



EL TESTAMENTO NOTARIAL Y ALGUNOS DILEMAS PRÁCTICOS PARA LOGRAR LA ADJUDICACIÓN DE HERENCIA TESTADA. A PROPÓSITO DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Esp. Marla I. Delgado Knight¹

ORCID 0000-0003-1206-2092

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Marla I. Delgado Knight (2020): "El testamento notarial y algunos dilemas prácticos para lograr la adjudicación de herencia testada. A propósito de una resolución judicial", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (diciembre 2019). En línea: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/01/testamento-notarial-herencia.html>

Resumen

Nuestro Código Civil desterró la figura del heredero forzoso e introdujo a los noveles herederos especialmente protegidos (institución que surge como una nueva limitación a la libertad de testar con el fin de reducir el número de personas favorecidas con la legítima), al tutelar a las personas que a la muerte del causante pierden su sostén monetario, precisamente por no encontrarse aptos para trabajar y depender económicamente de aquel; en tal sentido el ánimo del legislador está encaminado a no dejar sin protección a los mismos, destinándoles la mitad de la herencia, según el artículo 492 de nuestra Legislación Civil Sustantiva, sin embargo en ocasiones la voluntad del testador se ve limitada o demasiado retardada por otras cuestiones que dificultan su fin último, la adjudicación de los bienes.

Palabras claves; testamento, herederos forzosos, adjudicación de bienes, voluntad, la legítima

Summary

Our Civil Code banished the figure of the forced heir and introduced the specially protected heir novels (institution that emerges as a new limitation to the freedom to test in order to reduce the number of people favored with the legitimate one), by guarding people that upon the death of the deceased they lose their monetary support, precisely because they are not fit to work and depend economically on it; in this sense the mood of the legislator is aimed at not leaving them without protection, allocating half of the inheritance, according to article 492 of our Substantive

¹ Profesora Asistente de Derecho Civil, Notarial del Departamento Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas Universidad de Ciego de Ávila, Notaria.

Civil Legislation, however sometimes the testator's will is limited or too delayed by other issues that hinder its ultimate purpose, the adjudication of goods.

Keywords; testament, forced heirs, adjudication of property, will, the legitimate

Sumario:

- 1. Preámbulo. 2. Antecedentes y evolución de la sucesión testamentaria. 3. Pinceladas históricas en torno a la institución de los herederos especialmente protegidos. 4. Los herederos especialmente protegidos en el Código Civil Cubano. 4.1 Sujetos considerados especialmente protegidos. 4.2 De la libertad de testar en concreto. 5. El espinoso camino para la adjudicación de herencia testada ¿Necesario expediente de utilidad y necesidad para adjudicar bienes de herencia testada a herederos especialmente protegidos? 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.**

1. Preámbulo.

El vigente Código Civil de 1987 que puso fin a casi un siglo de dominio español en la regulación de las relaciones jurídicas civiles en Cuba, consagró su Libro Cuarto a la regulación de las Sucesiones Hereditarias, y a tal efecto, dedica ochenta y un artículos a este tema². En su larga faena codificadora el legislador cubano redujo el número de preceptos que en general contenía el cuerpo normativo español y en especial, los más de cuatrocientos preceptos que dedicara éste a la regulación de las Sucesiones. En tal sentido, unido a la economía preceptuar desarrollada por el legislador cubano, aparecen importantes cambios en sede sucesoria, entre ellos, podemos destacar el no reconocimiento de los “herederos forzosos” que regulaba el Código Civil español de 1888, a los que la Ley les reservaba una porción determinada de los bienes del testador, porción que denominaban legítima y por ende constituía una limitación a la libertad de testar; el objetivo perseguido por este sistema legitimario era lograr la perpetuación de la propiedad familiar para que el caudal hereditario quedase en manos de los parientes más cercanos al causante; quiere ello decir, que bastaba el vínculo parental consanguíneo para que el testador se viera compelido a reservarles la legítima.

2. Antecedentes y evolución de la sucesión testamentaria.

La sucesión testamentaria es producto de la época en que la propiedad privada se ha abierto paso definitivamente llegando a individualizarse de forma tal que el propietario puede disponer libremente de sus bienes independizados de los de otro propietario cualquiera; como se colige, en la época gentilicia nadie podía disponer personalmente de los bienes que eran de la comunidad; aún más, la facultad de disposición del propietario para después de su muerte solo es concebible cuando la propiedad ha alcanzado un grado tal de individualización que hace que el propietario se identifique absolutamente con sus bienes y surge la concepción jurídica-psicológica de que su poder sobre su patrimonio puede extenderse más allá de su muerte, por encima, incluso, de las disposiciones legales establecidas para la sucesión intestada.³ En su

² El libro de las Sucesiones Hereditarias comprende los artículos del 466 al 547 del vigente Código Civil.

³ *Cit pos.* FELIU FIGUEREDO Edith Katherine: *La renuncia a la herencia en la legislación sucesoria cubana*, Tesis en opción al Título de Especialista en Derecho Civil, Patrimonial y de Familia, Universidad de Camagüey, 2004.

concepción el Testamento es una ficción jurídica, es una abstracción del derecho que permite al titular de un patrimonio extender los límites de su personalidad más allá de su muerte.

El Testamento, pues, es el documento jurídico por el cual una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de este para después de su muerte⁴.

Las sociedades más antiguas, fundadas en el llamado Modelo de Producción Asiático, no conocieron o al menos en ellos no hubo significativos desarrollos de la propiedad privada sobre los medios fundamentales de producción, esto conllevó a que la sucesión hereditaria no llegara a alcanzar las formulaciones y concepciones doctrinales que tuvo en los Estados Esclavistas Clásicos. El Derecho Sucesorio en los pueblos del Antiguo Oriente tales como: Egipto, Mesopotámica, la India, Indochina, China, etc., quedó en incipientes estadios de desarrollo ya que la propiedad sobre los medios fundamentales de producción se mantuvo como una forma de propiedad colectiva representada por el monarca, lo cual al mismo tiempo era Jefe de Estado y encarnación del dios de la tierra. La desintegración de la propiedad ayudó en la fase de la comunidad aldeana, en las comunas de los campesinos trababan para el poder central, el cual los explotaba a través del cobro de impuestos sobre el excedente de producción, de manera tal que existía una fuente de esclavitud generalizada, donde la individualidad aparecía subordinada a la colectividad y solo eran objeto de sucesión de bienes de uso personal del causante. En estas condiciones de desarrollo limitado de la propiedad y por ende del Derecho Sucesorio, la sucesión testamentaria no tiene cabida, ella es propia de momentos posteriores del desarrollo socio-económico y jurídico de la civilización.

Los Estados Esclavistas Clásicos presentan un modelo de desarrollo absolutamente diferente a los del Modo de Producción Asiático, su base económica se fundamenta en la propiedad privada, individual, sobre los medios fundamentales de producción; en ellos la individualización de la propiedad alcanza un grado tal que posibilita un desarrollo inusitado del derecho de sucesiones mortis-causa, primero de la sucesión intestada y, ya en etapas superiores, de la sucesión testamentaria⁵.

Aunque existen antecedentes en otros pueblos, la génesis de la sucesión testamentaria se encuentra en el pasado greco-latino, alcanzando su plena configuración jurídica en la Roma esclavista⁶.

⁴ *Vid gr.* artículo 476 del Código Civil vigente en Cuba.

⁵ *Cit. pos* GONZALEZ RAMIREZ, Delmis y PEREZ GUERRA, Yanara : "La regulación jurídica de los Herederos Especialmente Protegidos en el Código Civil", *Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho*. Camagüey, 2001.

⁶ Originariamente, la familia patriarcal romana absorbía la personalidad de sus miembros, los cuales, tanto para los fines religiosos como políticos y económicos, se hallaban bajo la potestad del pater familia, el que cumplía a la vez las funciones de sacerdote, jefe familiar, juez y propietario único. Al morir el pater familia, le sucedía en sus funciones uno de sus hijos primando los principios de masculinidad y primogenitura, propios de la organización patriarcal. En esta situación se aprecia un rasgo típico del sistema sucesorio latino, ser heredero es adquirir una cualidad personal, una especial dignidad política religiosa y familiar me permite y obliga, a la vez, a continuar las funciones que, tanto en el grupo familiar como en relación con otras familias, venía complicando el parter familia extinto, al que sucedía también de forma inexorable en todos sus deberes, respondiendo de tales obligaciones con su patrimonio como si personalmente las hubiera contraído.

El devenir histórico llevó al desmoronamiento de la organización patriarcal; sin son varios los hijos sometidos a la potestad del pater, cada uno de ellos se erige como cabeza de familia a la muerte de aquel.

El testamento entre los romanos tiene su génesis en la época republicana, donde lentamente y bajo el influjo de los patrones el testamento se va convirtiendo en un acto dispositivo unilateral mortis-causa. Ello fue posible, como ya se ha apuntado, por el desarrollo inusitado que alcanza la propiedad privada individual que posibilita que el propietario

Múltiples fueron los aportes que el Derecho Romano hizo a la sucesión testamentaria y sus instituciones, vigentes en la actualidad, en el espíritu y concepciones jurídico doctrinales contenidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, hecho posible por ser, precisamente el Derecho romano, el primer derecho dictado en condiciones de alta generalidad para regular las relaciones propias de una sociedad mercantilista como lo fue la sociedad esclavista romana. Roma tuvo que afrontar con un alto sentido de abstracción y generalización la elaboración jurídica propia de su sistema, a fin de adecuarla a diferentes pueblos, por lo que sus normas fueron elaboradas con una perspectiva de largo alcance.

Resulta de especial interés destacar la significación que tuvo la sucesión mortis-causa en el Derecho Español, el cual fuera el antecedente directo del Derecho sucesorio en Cuba.

En el período visigótico de la historia española, la sucesión testamentaria y el testamento se diferenciaron rápidamente. Las fuentes legales de la época llevan la impronta del Derecho Romano prejustineano en mezcla con los principios sucesorios germanos.

El período de reconquista y de formación del Estado Nacional Español estuvo signado por la creciente y definitiva feudalización, a partir de la cual el Derecho de sucesiones se desarrolla, como ya se ha apuntado sobre las bases de la primogenitura y la masculinidad.

Ya en el siglo XIX, luego de la convulsa situación que España vive se promulga el Código civil español el cual presentó un triunfo de la burguesías española en pro del desarrollo capitalista. Dicho código fue una copia poco disimulada del que la burguesía francesa se había dado con el llamado Código Civil de los Franceses o Código Napoleónico. El Código Civil Español fue extrapolado a Cuba, donde rigió las relaciones civiles desde el 5 de noviembre de 1889, hasta el 15 de abril de 1988, momento en que entra en vigor el Código Civil Cubano publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre de 1987.

El triunfo de la Revolución cubana y las colosales transformaciones socio-económicas llevadas a cabo, quebrantaron las bases que sustentaban el Derecho de Sucesiones burgués, la eliminación de la propiedad privada y su sustitución de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, determinan el surgimiento de una nueva legislación sucesoria que tiene su base en la transmisión, por causa de muerte, de los bienes del causante constitutivos de su propiedad personal. Quedan atrás las concepciones de mantener la propiedad privada en manos de la familia consanguínea y, al mismo tiempo, desaparece la figura del heredero forzoso y el régimen legitimario otorgándose al titular del patrimonio la más amplia libertad de testar, limitada únicamente por la existencia de los herederos especialmente protegidos⁷.

llegue a extender sus poderes o facultades de disposición sobre su patrimonio más allá de los límites de la vida. Más tarde, ya en la época imperial, las formas testamentarias exclusivamente unilaterales se simplifican y multiplican.

⁷ Cfr. SANCHEZ TOLERO Humberto Jose y COBAS COBIELLA Maria Elena.: *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Edit. ENPS, La Habana, 1989.

3. Algunas consideraciones históricas en torno a la institución de los herederos especialmente protegidos.

La institución de herederos especialmente protegidos tiene como precedente indirecto la regulación de los herederos forzosos por la legislación española, pero los mismos no son sino el punto de partida de los noveles herederos especialmente protegidos de nuestra legislación; pues el legislador cubano al desterrar del Código Civil de 1987 el clásico sistema legitimario español instituye a los citados herederos condicionándolos a dos circunstancias indispensables, o sea, dos requisitos sine qua non que el centenario Código Civil español no contempló, pues éste solo se limitaba a proteger a los llamados herederos forzosos que eran los más próximos al causante por el vínculo parental consanguíneo.

No obstante se destacan algunos cuerpos legales como antecedentes más directos y que influyeron notablemente en la regulación de los supramentados herederos especialmente protegidos, son éstos: los Códigos Civiles de la ex-Europa del Este (fundamentalmente Rusia, Alemania Democrática, Hungría, Bulgaria, entre otros), que suprimieron la figura del heredero forzoso, y lo redujeron al concepto de herederos con especial protección, condicionando su reconocimiento a la incapacidad para trabajar y a la dependencia económica respecto al causante; circunstancias que también tiene presente nuestro Código Civil de 1987 al reconocer la existencia de herederos especialmente protegidos⁸.

Consideramos que como facultad legal, la libertad de testar se manifiesta en dos aspectos fundamentales, uno subjetivo referido a la libertad de instituir heredero a cualquier persona y otro objetivo que implica la libertad de disposición de cualquier bien.

El tema de la libertad de testar es uno de los más discutidos en materia sucesoria, y existen teorías que defienden la absoluta libertad de testar a partir de que la misma robustece la autoridad paterna, impide la pulverización de la propiedad, favorece la estabilidad familiar y permite dar satisfacción a toda clase de obligaciones y deseos del testador.

De manera general las teorías de la absoluta libertad de testar y de la sucesión forzosa no han tenido gran reconocimiento, tienen más apoyo las que admiten la libertad de testar sobre la base de proteger a determinados parientes, dado que las sucesiones se enlazan con la institución de la familia y con los deberes que surgen con el matrimonio, la procreación, y el parentesco en general, y en tal sentido se pronuncian la mayoría de los cuerpos legislativos con variación respecto al número y clases de familiares que deben ser protegidos por la ley.

El Código Civil español sirve de colofón a la evolución de la legislación histórica española con la promulgación en 1887 del Código Civil español. El clásico sistema legitimario español regulaba como su nombre lo indica la legítima, que no es más que la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos⁹.

⁸ *Cit. pos* GONZALEZ RAMIREZ, Delmis y PEREZ GUERRA, Yanara : op. Cit.

⁹ Todo lo tratado en materia de herederos forzosos en nuestro trabajo se basa en la legislación española anterior a la reforma; pues dicho Código Civil español de 1888 es reformado por la ley de 13 de mayo de 1981 (donde se eliminó la distinción entre los hijos legítimos, naturales e ilegítimos), pero en Cuba continuó vigente el de 1888.

La legítima se nombró así por tener su fundamento en la ley. Esta es la que desde un principio niega al propietario la libertad absoluta de disponer, y señala una porción mayor o menor de bienes a determinadas personas¹⁰.

Es necesario destacar que hubo casos en los cuales la legítima no daba al legitimario el dominio sobre esa porción, sino un derecho distinto como ocurría en el caso del viudo.

La legítima es, como todas las instituciones jurídicas, fruto de una larga evolución histórica todavía inconclusa, puesto que sigue viva en el Derecho positivo actual y pujante en la práctica. Seguramente hoy por hoy, su eliminación total de los Códigos Civiles iría contra el sentir de la mayoría, pues está arraigada en la conciencia social la creencia de que los parientes más próximos del causante, o por lo menos los descendientes, no pueden ser excluidos por el testador, sin razón suficiente, de la sucesión.

En Europa el panorama se vislumbra en similar sentido. La protección familiar se cierra sobre los descendientes, el cónyuge supérstite y los padres del causante, con especial prelación a favor de los primeros constituyendo una limitación a la libertad de testar, reguladas por normas de *ius congens*. Esta cuota asciende a la mitad en Alemania, Grecia, Holanda, Hungría y Austria. En Bélgica, Luxemburgo y Francia la legítima de los descendientes puede fluctuar desde la mitad hasta tres cuartas partes de la herencia, en dependencia del número de herederos que sobrevivan al *de cuius*, en tanto para los ascendientes en Francia y Bélgica se dispersa una cuarta parte de la herencia para cada línea de ascendientes que concurran a la sucesión. En Italia la cuota legitimaria de los descendientes puede ser de la mitad y llegar a los dos tercios si son varios los descendientes sucesores, en tanto la del cónyuge asciende a la mitad y la de los ascendientes de concurrir solos a un cuarto. Sin embargo en el Reino Unido, la libertad de testar es absoluta al no existir la institución de la legítima¹¹.

Este gran abanico que abre el estudio de los sistemas legitimarios en el Derecho Comparado conlleva a la conclusión de que en el sistema de Derecho continental las legítimas se imponen como freno a la libertad de testar y aún los códigos de segunda generación como el de Italia en Europa, y los de Perú y Paraguay en América no se han atrevido a desmembrar del sistema sucesorio la tutela que dispensa a los parientes más allegados el sistema de legítimas.

Con la promulgación del nuevo Código Civil el 16 de julio de 1987 los hasta entonces herederos forzosos dieron paso a los denominados herederos especialmente protegidos a quienes el legislador les reserva la mitad de la herencia en la sucesión testamentaria¹² norma de derecho imperativo, cuya vulneración por el testador conduce inexorablemente a la nulidad de la institución de heredero bajo causal de preterición (Art. 495.1). La reserva *ex lege* de la mitad del caudal hereditario, se condiciona al requerimiento o *conditio iuris* de la no aptitud para

¹⁰ Cfr. PEREZ ESCOLAR, Marta.: *Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil Español. Revisión de planteamientos y fundamentos de futuro*. ADC, tomo LX, 2007.

¹¹ Vid. Bauer, H.L., et al : *Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa, Unión Internacional del Notariado Latino, CAEM, Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo, IRENE*. 1998.

¹² Vid, gr. artículo 492 del Código Civil vigente en Cuba.

trabajar y la dependencia económica del causante de los descendientes, ascendientes o del cónyuge superviviente, requerimientos *sine qua non* que de consuno deben operar para recibir la cuota legitimaria que el legislador cubano le reserva e impone al testador reservarle en su testamento¹³. Obsérvese que con ello se avanzó en pos de la libertad de testar, reduciendo el círculo de legitimarios a aquellos en los que objetivamente la necesidad perentoria, en el orden económico, tras el deceso de quien constituía su sostén. La desestimación de tales cualidades viabiliza la más palpable libertad testamentaria en el orden subjetivo.

Pudiera parecer, según el análisis literal del artículo 492 del Código Civil cubano, que el legislador suprimió el sistema de legítimas que otros Códigos como el español, el italiano, el francés, el argentino, el uruguayo, el paraguayo entre otros, reconoce; pero sucede que el legislador cubano no hizo más que refrendar una nueva concepción del sistema legitimario. De esta manera se está en presencia de una porción de la herencia reservada por Ley a determinados herederos, pero condicionada a dos requisitos indispensables, que según el artículo 493¹⁴, no son sino, la incapacidad para trabajar y la dependencia económica del causante.

4. Los herederos especialmente protegidos en el Código Civil Cubano.

Nuestro Código Civil, ley 59 de 16 de julio de 1987, regula en su Libro Cuarto el Derecho de Sucesiones, comprendido su concepto en el artículo 466, que le da inicio, como el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del causante después de su muerte, sea esta testamentaria o intestada. Así pues quedan reconocidas en su articulado varias instituciones sustantivas que lo conforman, tales como: la incapacidad para heredar; el derecho a acrecer; los testamentos; los herederos especialmente protegidos; los legados; la sucesión intestada; el derecho de representación; los órdenes de suceder intestado; la adquisición de la herencia que incluye la aceptación y renuncia; la colación y partición; el pago de las deudas hereditarias; las formas, reglas y eficacia de la partición; de la transmisión hereditaria de determinados bienes como los de uso domésticos a convivientes y saldos de cuentas de ahorro; y finalmente trata la transmisión al Estado Cubano¹⁵.

4.1 Sujetos considerados especialmente protegidos.

La legislación Civil sustantiva cubana en materia de Sucesiones recoge en su Libro IV Derecho de Sucesiones, Título II, Capítulo II la regulación jurídica de los herederos especialmente protegidos, que siguiendo la expresión literal que brinda son: los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; el cónyuge sobreviviente y; los ascendientes siempre y cuando no estén aptos para trabajar y dependen económicamente del causante¹⁶.

¹³Vid. a tal fin, Pérez Gallardo, Leonardo B; "*Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los herederos legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto*" en Revista de Derecho Privado, Madrid, abril 1997, pp. 270-292.

¹⁴ Los artículos mencionados son todos los comprendidos en el Código Civil Cubano.

¹⁵ Cfr. Ortiz Martí Alina del Rosario y Ruiz Larrua Raul Saturnino, *El derecho sustantivo en materia de sucesiones y su enmarcación jurídico procesal en razón de la competencia de los tribunales*. Conferencia jurídica nacional, ONBC.

¹⁶ Vid. gr. artículo 493 del Código de Civil de Cuba

Para proteger a los citados herederos el legislador hace comprender en primer orden a los hijos del causante, sin hacer distinción de clase alguna, pues está establecido que todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos tanto dentro como fuera del matrimonio, así también lo regula el Código de Familia en el artículo 75, el que sostiene que todos los hijos son iguales incluyendo a los adoptivos y por ello disfrutan de iguales derechos teniendo los mismos deberes con respecto a sus padres cualquiera que sea el estado civil de éstos.

La especial protección alcanza a los descendientes de segundo o ulterior grado en caso de haber premuerto el hijo con anterioridad al causante. Cabe la crítica a dicho supuesto, pues la protección al nieto está dependiendo de la premuerte del padre; y de hecho nada impide que el abuelo tenga a su cargo a su hijo y a sus nietos, todos incapaces e ineptos para trabajar; aunque algunos tratadistas sostienen que dicha desprotección de los nietos se evitaría si el testador los instituyera herederos en su testamento en la mitad de libre disposición. Pero sucede que ese testador está compelido solo a reservar la mitad de la herencia a los citados herederos especialmente protegidos, y en el supuesto caso que no quisiese disponer la mitad de libre disposición para esos nietos, nada lo obliga porque en nuestro Derecho Sucesorio prima el principio de la libertad de testar.

Si bien se establece un grado de prelación a los hijos y nietos del causante teniendo que premorir al causante el hijo para que el nieto alcance la tutela que le brinda la ley, no sucede así respecto a los ascendientes, por lo cual el legislador emplea el sustantivo genérico "ascendientes"¹⁷ sin supeditar la protección al abuelo a la premuerte del padre. Solo basta con que ambos vivan a la muerte del testador para que éste le reserve la cuota de ley (mitad de la herencia) y que será distribuida por partes iguales.

En tal sentido se reconoce la posición asumida respecto a los ascendientes, pero no se puede compartir la idea de supeditar la protección de los descendientes de los hijos del causante a la premuerte de aquellos; el legislador debió extender los supuestos de aplicación de la norma en aras de lograr una verdadera justicia legal y por los propios fines humanistas de la institución, y no limitarla únicamente a la premuerte de tales hijos, sino hacerla extensiva a la renuncia o incapacidad para suceder sobrevenida en aquellos.

Por otra parte la tutela alcanza al cónyuge de matrimonio formalizado cuyo vínculo marital no se hallare disuelto por sentencia firme de divorcio dictada por tribunal competente o por sentencia firme por la que se disponga la nulidad del matrimonio, o por escritura pública de divorcio autorizada por notario competente al momento del fallecimiento del otro cónyuge, manteniendo incluso la condición cuando de ventilarse el divorcio por la vía judicial el deceso del otro cónyuge tenga lugar cualquiera que fuera la instancia que está conociendo del proceso según formula el artículo 519 del Código Civil.

También tendrá idéntica condición el sobreviviente de una unión de hecho que, habiendo reunido ésta los requisitos de singularidad, estabilidad y aptitud legal de los miembros de la

¹⁷ Cfr. Artículo 493.1 c) del Código Civil de Cuba.

pareja, pueda instar judicialmente a tenor del párrafo primero del artículo 18 del Código de Familia el reconocimiento de esa unión matrimonial no formalizada, que a partir de entonces y con carácter retroactivo surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente.

4.2 De la libertad de testar en concreto.

En primer lugar, la sucesión se defiende por la voluntad manifestada en testamento y, en su defecto, por disposición de la ley, de modo que se afirma la preeminencia de la voluntad por encima de la designación legal de los sucesores en los bienes y demás relaciones jurídicas transmisibles.

En realidad, con la expresión “libertad de testar”¹⁸ se hace referencia a dos cuestiones diversas, y es en ellas donde de verdad se manifiesta su distinto alcance en cada ordenamiento jurídico que se someta a consideración. En términos más amplios, libertad de testar significa la facultad que se reconoce a las personas de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza el legislador, que opera entonces como ordenación subsidiaria de la sucesión. La libertad de testar es la libertad para otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil –entonces, habría que buscar una expresión más amplia como libertad de destinar *mortis causa*– para regular la sucesión por causa de muerte y, por lo tanto, para evitar el reparto igualitario que es la base de la sucesión intestada. En todos los ordenamientos jurídicos se reconoce esta libertad de testar. Cosa distinta es la libertad para decidir el contenido del testamento. Aquí sí que se evidencia la mayor o menor extensión de la libertad de testar. El causante puede ver restringida esta libertad por la existencia de legítimas o de deberes alimenticios respecto de determinados familiares, o gozar de la posibilidad de destinar incluso todos sus bienes para personas o fines ajenos a su círculo familiar más próximo. Aun reconociéndose el derecho de determinados familiares a la legítima, la libertad del causante es mayor si esa legítima es colectiva y puede repartirla, total o parcialmente, del modo en que le plazca –lo mismo si hay una parte de legítima destinada a mejora– que no si el reparto es forzosamente igualitario; también es mayor si la legítima consiste en un derecho de crédito y no en una *pars bonorum*, de modo que el causante pueda destinar libremente sus bienes sin perjuicio del derecho de los familiares determinados por la ley a un concreto valor del patrimonio hereditario o, en cambio, deba atribuir forzosamente algunos de sus bienes en pago de las legítimas; y, obviamente, es mayor cuanto menor es la cuota de bienes hereditarios o de su valor reservados en concepto de legítima. Lo mismo cabe decir de los sistemas

¹⁸ La “libertad de testar” se complementa con la “libertad para testar”. Esta distinción la esbocé en DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA (2013, p. 60): “Esta libertad alcanza dos niveles: la libertad de testar, pues el causante puede elegir otorgar testamento o pacto sucesorio o no otorgar ningún negocio *mortis causa*; y la libertad para testar, en el sentido de que el contenido de su acto de última voluntad ha de ser igualmente fruto de su libre albedrío y libre de cualquier vicio de la voluntad”, y la expuse someramente en una conferencia en la Universidad de Santiago de Compostela. Luego TORRES GARCÍA, GARCÍA RUBIO (2014, p. 17) se han referido a la “libertad positiva o libertad «para testar» y libertad negativa o «de testar» en sentido estricto; las autoras señalan que “el sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño (...) implicaría la [libertad] de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la auto realización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad”. Cfr. Vaquer Aloy Antoni, Libertad de testar y condiciones testamentarias, Indret, Revista para el análisis del derecho, p.3, Barcelona 2015.

anglosajones de *family provision*.¹⁹, donde si bien el causante puede distribuir libremente sus bienes para después de la muerte, no solo los familiares sino también otras personas que en vida eran dependientes del causante pueden obtener una participación en el valor de la herencia, con independencia de sus necesidades vitales, pues la *family provision* no equivale a un derecho de alimentos.

5. El espinoso camino para la adjudicación de herencia testada ¿Necesario expediente de utilidad y necesidad para adjudicar bienes de herencia testada a herederos especialmente protegidos?

Lo real y maravilloso de este asunto resulta la solicitud en proceso de jurisdicción voluntaria de expediente de utilidad y necesidad para adjudicar bienes a herederos especialmente protegidos. Los menores de edad resultaban ser herederos especialmente protegidos del causante, además de sus únicos y universales herederos y legatarios, instituciones que se encuentran formalizadas en el Testamento Notarial bajo cuya vigencia fallece el causante, además se instituye como heredera especialmente protegida a la causahabiente XX la cual al momento de ocurrir el fallecimiento había perdido tal condición, pérdida que tiene reflejo legal en el Acta de Notoriedad número 326 formalizada el 20 de agosto del año 2018 ante el propio Notario que autorizó el Testamento Notarial en cuestión.

Por otra parte, la madre de los menores relacionados, que ostenta la patria potestad sobre éstos, requiere en atención a la legislación familiar(según refiere en su escrito de promoción el abogado), la autorización judicial para la adjudicación de la herencia en favor de sus hijos, lo cual concurre además con el hecho cierto de ser albacea instituida de la herencia yacente por voluntad del testador, por lo que tampoco puede concurrir ante Notario Público a adjudicarse a nombre de sus hijos menores los bienes dada la incompatibilidad jurídica del ejercicio del albaceazgo con la adjudicación a nombre y en representación de sus menores hijos, por lo que requiere la intervención judicial a fin de obtener la correspondiente autorización para que el fiscal designado, concurra a la vía notarial para adjudicar los bienes.

A lo cual en Expediente de Jurisdicción Voluntaria 10 del año 2018 se dictaminó por parte de la Fiscalía Municipal de Ciego de Ávila que no era procedente la solicitud realizada en el escrito promocional en tanto la Fiscalía concurre a los actos judiciales o notariales por mandato de Ley, no por autorización del Tribunal, toda vez que su encargo estatal se define en las normas sustantivas que rigen la materia y en concepto de representación las contenidas en el Código Civil y la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico.

En este sentido señaló la Fiscalía que la madre podía representar a sus menores hijos en el acto de adjudicación de herencia, al no ser parte de esta, independiente a su cargo de albacea, que ni riñe con esta condición ante la Ley, por cesar sus funciones de custodia y administración de los bienes, al momento de su trasmisión, por lo que puede comparecer al acto de adjudicación de herencia testada, sin que para ello requiera la presencia del Fiscal.

¹⁹ Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y la mayoría de provincias de Canadá salvo Quebec.

En auto posterior el Tribunal Municipal Popular solicita al promovente encaminar debidamente su pretensión de acuerdo a la naturaleza del proceso y especificar qué bien será adjudicado a cada menor y el estado en el que se encuentra cada uno y proponer al respecto los medios probatorios para justificarlo, en lo particular la duda que me motiva es : el abogado debe especificar los bienes que serán adjudicados a cada menor?, ¿y la voluntad del testador? Válido aclarar que desde el primer escrito de promoción se relacionaba como prueba documental pública el controvertido Testamento Notarial.

En consecuencia la Fiscalía Municipal de Ciego de Ávila consideró que de permitirse la autorización solicitada, se estaría atendiendo al beneficio y utilidad de los menores, viéndose garantizado su futuro con un patrimonio digno, perdurable y en buenas condiciones constructivas. Con la tramitación de este asunto posibilita la actualización de los documentos de propiedad, viéndose limitada la solicitante al momento de realizar trámites legales en representación de sus descendientes, en cuanto al pago del seguro dejado a su menor hijo, por lo que a los efectos es útil su ventilación y autorización judicial.²⁰

En CONSIDERANDO el Auto número 80 dictado el 14 de noviembre de 2018 en la sección de familia del Tribuna Municipal de Ciego de Ávila estipula que según lo preceptuado en el artículo 155 apartado 2 del Código de Familia, el tutor necesitará autorización del Tribunal para realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio de tutelado y analizando que una vez dando traslado al Ministerio Fiscal para que emitirá su dictamen y habiendo realizado este las verificaciones correspondientes, se hizo patente su conformidad con lo solicitado, lo cual es criterio de los que ahora resolvemos, pues dicha autorización es necesaria para realizar el trámite solicitado por tratarse del patrimonio de dos menores legados por su fallecido padre, considerando que esta autorización estaría atendiendo al beneficio y utilidad de estos infantes, viéndose garantizado su futuro con un patrimonio digno, perdurable y en buenas condiciones constructivas, además posibilita la actualización de los documentos de propiedad y la realización de trámites legales, en cuanto al pago del seguro que posee el vehículo dejado al menor WW el cual está a punto de vencer el plazo de pago, máxime si tenemos en cuenta que de lo arrojado en el reconocimiento judicial realizado por la instancia judicial se pudo corroborar que estos bienes tienen perfecto estado de conservación y cuidado, lo que favorecerá ciertamente el patrimonio de estos menores por lo cual se declara HABER LUGAR a la pretensión y en consecuencia se autoriza a la madre de los menores a comparecer ante Notario Público a nombre y en representación de sus hijos menores para adjudicarse los legados y demás bienes que conforman la yacente herencia en favor de estos. Regreso a la interrogante que me motivó: ¿Necesario expediente de utilidad y necesidad para adjudicar bienes de herencia testada a herederos especialmente protegidos?

6. Consideraciones Finales

El derecho a pesar de seguir caminos diferentes en pueblos geográficamente distantes y con

²⁰ Cfr. Rollo Fiscal número 11 del año 2018 asunto Necesidad y Utilidad, Ref. Expediente de Jurisdicción Voluntaria 10 de 2018, Fiscalía Municipal de Ciego de Ávila.

culturas y tradiciones disimiles nos sorprende con las maravillas de las soluciones jurídicas similares o semejantes a pesar de las regulaciones *sui generis* de cada país.

Al sustituirse en el actual Código Civil cubano la tradicional figura de los herederos forzosos por los herederos especialmente protegidos, se amplía la libertad de testar en el orden subjetivo, ya acogida en la Constitución de 1940, que en su artículo 46 restringía la misma a la mitad de la herencia; encontrando como antecedente directo a los caracteres que lo tipifican al Derecho Civil soviético.

Los herederos especialmente protegidos son exclusivos de la sucesión testamentaria, teniendo derecho a la mitad del caudal hereditario siempre que sean ineptos para trabajar y dependan económicamente del causante siendo más amplio el círculo de personas favorecidas al incluirse a los ascendientes; sin embargo, en la sucesión abintestato solo los padres gozan de una muy *sui generis* protección, sucediendo en el primer llamado conjuntamente con los hijos, descendientes y cónyuge supérstite cuando reúne los requisitos exigidos, heredando todos a partes iguales. Siendo considerados por la doctrina herederos con especial protección, aunque el Código Civil no se pronuncie respecto a esto.

Clave en la sucesión testamentaria resulta el Testamento Notarial, por lo que es de vital importancia nuestra función asesora para lograr hilvanar en tan serio instrumento público la voluntad del testador, por supuesto siempre dentro de la legalidad.

Los derechos sucesorios de los herederos deben ser respetados, debemos los operadores jurídicos buscar caminos y salidas ajustadas a la Ley pero menos morosas y retardadas en busca del fin de la sucesión que es la adjudicación de los bienes dejados por el causante.

7. Bibliografía

I.FUENTES DOCTRINALES

Bauer, H.L.: *Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa*, Unión Internacional del Notariado Latino, CAEM, Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo, IRENE. **FELIU FIGUEREDO Edith Katherine**: *La renuncia a la herencia en la legislación sucesoria cubana*, Tesis en opción al Título de Especialista en Derecho Civil, Patrimonial y de Familia, Universidad de Camagüey, 2004. **GONZALEZ RAMIREZ Delmis** y **PEREZ GUERRA, Yanara** : “La regulación jurídica de los Herederos Especialmente Protegidos en el Código Civil”, *Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho*. Camagüey, 2001. **ORTIZ MARTI Alina del Rosario** y **RUIZ LARRUA Raúl Saturnino**, *El derecho sustantivo en materia de sucesiones y su enmarcación jurídico procesal en razón de la competencia de los tribunales*. Conferencia jurídica nacional, ONBC. **PEREZ ESCOLAR Marta.**: *Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil Español. Revisión de planteamientos y fundamentos de futuro*. ADC, tomo LX, 2007. **PEREZ GALLARDO, LEONARDO B.**: *Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Revista de Derecho de Familia, número 49, año XII, 4to trimestre, 2010. **PEREZ GALLARDO, Leonardo B**; “Los

herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los herederos legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto” en Revista de Derecho Privado, Madrid, abril 1997 **SANCHEZ TOLERO Humberto Jose** y **COBAS COBIELLA Maria Elena.**: *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, Edit. ENPS, La Habana, 1989. **VAQUER ALOY ANTONI**, Libertad de testar y condiciones testamentarias, Indret, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona 2015

II. TEXTOS LEGALES

Constitución de la República de Cuba, 1976 (Modificada en julio de 1992 y junio 2002).

Ley Nro. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil cubano., publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba de 15 de octubre de 1987.

Ley No. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico aprobada en sesión de la Asamblea Nacional del Poder Popular celebrada del 12 al 14 de julio de 1977.