos. Desde el 2007 hasta la fecha, sin dejar de exigir el requisito de la ocupación, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha venido matizando el concepto de ocupación cuando de menores se trata. Lástima que no lo han hecho extensivo a personas con discapacidad psíquica e intelectual, a modo de ejemplo, que de igual manera requieren de esta tuición judicial.

Los razonamientos han sido lógicos, la ocupación en una situación fáctica decidida por quien a la postre se vale de ella para interesar, tras el deceso del titular, el reconocimiento de derechos a su favor, si cumple con el resto de los requisitos establecidos en los arts. 76 al 79 de la Ley General de la Vivienda, según el supuesto, ya se trate de un heredero testamentario o legal que además sea ocupante, o de un ocupante, no heredero, que no obstante tendría preferencia para interesar el reconocimiento del derecho a la propiedad del inmueble, con el pago del precio legal correspondiente (*vid.* art. 78 de la Ley General de la Vivienda), *ergo* si se tratare de menores de edad, es plenamente racional que no puede a ellos exigírsele el cumplimiento de este requisito fáctico, porque los menores, de igual manera las personas con discapacidad intelectual o psíquica, declaradas judicialmente incapacitadas, no pueden elegir el lugar donde van a residir, no puede a ellos reclamárseles el cumplimiento de dicho presupuesto, pues son sus padres y tutores quienes en ejercicio de la patria potestad o de la tutela, respectivamente, deciden donde van a residir ellos. En múltiples ocasiones, tras la fractura de la vida conyugal, cuando se trata de un bien propio de uno de los cónyuges, fundamentalmente al ser el titular el esposo, en tanto, que la esposa, preferiblemente progenitora con guarda y cuidado del menor o de los menores, abandona el hogar común y decide establecerse en la vivienda de sus padres o de la nueva pareja que ha establecido, y tras ellas van sus hijos. Y si bien este es el supuesto común, también existen casos en que el causante no es ninguno de los progenitores, pero ha decidido testar a favor de un sobrino, de un primo, de un nieto, o de un menor, no vinculado parentalmente, incluso a favor de un *nasciturus*. En todos estos casos, el menor puede que nunca haya convivido con el titular, a fin de cuentas lo que trasciende no es que la convivencia haya sido intermitente, irregular, que haya sido extraído del inmueble por su progenitora, lo que trasciende en la valoración judicial, es su minoridad, la imposibilidad de decidir *per se* el lugar la ocupación del inmueble.

Las normas de la Ley General de la Vivienda, tantas veces invocadas por los recurrentes, con un apego patológico a cada una de sus letras, están pensadas

para personas que pueden determinar a su libre albedrío el lugar de ocupación de un inmueble, por supuesto con anuencia de sus titulares, pero que como expresión de su voluntad, han decidido convivir en el inmueble, convertirlo en el centro de imputación de su vida cotidiana, o un día abandonarlo y establecerse en otro, con las consecuencias que en Derecho pudiera tener en sede sucesoria, pero el alcance de dichas normas no se aviene a aquellos que no pueden ejercer plenamente su capacidad jurídica, y que no se reduce con exclusividad a los menores de edad. Resulta una miopía jurídica que quebranta importante valores axiológicos de una norma legal, el que se entienda que la excepción no va incluida en la regla, cuando uno de los principios esenciales implícitos en el Código de Familia es la protección de los intereses de los niños y niñas, no sólo en el ámbito social, pedagógico, de salud, sino también en el terreno jurídico.

III. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es muy lamentable que ninguna de las sentencias estudiadas haya empleado como norma de aplicación directa la Convención internacional de los derechos del niño¹⁰, lo que tampoco es usual en las sentencias que dicta la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Familia, cuando dicha Convención ha sido firmada por Cuba el 26 de enero de 1990, y en vigor desde el 20 de septiembre de 1991, de modo que conforme con el art. 20 del C.c.: *«Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado»*, precepto pocas veces invocado en materia civil, pero que constituye el soporte normativo para aplicar la Convención, que una vez ratificada, se convierte en virtud del principio *pacta sunt servanda*, en norma de obligatoria aplicación¹¹. En este sentido expresa la

¹⁰ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución n.º 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49.

¹¹ Vale la pena apuntar, aunque sea a modo de ejemplo, la Sentencia n.º 89 de 29 de octubre del 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, en recurso de apelación (ponente Blanco Pérez) que utiliza este razonamiento para declarar SIN LUGAR dicho recurso promovido por la madre del menor hijo, por el que interesa se revoque la sentencia del tribunal de instancia, que consideró a bien acceder a la modificación del régimen de comunicación entre el padre y el hijo, amparado en el interés superior del menor. A tal fin, sustenta la sentencia de segunda instancia, bajo el cobijo de la Convención internacional de los derechos del niño que: *«no ha logrado demostrar la recurrente el perjuicio cierto que se le ocasiona a su hijo con la decisión judicial de tener una relación un tanto más estrecha con su padre, lo cual en todo caso constituye una excepción en la medida que ambos progenitores cuentan con el derecho legal de disfrutar de la presencia de su hijo en su vida diaria, siendo en realidad una tríada de intereses que se concatenan entre sí pues, de una parte los antes mencionados, de otra los que detentan los menores de acuerdo a las normas que protegen su libre y feliz desarrollo psíquico, social, familiar, intelectual y emocional en tanto cuentan con el derecho a la preocupación directa de quienes los procrearon llevándolos en el camino correcto de la vida y, por último, dicha obligación regulada que deriva un interés no sólo para el infante sino para la propia sociedad en su conjunto»*.

profesora Pérez Silveira, comentarista de este precepto legal, que: «De su contenido e interpretación podemos derivar varios elementos en presencia. Una primera observación parte de su colocación entre las regulaciones contenidas en las Disposiciones Preliminares que afectan a todo el cuerpo legal, y por tanto su observancia y aplicación se extenderá respecto al resto del contenido de la propia norma. Por demás, dado el carácter supletorio que se establece en el art. 8 respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales, el ámbito y consecuencia de aplicación de la norma, resultaría ampliada allende la extensión que deriva de su texto, expandiéndose tanto al sistema de normas en el orden de las relaciones privadas de carácter civil, como a otras que regulan las diversas relaciones jurídicas especiales»¹², dentro de ellas –adiciono–, las relativas al Derecho de Familia. Como también aduce la citada profesora, «el legislador adopta y opta por una posición preferente respecto a la aplicación del tratado reconociendo y confiriéndole una superioridad jerárquica frente a la norma interna. No obstante, dicha afirmación no significa que dada la primacía del tratado frente al ordenamiento interno, y especialmente el que atendemos de manera particular, éste quede derogado o anulado por el tratado, sino que frente a la norma internacional pierde su validez, lo cual conecta con el carácter obligatorio que se asume desde su ratificación, adhesión o aprobación y de la que depende su eficacia»¹³. Por ese motivo, no es de extrañar la preferencia de la aplicación de la Convención internacional que en su art. 3.1 deja explícito que: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*»¹⁴.

¹² Vid. Maelia Esther PÉREZ SILVEIRA, «Comentarios al artículo 20», en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código civil cubano, tomo I, vol. I –Disposiciones Preliminares, Libro I–Relación jurídica*, (en imprenta).

¹³ *Idem*.

¹⁴ En la jurisprudencia argentina se ha esclarecido que: «*La expresión interés superior del menor ha sido criticada por su imprecisión, aunque la mayoría de la doctrina se inclina en sostener que cuando se presentan conflictos de interés entre un niño y otra persona (...) los intereses del niño priman por sobre los de otras personas o instituciones, no pudiendo adoptarse soluciones a priori sino en función de la multiplicidad de factores que rodean cada caso*». C. 4.ª Civ. y Com. Mza. – 13/10/2005 – Causa n.º 1.632-03/4F/29.008 – «LICATA TERESA HERMINIA POR SU HIJO SÁNCHEZ NICOLÁS ARIEL c/ SÁNCHEZ NÉSTOR HUGO p/Autorización».

Se ha dicho, no sin razón, que «el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades», precisamente al estudiar el art. 3.1., puede comprobarse que «su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades». En este sentido se ha llegado a decir que «la disposición del artículo tercero de la Convención constituye “un principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y

De este modo la invocación del art. 3.1 es plausible en supuestos en que se litiguen los derechos sobre una vivienda en Cuba en la que estén involucrados intereses de menores. Tratándose además la vivienda del bien, en el orden patrimonial, de mayor significación jurídica y social para un menor, no hay dudas que el tribunal que debe fallar el asunto sometido a su fuero, deberá atender los intereses del menor, primordialmente, según el propio dictado del mencionado precepto. Al incorporarse un tratado internacional a una norma interna, alcanza igual valor que la ley, incluso le supera en aquellos aspectos en los que le contradice, según dispone el propio art. 20 del C.c., en tanto «resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna»¹⁵, de modo que tampoco trasciende el hecho de que la aprobación de la Convención internacional de los derechos del niño, e incluso su ratificación por Cuba, sea posterior a la promulgación de la Ley General de la Vivienda, en todo caso, la aplicación e interpretación de los preceptos contenidos en esta norma deben ajustarse, según el dictado del art. 20 del C.c., a la protección del interés superior del menor.

IV. LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA EN SEDE NOTARIAL A FAVOR DE MENORES CUANDO ESTOS NO LA OCUPAN. EL DICTAMEN 6/2010 DE LA DIRECCIÓN DE REGISTROS CIVILES Y NOTARÍAS

Por fortuna, la aplicación de las normas en materia de transmisión *mortis causa* de la vivienda de residencia permanente en supuestos de concurrencia de menores que ha venido dando la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, ha tenido oídos receptivos en la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, la cual, a tenor de lo establecido en el art. 3 del Reglamento notarial, ha dado su interpretación sobre el particular, a través del Dictamen 6/2010 de 20 de agosto, que resulta de obligatoria aplicación para el notariado del país. De esta manera se unifican los criterios, tanto en sede judicial, como extrajudicial, en la que el notariado lleva la mayor parte.

En lo que nos concierne a este tópico del Dictamen de referencia, la consulta que llevara a que la Dirección de Registros Civiles y Notarías se pronunciara, se formuló en los siguientes términos:

no las que los conculquen». *Vid.* Miguel CILLERO BRUÑOL, «El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño», pág. 8, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, consultado el 14 de noviembre del 2010. Este mismo autor, expresa (pág. 12) que «el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados», «Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos».

¹⁵ *Vid.* M. E. PÉREZ SILVERIA, «Comentarios al artículo...», *cit.*

«Al interpretarse y aplicarse al pie de la letra, lo dispuesto en el artículo 77 de la citada ley especial (entiéndase Ley General de la Vivienda), se ha considerado que el menor sólo tenía derecho a recibir el valor correspondiente a su participación en el bien inmueble, objeto de la herencia. Solución que se ofreció en este propio caso en una oportunidad anterior, en el que el menor fue llamado a otra transmisión hereditaria, como se comprobó de la lectura del título dominico (...) en la vía judicial es política del tribunal considerar que en el caso de los menores de edad, la interpretación del citado precepto debe tomar otro sendero y alcance. El actuar del órgano jurisdiccional parte del análisis del hecho de que el menor, lógicamente, carente de capacidad de obrar, está sujeto a patria potestad o a tutoría, en éste último caso a falta de sus progenitores, y consecuentemente, no puede determinar su domicilio, por tanto, considera que no se le puede excluir de la posibilidad de optar por la propiedad del inmueble aunque no conviviera con el causante al momento de ocurrir su fallecimiento. Presiden tales pronunciamientos principios de justicia social, dignos de tomar en cuenta en la vía notarial, pues dada la naturaleza irreal de la tasación oficial de los inmuebles, el menor inmerso en esta situación, puede ser colocado en estado de indefensión o resultar perjudicado si el notario actuante se limita a conformarse con la aplicación de la supramencionada norma, sin otra referencia que su domicilio legal».

Sin dudas, la consulta es expresión de las preocupaciones del gremio notarial, una buena parte de los documentos notariales que autorizan a diario los notarios atañen a escrituras de adjudicación de vivienda, en las que resultan interesados menores que no ocupaban el inmueble al momento del fallecimiento de su titular. Como toda lógica indica, si los derroteros del Tribunal Supremo van dirigidos a la tutela de la protección del interés superior del menor, resulta racional que en sede notarial pueda solventarse esta pretensión cuando los herederos estén contestes con que el menor pueda adjudicarse el inmueble, dado que de existir contradicción, el conflicto quedaría avocado al foro. En tal sentido, la Dirección de Registros Civiles y Notarías se pronuncia en su Dictamen 6/2010 de 20 de agosto, manifestando su aquiescencia con los planteamientos de la notario consultante, en cuyo auxilio sustenta además en el orden del Derecho positivo (en el apartado Segundo) que: *«el principio constitucional referido a que la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad, basado en que en esta etapa de la vida es cuando se depende de los demás para el ejercicio de los derechos y también por los postulados humanos y jurídicos que sirvieron de fuente para la adopción de la Convención de los Derechos del Niño en Cuba, firmada el 26 de enero de 1990, en vigor desde el 20 de septiembre de 1991, publicándose íntegramente su texto, en la Gaceta Oficial de la República, cuyo núcleo se nutre de que «no hay nada más importante que un niño y una niña» y en ese instrumento jurídico se reconoce que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales; que el niño, para el logro de su pleno y armonioso desarrollo, debe crecer en el seno de una familia y es al Estado al que le corresponde un adecuado y sistemático tratamiento, que garantice su bienestar en el orden espiritual y material, teniéndose en cuenta los deberes y derechos de los padres, del tutor y de otras personas, responsables y representantes del menor ante la ley, y con ese fin, se adoptan medidas legislativas y administrativas efectivas para el logro de tales objetivos».*

El Dictamen también tiene apoyo en el texto constitucional (apartado Tercero), en tanto: *«La Constitución de la República en su artículo 24 establece que el*

Estado reconoce el derecho de herencia sobre la vivienda de dominio propio y el artículo 38 propugna el deber de asistencia de los padres en la defensa de los intereses legítimos de sus hijos y en la realización de sus justas aspiraciones, principios que a su vez se materializan en el Código de Familia, que tiene dentro de sus objetivos cardinales, contribuir al más eficaz cumplimiento por parte de los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para su desarrollo pleno, poniéndose de manifiesto la alta valoración que se le confiere al ejercicio de los deberes paterno-filiales que conforman el contenido de la patria potestad, desde el sostenimiento material hasta la obligación en el orden jurídico de representarlos, asistirlos y complementar su capacidad».

En tal sentido, resulta crucial la solución ofrecida por el centro directivo de la función notarial en Cuba, que de manera dúctil, acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales y como expresión de la necesidad de adaptar el Derecho vigente a las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Cuba, y con ello también a la realidad social del momento en que se aplica una norma legal, deja explícito que:

«... si el menor de edad, resulta heredero testamentario o ab intestato y se demuestra que no posee otra vivienda de residencia permanente en propiedad, en caso de existir otros herederos y haya común acuerdo entre éstos y los representantes legales del menor, procedería previa aceptación, la adjudicación de la propiedad de dicho inmueble constituyéndose una copropiedad por cuotas, con especial mención a la participación porcentual o en quebrados.

Resultaría entonces, indispensable, tramitar el expediente de utilidad y/o necesidad ante Tribunal competente en los supuestos siguientes:

- a) Si se pretende cobrar la indemnización a que hace referencia el citado artículo 77 y el menor no posee vivienda de residencia permanente en propiedad; o,*
- b) ceder o renunciar a sus derechos como heredero a favor del ocupante del inmueble».*

La solución ofrecida, da recta vía, luz verde a la posibilidad de adjudicación de una vivienda por escritura pública notarial, cuando el menor no la ocupaba al momento del deceso de su titular y existe consenso de los demás herederos ocupantes en constituir una copropiedad por cuotas con el menor. La apoyatura en los principios consagrados en la Constitución, la Convención internacional de los derechos del niño y el Código de Familia, en proceso de integración del Derecho a los fines de colmar posibles lagunas, es un ejemplo de cómo se puede actuar con racionalidad y recto sentido de la inteligencia, en pos de tutelar un interés superior común, a saber: el de los menores de edad, razón misma de ser del Derecho.

V. LOS ECOS DE ESTAS SOLUCIONES: ¿ACASO LLEGAN AL LEGISLADOR?

Amén de los atinados senderos por las que han discurridos sendas soluciones (me refiero a las dadas, tanto por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, como la de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia), que actúan como paliativos de la férrea interpretación que durante años se le ha dado al requisito de la ocupación fáctica de la

vivienda para su ulterior adjudicación por vía sucesoria, en lo que a menores concierne, lo cierto es que el Instituto Nacional de la Vivienda, nunca se ha pronunciado al respecto, ello a pesar de la innumerables resoluciones dictadas en materia inmobiliaria en los últimos veinticinco años, en su gran mayoría reguladoras hasta el más mínimo detalle de los actos de transmisión del dominio de la vivienda y de los solares yermos, complementarias de la Ley General de la Vivienda. Lástima que nunca antes esa entidad administrativa, rectora en la materia, haya tomado en cuenta la necesidad de proteger los intereses de menores de edad y también, de personas con discapacidad intelectual o psíquica, que requieren con carácter perentorio, se les proteja el derecho de reconocérseles a su favor la transmisión por causa de muerte de una vivienda de la que habrían sido instituidos herederos por testamento o declarados por ley, ello a pesar de no reunir el requisito de ocupación.

Con independencia de las soluciones alternativas dadas y que evidencian la dinámica del Derecho y la necesidad de respuestas ágiles, a la vez que certeras, también la norma jurídica en su misma redacción debe ajustarse a esa realidad, a tono con las convenciones internacionales aprobadas y ratificadas por el Estado, que imponen la adaptación del Derecho interno a los postulados y principios enarbolados en dichos instrumentos jurídicos internacionales, compromiso ineludible del Estado ratificante. Los ecos de estos paliativos deben extenderse, incluso más allá de la protección que merece el interés superior del menor. No podemos olvidar que igual protección requieren personas con ciertas discapacidades, ya sean físico-motoras, intelectuales, psíquicas o sensoriales. También Cuba ha ratificado la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Derecho debe ser prudente y prestar especial atención a los sectores vulnerables de la población. No sólo la imperatividad y la coercibilidad son elementos distintos de las normas legales, sino también los valores que ellas encierra. El componente axiológico es consustancial a cualquier norma legal, si es que queremos que el Derecho represente el ideal de justicia al que aspiramos. Ojalá que los ecos de esta interpretación de nuestras normas legales se hagan sentir a favor de otros sectores, también sensibles de la población cubana.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, «El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño», pág. 8, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, consultado el 14 de noviembre del 2010.
- CHIKOC BARREDA, Naiví y HERNÁNDEZ JORGE, Amaury, «La transmisión *mortis causa* del dominio sobre la vivienda propiedad personal», en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Derecho de Sucesiones*, tomo III, La Habana, Félix Varela, 2004.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, *La nueva ley general de la vivienda*, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 1990.

- DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, «La persona individual», en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.), *Derecho Civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002.
- , «Comentarios al artículo 28», en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código civil cubano, Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica* (en imprenta).
- ESPINOSA JIMÉNEZ, Melquiades y HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Rebeca, *Ley General de la Vivienda, concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, La Habana, Ediciones O.N.B.C., 2009.
- OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás, *Creación judicial del Derecho*, discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Breves notas acerca de la transmisión hereditaria de los derechos sobre la vivienda propiedad personal en el ordenamiento positivo cubano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXII, n.º 633, marzo-abril 1996.
- , «A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo III, La Habana, Félix Varela, 2008, págs. 116-134.
- , «De nuevo sobre la nulidad instrumental. Ahora desde la perspectiva que ofrece la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo», en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coords.), *Derecho Notarial*, tomo III, La Habana, Félix Varela, 2008.
- , «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 de jurisprudencia sucesoria*, Managua, Bitecsa, 2010.
- PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther, «Comentarios al artículo 20», en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código civil cubano*, tomo I, vol. I – *Disposiciones Preliminares, Libro I – Relación jurídica* (en imprenta).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «El razonamiento judicial», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2009.

FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n.º 7, de 1.º de agosto de 1992, última modificación, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n.º 3, de 31 de enero de 2003.
- Ley n.º 7/1977, *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, de 19 de agosto, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimpresión, 1983, modificada por el Decreto-Ley n.º 241/2006, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n.º 33, de 27 de septiembre del 2006.
- Código civil de la República de Cuba*, Ley n.º 59/1987, de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCÓ y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Madrid, Dykinson, 2005.
- Ley n.º 51/1985 de 15 de julio, *Del Registro del Estado Civil*, publicación del M.I.N.J.U.S., La Habana, 1998 y su *Reglamento* contenido en la Resolución n.º 157/1985, de 25 de diciembre, del Ministro de Justicia, publicación del M.I.N.J.U.S., La Habana, 1998.

Ley de las Notarías Estatales, Ley n.º 50/1984, de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución n.º 70/1992, de 9 de junio, del Ministro de Justicia.

Ley n.º 65/1988, de 25 de diciembre, *Ley General de la Vivienda* (actualizada) (anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), La Habana, Editorial del Ministerio de Justicia, 2004.

Decreto-Ley n.º 248/2007, de 22 de junio, «Del sistema de identificación y del Registro de electores», en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, n.º 32, de 2 de julio del 2007.