El régimen jurídico de la preterición en Cuba

El régimen jurídico de la preterición en Cuba

Yanet Alfaro Guillén

Ediciones ONBC

Edición: Fermín Romero Alfau
Diseño de cubierta: René Alfara Leyva
Diagramación: Gladys Armas Sánchez

© Yanet Alfaro Guillén, 2015
© Sobre la presente edición:
Organización Nacional de
Bufetes Colectivos, ONBC, 2015

Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra,
por cualquier medio o procedimiento, sin la autorización
expresa de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

ISBN 978-959-7234-38-8

Obra editada e impresa por:
Ediciones ONBC
Ave. 41 No. 7208 esq. a 72, Playa
La Habana, Cuba
Teléfono: 214-4208
E-mail: jsuperacion@onbc.cu

A mi madre, por todo lo que significa, por saber siempre cómo ayudarme, por guiarme todo el tiempo, por no haber estado nunca lejos, por quererme con un instinto salvador…

A mi padre, por su presencia constante, por su sencillez, por su talento para todo, por saber siempre lo que necesito, por su incondicionalidad, por adorarme…

A los dos, porque soy dos mitades como ellos, y porque han deseado mucho más que yo este momento…

A mi tutor, porque el mayor de los agradecimientos no cubriría todo lo que me ha enseñado, por haber estado conmigo en cada paso, en cada idea y cada reto, por enseñarme a vencer cada obstáculo, por guiarme hasta en los menos trascendentales aspectos de estos intensos estudios, por ser mi inspiración constante, un ser humano extraordinario y mi maestro siempre…

Introito

La hoy doctora Yanet Alfaro Guillén me ha pedido que le prologue su libro, resultado de su tesis de doctorado, brillantemente defendida a inicios de diciembre de 2012 ante el tribunal designado al efecto. El proemio de un libro no es faena nada fácil, pues constituye el primer escalón que conduce al lector a sumergirse en sus páginas; por lo tanto el prologuista ha de reflejar en pocos párrafos las ideas centrales del libro, a modo de pórtico, sin quitar el más mínimo protagonismo al autor, a la vez de dar a conocer a este último, máxime cuando se trata de su primer libro.

Conozco a la autora desde su época de estudiante universitaria, período en el que destacó por sus agudos análisis en materia de Derecho Civil, y en especial, del Sucesorio, además de su profunda vocación por sus estudios universitarios y por el sentido de la justicia. Tras su egreso de las aulas universitarias comenzó la carrera judicial y se incorporó como profesora a tiempo parcial en nuestra Facultad de Derecho. En estos años he podido constatar su vertiginoso desarrollo profesional y académico; sin duda uno de los más fructíferos en estos últimos tiempos.

Desde que se propuso encauzar su tesis doctoral en el tema del régimen jurídico de la preterición en Cuba, tuvo bien perfilados los contornos de su investigación, el propósito, serio y fundado de sustentar la existencia de una delación legitimaria autónoma, como presupuesto indispensable para el adecuado despliegue de la protección legitimaria. Su tesis

–rectius teoría– se fundamenta en la existencia en el Derecho cubano, a partir de la figura de los "herederos" especialmente protegidos de una delación que cobra sustantividad propia, distinta a la delación testamentaria y a la delación ab intestato, compatible, por supuesto, con una legítima de freno, pars bonorum, regulada por el legislador del Código Civil cubano, con contenido, efectos, nomen y fundamentos propios, muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada. De modo que, a partir de ahí se sustenta la existencia de un título sucesorio generativo con el consecuente título sucesorio demostrativo, distintos de los clásicos títulos sucesorios que validan en el tráfico jurídico la condición de heredero testamentario o de heredero ab intestato. Ello, como antecedente indispensable para ubicar atinadamente la situación jurídica de preterición, derivada de la no mención, sin atribución alguna, ya sea por actos inter vivos o mortis causa de bienes para hacer pago a esta legítima que, reforzando la idea, se erige como una cortapisa a la libertad de testar. A su juicio, tras la preterición de un "heredero" especialmente protegido, este encuentra en la delación legitimaria la razón que sustenta su necesaria atribución, convirtiéndose las acciones tuitivas de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en justos mecanismos que le permiten acudir a la vía judicial para que, a través de las resoluciones judiciales correspondientes, disponga el legitimario del título sucesorio demostrativo que viabiliza la adquisición de su cuota en la herencia.

Vale señalar la necesaria distinción que hace la autora en sede de preterición entre los efectos preliminares, diríamos que clásicos en los estudios sobre el tema, y los que luego denomina efectos definitivos que interactúan en razón de la adjudicación de los bienes que por concepto de legitimario le corresponden a este. En tal orden, la autora sustenta por qué los efectos derivativos que la acción por preterición

provoca hacia la sucesión ab intestato es una posición gnoseológica superable a partir del encuadramiento teórico de una sucesión legitimaria, particular que estoy seguro no será compartido por todo el gremio jurídico, primero por la fuerza contraria que ha venido sustentando autores clásicos del Derecho sucesorio español, con gran arraigo entre la doctrina científica y los operadores del Derecho del país, como Cámara Álvarez, Vallet de Goytisolo, Albaladejo, entre otros, y segundo por el apego que hoy todavía se tiene entre los operadores del Derecho a la exégesis como método de interpretación jurídica. De todas maneras, no puedo negar que la existencia de una delación legitimaria es todavía hoy un tema sumamente polémico y controvertido, de manera que cualquier posición que se sustancie desde un enfoque científico, sistemático y coherente debe ser, por respeto a la evolución de las ciencias jurídicas en nuestro país, recepcionada por el gremio científico. No caben dudas que compartamos o no la posición de la autora, hay que reconocer el mérito de presentar a la comunidad científica una teoría, desarrollada acuciosa y armónicamente, sin precedentes en el Derecho patrio, con trascendencia en el ejercicio práctico de la profesión, pues la lectura que de la situación jurídica de preterición hace la autora y la manera en que pueden ser combatidos los efectos que ella provoca, en desmedro de los derechos de los legitimarios, suponen un repensar en la doctrina científica cubana y entre los operadores del Derecho.

Del estudio de las páginas de este texto saltan a la vista, como expone la propia autora, los lamentables desaciertos en que incurre el legislador del Código Civil, al regular en un infortunado precepto –el artículo 495– la preterición, que en su propia sistemática conculca la protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, al ofrecer con naturaleza imperativa la nulidad de la institución de heredero (incluido a otro

legitimario, cuando es este el que ha sido instituido como tal), enervando el despliegue de la propia función preservadora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, consecuentemente, impidiendo la necesaria equiparación entre la situación jurídica del preterido y la del legitimario protegido por el testador, pues al fin y al cabo, de seguirse el dictado del artículo 495.1, la preterición provoca la nulidad de la institución de heredero y la necesaria apertura de la sucesión ab intestato, en la que el preterido concurrirá como un heredero legal más, ya como titular o como concurrente, con el riesgo incluso de no ser llamado, de resultar el preterido un ascendiente de segundo grado, no previsto en el primero de los llamados sucesorios.

Las carencias de un armónico y coherente régimen jurídico de la preterición en Cuba reclaman la atención en los ámbitos de su definición y sus efectos. La preterición, en tanto omisión en testamento de toda referencia a la condición legitimaria, sin que tampoco haya existido atribución alguna mortis causa o por actos inter vivos realizados por el testador a favor de un legitimario, es verificable solo al momento de la muerte del causante por ser el instante en que se extienden todos los efectos sucesorios, entre estos el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección, ya sea en sede notarial o judicial. La implementación de cláusulas genéricas de protección legitimaria constituye una alternativa efectiva para excluir la preterición. Su instrumentación requiere de una adecuada función asesora del notario, de la creatividad de su obra y de la redacción precisa y acorde con cada caso, muchas veces ausentes en testamentos, mecánicamente redactados, siguiendo preformas, en nada ajustada a la verdadera voluntad del testador, olvidando el notario su condición de tailleur du Droit. *En su interpretación debe prevalecer la literalidad de sus conteni-*

dos y sin vinculaciones a la previsibilidad, conocimiento o presumible voluntad del causante.

Entre los principales aportes de este libro, de corte monográfico, cabe apuntar además la idea defendida con pasión por la autora y que se erige una verdad a imponerse de que la restricción de los supuestos de hecho de la preterición reduce las probabilidades de su tipificación, y con ello disminuyen también las lesiones legitimarias al aumentar el espectro de protección. Hay pues que aplicar e interpretar el Derecho siempre en la idónea procura de evitar situaciones de preterición, que a la postre lesionen las pretensiones legitimarias en un ordenamiento en el que la legítima desempeña una función asistencial que se justifica y se acompasa con los valores de altruismo y solidaridad, consagrados constitucionalmente.

Resalto, por último, uno de los aportes de más valor académico y trascendencia jurídica: la sistematización de los efectos preliminares y definitivos que de forma sucesiva la preterición provoca. Los primeros permiten al preterido impugnar los actos del causante que quebrantan su derecho (así las acciones de nulidad de la institución de heredero, las de reducción de donaciones y legados inoficiosos, la de complemento de legítima, entre otras). Los definitivos, luego del exitoso ejercicio de los primeros, posibilitan al lesionado adquirir la porción legitimaria, previo el éxito de la acción declarativa de su condición y la atribución a través de un título judicial de la legítima lesionada. Tal sistematización de los efectos de la preterición debe tener como presupuesto ese equilibrio –al que ya se ha hecho referencia– entre la situación jurídica del preterido y la del legitimario protegido por el testador. En ese sentido deben orientarse las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber legitimario a proporcionar al preterido una cobertura equivalente a la que estaba obligado a dispensar el testador, a través de exi-

toso ejercicio de las acciones correspondientes, como enfáticamente concluye la propia autora.

Los ecos de esta investigación, hoy convertido en libro, ya hoy se sienten en la propia jurisprudencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. En una reciente sentencia (la 154 de 24 de abril de 2013), dictada por dicha sala, de la cual fue ponente su presidente (Díaz Tenreiro), se dice por el Alto Foro que no hay preterición de una menor, especialmente protegida, no mencionada en el testamento, cuando el único legado deferido por testamento no excede la porción sobre la que se podía disponer libremente, en tanto existen otros bienes, atribuibles por vía ab intestato, de modo que dicho tribunal desecha la tesis de existencia de preterición en uno de los supuestos excepcionales en que opera una sucesión mixta, en tanto el testador solo había dispuesto de un bien por legado, pero había dejado de asignar el resto de los bienes, los cuales por disposición legal serían atribuidos a los herederos ab intestato, entre los que se incluía la menor, a la postre heredera del primer llamado sucesorio, razón por la cual, siguiendo la tesis de la Alfaro Guillén, no hay preterición, aun cuando no haya mención en el testamento, por no cumplirse con el segundo presupuesto de que a su favor no hubiere atribución de bien alguno, pues la menor resultaría beneficiada de algún modo en la sucesión, aun cuando cabría alegar a su favor la posibilidad de ejercicio de un acción de complemento ex artículo 494 del Código Civil, sí así fuera el caso.

Todavía sería muy prematuro evaluar el impacto sociojurídico del texto que se pone en consideración del lector. Los efectos en el Derecho son expansivos y prolongados en el tiempo. Las leyes pueden cambiar, pero la mente de los hombres suele ser muy reticente a la manera en que tradicionalmente han sido interpretadas y aplicadas las instituciones jurídicas.

Alfaro Guillén nos pone a pensar en cada página de este texto. Su doble condición de profesora y jueza le permitirá expandir con vuelo académico las fecundas ideas trazadas en estas páginas, a la vez que volcarlas en tinta indeleble, en los controvertidos asuntos que cada vez, con más frecuencia, se suscitan en torno a la preterición de legitimarios, dada la impronta con la que el legislador patrio ha teñido la legítima en Cuba, y en consecuencia, su siempre polémicos destinatarios.

Solo expresar que una vez más se cumple el adagio de que los discípulos superan al profesor. Y ello me hace sentir regocijado, porque la seriedad de esta investigación, que contó además con el apoyo del profesor Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, quien facilitó la estancia de la autora en sendas oportunidades, permitiéndole abrevar de las fuentes bibliográficas del país ibérico, ha logrado obtener todos los lauros que merece, desde la felicitación unánime del tribunal que la evaluara, hasta el reconocimiento del claustro de Derecho Civil de nuestra universidad. Es un lujo contar en Cuba con investigadoras jóvenes de su talla, con lo cual se da continuidad a la nueva escuela de Derecho Civil cubana que desde los años noventa del pasado siglo se ha venido forjando desde las aulas universitarias, una de cuyas prometedoras exponentes es la autora de este libro.

Leonardo B. Pérez Gallardo
Notario
Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Universidad de La Habana
La Habana, 2 de septiembre de 2013

Introducción

En el momento actual, marcado por la vertiginosidad del desarrollo de las relaciones sociales, pudiera cuestionarse la utilidad de la vigencia de regulaciones legales protectoras de instituciones, como la legítima y los sujetos beneficiarios denominados en la legislación cubana herederos especialmente protegidos. El Derecho de Sucesiones tiene como objeto de estudio el tipo específico de relación jurídica cuyo elemento causal es la muerte, acontecimiento consustancial a la existencia humana, generador de efectos que han sido regulados desde los inicios de las generaciones. Esta nota de esencia resulta explicativa de la antigüedad de algunos institutos de la rama que, desde luego, el devenir normativo ha ido ajustando a las necesidades actuales; sin embargo, a pesar de los siglos transcurridos desde sus primeras concepciones, aún resultan insuficientes los estudios para la conformación de la teoría de las instituciones sucesorias, y en este sentido se ubica la preterición como figura relevante que no logra elevarse sobre una contundente, aunque sí abundante base doctrinal. Son pocos los autores que han logrado profundizar en sus articulaciones conceptuales y en sus presupuestos más allá de aquello que los ordenamientos positivos regulan y los pronunciamientos judiciales contienen, sobre los cuales se vierten con frecuencia análisis titubeantes.[1] *Es por ello que se advierte un estancamiento en el iter evolutivo del instituto que entorpece consecuentemente el desarrollo de su régimen jurídico.*

Las legítimas de origen romanista representan, desde distintos ángulos de enfoque, un límite a la libertad de testar,

cuestión esta que marca su naturaleza. Dada la concepción de un sistema sucesorio opuesto en el que impera la libertad de testar, la legítima y las instituciones afines siempre han sido objeto de críticas por sus efectos limitantes de la volición del causante. En la dialéctica del desarrollo evolutivo de la sucesión legitimaria se ubica su surgimiento en el tránsito de la absoluta libertad de testar imperante en el Derecho quiritario hacia el régimen justinianeo. En este transcurso influyó notablemente el cristianismo al sustituir los antiguos e ilimitados poderes del pater familias por las facultades de afección implícitas en la disposición de la portio legitima a favor de los descendientes.[2] Actualmente se estructuran variantes doctrinales que llegan a sostener argumentos en contra de esta figura en pro de su modificación extrema y hasta de su supresión;[3] sin embargo, las recientes reformas legislativas en sede de legítimas en las codificaciones europeas debilitan la figura pero no la suprimen.[4] Torres García[5] añade que si bien en la actualidad las legítimas no se fundamentan en las mismas bases con las que se regularon originalmente, su eliminación equivaldría a contrariar el sentir de la sociedad de proteger al menos a los descendientes en la sucesión. Al analizar los puntos convergentes en la regulación de los sistemas legitimarios europeos, Cámara Lapuente[6] precisa que, estudiar a profundidad la conveniencia del mantenimiento de la limitación a la libertad que supone la legítima, constituye un aspecto indispensable para la armonización del derecho de sucesiones y debe afrontarse teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas actuales que permiten flexibilizar el deber legitimario. El análisis del tema en el contexto latinoamericano ha sido abordado por Pérez Gallardo,[7] quien revela la tendencia a la elevada fijación de la cuantía de la porción indisponible y aboga por su moderación desde una óptica conciliatoria con la libertad de testar, de modo que opere en la medida admisible.[8]

Si bien es cierto que las instituciones que configuran el sistema legitimario están carentes de novedosas valoraciones que les posibiliten ajustarse a lo que el ciudadano actual necesita de ellas, también lo es que se trata de figuras cuya existencia caracteriza nuestros sistemas sucesorios,[9] que se conciben impregnadas de un incuestionable trasfondo familiar y social, y frente a lo cual los argumentos de orden histórico, económico y estadístico que sus detractores exponen parecen carecer de suficiente fuerza. En el escenario patrio, dada la función social que embebe a la sucesión forzosa, queda frustrado cualquier intento de desvalorización de sus instituciones ante los contundentes cometidos de la protección al individuo incapaz de asumir su propio sustento.

Ahora bien, en la dinámica de un sistema legitimario asistencial el régimen de protección resulta su piedra angular, y en esta sede la preterición es la institución de mayor relevancia. La efectiva protección legitimaria requiere la revisión de los pilares que la sustentan, y los presupuestos de la autonomía de la sucesión forzosa deben ser analizados como puntos de partida indispensables, de conjunto con la ambivalencia funcional de la preterición y el escenario de desabrigo que generan las normas jurídicas que le dedica el Código Civil cubano.

La vinculación de la sucesión forzosa a la testamentaria, originada en el sistema sucesorio romano, limita azarosamente la evolución de sus categorías, sobre todo en lo que al ámbito de protección se refiere, teniendo en cuenta la contradicción que se suscita entre las consecuencias de las violaciones legitimarias y los principios y efectos de la sucesión testada. La conexión de las pilastras fundamentales de la sucesión legitimaria es faena ineludible en la estructuración del adecuado régimen jurídico de sus instituciones, pero los estudios de los que es objeto no llegan a profundizar en estas

articulaciones. En este afán, la delación que la produce, sus efectos, contenido, sujetos y fundamento contribuyen como presupuestos distintivos de esta forma de sucesión.

La preterición soporta la dualidad funcional de proveer al preterido mediante sus efectos, de adecuada tutela a la vez que debe evitar lastrar la voluntas testatoris, de modo que armonice la coexistencia de los principios sucesorios de protección legitimaria y observancia de la voluntad del testador como ley primera de la sucesión. En todo estudio de la categoría estas premisas son insoslayables.[10]

El marco normativo nacional desconoce toda noción conceptual de la preterición, y controvertidamente prevé con implacable severidad sus efectos en el entramado de una normativa omisiva y ambigua. Por demás, en la operatividad del tráfico jurídico en el país se suele trasladar la categoría preterición a otras áreas que son ajenas a la sucesión forzosa: la autorización del título sucesorio ab intestato con exclusión de uno o algunos de los que por ley corresponde ser llamados,[11] *y la partición realizada sin la presencia de todos los comuneros. Este fenómeno debilita también los contornos de la figura en estudio.*

En este orden, las instituciones legitimarias trascienden al momento actual en el marco del Derecho de Sucesiones nacional, deprimidas por su escaso desarrollo doctrinal y judicial, determinado sin duda por la parquedad de la normativa que las contiene. La preterición pudiera incluirse entre las menos tratadas, y en el país constituyen sus antecedentes investigativos más significativos importantes valoraciones del doctor Pérez Gallardo en trabajos sobre los herederos especialmente protegidos que contienen textos generales de Derecho de Sucesiones y monografías del mismo autor.[12] *Existen además recientes trabajos de diploma,*[13] *con tendencia los dos últimos a identificar los desaciertos de la regulación legal y al esbozo de alternativas para su perfeccionamiento. La cultura popu-*

lar en el país, desprovista de una tradición de conocimiento y respeto a estas figuras, parece ser reflejo de esta situación, y para más irradia también una generalizada falta de identificación de los ciudadanos con los derechos que de ellas dimanan. Aunque no existen estadísticas que reflejen la incidencia de las violaciones legitimarias que derivan de la preterición, la insuficiencia de los resultados de las reclamaciones correspondientes –dimanantes en primer orden de la norma y luego de su desfavorable aplicación– justifican la utilidad de esta investigación.[14]

Todo ello conduce a la necesidad de sistematizar los presupuestos fundamentales del régimen jurídico de la institución objeto de estudio a partir de la autonomía de la sucesión forzosa y de acuerdo con las líneas de su definición y efectos, para garantizar la equiparación entre la situación jurídica del preterido y la del legitimario protegido por el testador.

Notas

1 Son frecuentes criterios como los de De La Cámara Álvarez, que confiesan a propósito de la preterición de legitimarios en el Derecho Civil español, que "no sería sincero si afirmase que estoy convencido de la exactitud de las soluciones que a lo largo de este trabajo he ido apuntando al examinar las diferentes cuestiones que fueron tratadas". *Vid.* Manuel de La Cámara Álvarez: "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos", *Revista de Derecho Notarial*, no. 7, en.-mar. 1955, Madrid, 1955, pp. 86 y 87.

2 *Vid.* Luis de Gásperi: *Tratado de Derecho Hereditario,* t. III, TEA, Buenos Aires, 1953, pp. 415 y 416.

3 Así O'Callaghan afirma que cada vez es menos útil la legítima por la tendencia a la adquisición de cada ser humano de lo que necesita para

vivir de modo que no tiende a depender de nadie. Aboga por el mantenimiento de un derecho de legítima para el cónyuge *supérstite*, como derecho de familia, más que sucesorio. *Vid*. Xavier O'Callaghan: *Código Civil: comentado y con jurisprudencia,* 6.ª ed., La Ley, Madrid, 2008, p. 800. Valladares Rascón ilustra sobre el sin sentido que representa el mantenimiento de la regulación de esta institución a inicios del siglo XXI. *Vid*. Etelvina Valladares Rascón: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, bajo la coordinación de J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 4893. Barrio Gallardo recientemente ha llegado a plantear la necesidad de instaurar en el Código Civil español un sistema puro de libre disposición *mortis causa* sin ningún género de restricción o cortapisa. *Vid*. Aurelio Barrio Gallardo: "Atemperar la rigidez de la legítima", *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, no. 3, Madrid, 2007, p. 2714. Rentería indica que la actual extensión del concepto de familia a realidades cambiantes y heterogéneas no autoriza a establecer restricciones a la libertad de testar en una pretendida continuidad del patrimonio familiar. *Vid.* Alfonso Rentería Arocena: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 87, no. 726, Madrid, 2011, p. 2106. Ha analizado también este tema recientemente Delgado Echeverría, quien afirma que el principio de propiedad privada y el de vinculación familiar se contraponen, y además el último contradice el de igualdad de oportunidades, de manera que no concibe cómo puede sostenerse que en el Derecho español la legítima sea una exigencia constitucional. Sigue en este orden a John Stuart Mill, cuando señala que los legisladores deberían abordar el derecho de sucesiones con la regla general de la libertad de testar admitiendo solo dos limitaciones: la protección de descendientes económicamente dependientes del causante y la prohibición de adquirir por herencia más de lo necesario para vivir. *Vid.* Jesús Delgado Echeverría: "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la

muerte", *La Ley*, 7675, 18 de julio 2011, Madrid, p. 8. Relata Medina que durante el I Congreso Notarial celebrado en Buenos Aires en 1917 se reflexionó sobre el beneficio de la absoluta libertad de testar teniendo en cuenta las protestas de los testadores en las sedes notariales ante las limitaciones legales para este acto. *Vid*. Graciela Medina: "Reforma al Código Civil argentino en materia sucesoria", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp.188-189.

4 *Vid*. José María Miquel González: "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, t. 49, 2009, pp. 497-500. Este autor, en análisis contextualizado, ofrece las bases para optimizar su regulación actual.

5 *Vid*. Teodora Felipa Torres García: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006, p. 220.

6 *Vid*. Sergio Cámara Lapuente: "¿Derecho Europeo de Sucesiones?: un apunte", *Derecho privado europeo*, bajo la coordinación de Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pp. 1218, 1220, 1224 y 1225. Este autor identifica como puntos de convergencia más importantes de las regulaciones de la legítima en Europa los siguientes: 1) la proclividad a la reducción de quienes hayan de ser los legitimarios; 2) el paulatino abandono de la satisfacción *in natura* de la legítima; 3) su desvinculación de las necesidades de los legitimarios.

7 *Vid*. Leonardo B. Pérez Gallardo: "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", *Revista Norte Notarial, del Colegio de Notarios de La Libertad*, no. 1, año I, Perú, 2011, pp. 23 y ss.

8 La Constitución cubana de 1940, en su art. 46, reguló la limitación de la libertad de testar que supone la legítima afectando la mitad de la herencia, pero nunca llegó a ver su aplicación el precepto, dada su desconexión con el articulado del Código Civil español vigente en la fecha de su pro-

mulgación. No fue hasta la entrada en vigor del Código Civil cubano en 1988 –ya derogado el indicado texto constitucional– que tuvo lugar el dictado de la correspondiente norma de aplicación directa de esta concepción de la legítima, distinta de la regulada precedentemente. El derogado precepto establecía: "Dentro de las restricciones señaladas en esta Constitución, el cubano tendrá libertad de testar sobre la mitad de la herencia". La importante Sentencia 58 de 22 de junio de 1944, dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, cuatro años después de que el precepto entrara en vigor, lo declaró de no aplicación inmediata por contravenir lo establecido en los arts. 808 y 823 del Código Civil español hasta tanto fuera dictada la norma de aplicación directa. *Vid.* Manuel Martínez Escobar: *Sucesiones testada e intestada,* t. I, Cultural, La Habana, 1947, pp. 300 y ss., y Fausto Clavijo Aguilera: "El nuevo Código Civil de Cuba: Recuento y reflexiones", *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, La Habana, 1991, p. 51. Desde la proclamación de la Constitución cubana regente, el 24 de febrero de 1976 la legítima en Cuba carece de fundamento constitucional.

9 *Vid.* Antoni Vaquer Aloy: "La convergencia espontánea del Derecho de Sucesiones en Europa", *Obligaciones y sucesiones en el Derecho comparado,* ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010, pp. 194-196. Este autor afirma que la regulación de la legítima constituye ante todo una decisión de política legislativa, por ello pese a que cada vez más los legitimarios reciben sus legítimas gozando de mayores riquezas, el legislador sigue anclado en el principio de solidaridad familiar intergeneracional, y la legítima pese a ser una reliquia del pasado continúa gozando de una salud excelente. En la misma línea ha afirmado Busto Lago que la garantía institucional de que son objeto la familia y la herencia determina la inconstitucionalidad de la supresión de las legítimas. *Vid.* José Manuel Busto Lago: "Artículos 806 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 963.

10 Sin embargo, en una importante monografía sobre el tema Miquel González analiza que las tres cuestiones básicas que identifican la

concepción romanista de la preterición no mantienen su vigencia en la actualidad porque han sido sustituidas por las siguientes:
La preterición se estudia en conexión con la legítima y su protección y no como supuesto de ineficacia de las disposiciones testamentarias. Aunque algunos autores (Lacruz y Vallet, por ejemplo) mantienen el significado formal que tiene la exigencia de mención de los herederos forzosos, muchos pasan por alto este sentido o lo niegan directamente. Se discute la naturaleza de la acción de preterición y se niega que se trate de una acción de nulidad y también que esa nulidad tenga lugar *ipso iure.* Esas tres cuestiones eran: 1) La vinculación de la preterición a la sucesión intestada y no a la legítima; 2) La preterición suponía un problema de incumplimiento de la garantía formal para asegurar la claridad de la voluntad del testador respecto de la posición de los hijos en su sucesión; 3) la preterición provoca una nulidad *ipso iure* de las disposiciones testamentarias. *Vid*. José María Miquel González: "Preterición", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, bajo la coordinación de Antonio Cabanillas Sánchez... [*et al.*], Civitas, Madrid, 2003, p. 5342 y "Legítima material…", *op. cit.,* pp. 501 y ss.

11 *Vid.* Leonardo B. Pérez Gallardo: "¿Cabe la 'preterición' en los títulos sucesorios *ab intestato*?", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* año II, no. 9, Buenos Aires, 2010, p. 168.

12 *V. gr.*, 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) I", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 21, La Habana, octubre-diciembre de 2005, pp. 30-54, "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) II", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 22, La Habana, enero- marzo de 2006, pp. 2-26; "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", *Derecho de Sucesiones*, t. II, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 200-310; "El Derecho de Sucesiones en

cifras: Recapitulación y pronósticos", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 39, Madrid, 2009, pp. 701-765; "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima (a propósito de la Sentencia 58 de 23 de marzo del 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho,* no. 34, La Habana, julio-diciembre 2009, pp. 141-159; Leonardo B. Pérez Gallardo y María Elena Cobas Cobiella: "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 15-59.

13 *V. gr.* Natacha T. Mesa Tejeda y Zulendrys Kindelán Arias: "La preterición en el Derecho de Sucesiones", Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Ediltrudes Panadero de la Cruz, Santiago de Cuba, 2002 (versión digital); Elena Caravia Díaz: "Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?", Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo y Teresa Delgado Vergara, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2009 (versión digital) y Gleisys Vidal Valle y Susana Guerra Rivero: "De la condición del legitimario preterido: propuestas para una efectiva protección", Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Yanet Alfaro Guillén, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2011 (versión digital).

14 No obstante, sirva destacar que revisada la radicación civil de las Salas de la especialidad del Tribunal Provincial Popular de La Habana, portador de las más altas cifras de este indicador judicial respecto al resto de los tribunales de la misma instancia del país, se constata que en el período comprendido entre enero de 2005 y junio de 2012 fueron radicados solo catorce procesos ordinarios sobre impugnación de cláusula de heredero testamentario por preterición, cifra que representa el 0,57 % de la radicación general de la materia en el período, a la vez que refleja la inacción de los ciudadanos frente a las consecuencias de las violaciones legitimarias.

Capítulo I

La preterición en el entorno de la sucesión forzosa: cuestiones generales

1.1. La sucesión legitimaria, los sistemas legitimarios y la legítima

1.1.1. Definiciones

Los tipos de sucesión son las maneras por las cuales llega a ofrecerse la herencia o a concretarse la delación.[1] Tradicionalmente dentro del sistema sucesorio romano –*successio in ius*– se ha concebido que ello se verifica por medio del testamento o de la ley, identificando de este modo a las sucesiones exclusivamente como testadas o intestadas, según la fuente que las genera. En cambio, en el modelo sucesorio germano –*adquisitio per universitatem*– se plantea sin oposiciones que son tres los tipos o formas de sucesión: testada, intestada y forzosa.[2] Dado que los tipos de sucesión son los que ordenan la forma en la que ha de deferirse la herencia y ese ofrecimiento se verifica con la delación, entonces para entender que también en el sistema legitimario romano existe la forzosa o legitimaria[3] como una tercera forma sin que riña ello con su naturaleza de reglamentación negativa, es preciso sentar ciertas pautas.[4]

Hablar de "sucesión legitimaria" no resulta nada simple. Se advierte en la doctrina una infeliz equiparación de esta categoría a la de "sistema legitimario", dando al traste con

importantísimos análisis que han profundizado en los puntos neurálgicos de la sucesión forzosa. Los sistemas legitimarios pueden ser instrumentalmente definidos como el conjunto de normas, instituciones y principios que ordenan la forma en la que opera la sucesión. Al propio tiempo, es posible afirmar que la sucesión forzosa es el tipo de sucesión por el que se produce el ofrecimiento de la legítima a los sujetos con derecho a su adquisición. Con la confusión de estas instituciones se han perdido los contornos de un relevante presupuesto de la construcción teórica de las formas de sucesión, en lo que a la autonomía y las peculiaridades de la legitimaria o forzosa se refiere.

La legítima, como categoría jurídica, ha sido reservataria de múltiples acepciones a partir de su regulación en los ordenamientos romanistas, según se le enfoque desde la óptica del testador, del sucesor, de la fuerza imperativa de las normas que la regulan o de su cuantía.[5] Se le concibe como límite a la libertad de testar o deber del testador,[6] como derecho a un determinado contenido, como expresión de la protección legitimaria, como porción[7] a la que ese derecho y esa protección se refieren,[8] y más recientemente como título sucesorio.[9]

Como derecho, el término se vincula a los legitimarios, calificándosele de preferente, insoslayable e imperativo.[10] Como contenido, es entendida cual porción del caudal hereditario, o más bien del patrimonio reconstruido del causante.[11]

La adecuada delimitación de la legítima constituye una premisa ineludible en el estudio de todas las instituciones que confluyen en la sucesión legitimaria. Su vinculación con las categorías anteriores alude solo a la forma en la que opera la sucesión forzosa, pero no llega a ofrecer su definición como categoría concreta y no sistémica. La limitación a la facultad o el deber legitimario engranan el modo en el que se concibe la legítima en los sistemas sucesorios romanos, llegando a delimitar su funcionamiento, pero nunca tipifican su concep-

to. La legítima es, entonces, la intangible porción patrimonial de lo que en vida de su titular integrara el contenido activo, que en la cuantía que la norma indique ha de ser destinada a aquellos parientes o cónyuge sobreviviente con las premisas de cada regulación.[12] Cosa distinta es la forma en la que esa porción llega a manos de sus destinatarios, lo cual estará determinado por el sistema legitimario que cada modelo adopte para la dinámica de su sucesión forzosa.[13]

1.1.2. Criterios clasificatorios de los sistemas legitimarios con trascendencia a la figura de la preterición

El estudio de la clasificación de los sistemas legitimarios va a circunscribirse al sistema continental por ser aquel que engendra verdaderos regímenes de sucesión forzosa.[14] Existen varios criterios de clasificación de los sistemas legitimarios, de los cuales solo influyen en el régimen jurídico de la preterición los que atienden a su naturaleza o aspecto funcional y a su contenido, por lo que el resto se excluye de este estudio.[15]

Según su naturaleza o aspecto funcional

En primer orden aparece la escisión de los sistemas legitimarios a partir de la clásica concepción de su naturaleza o de la más reciente terminología que alude a su aspecto funcional, pero constituyen valoraciones del mismo fenómeno. Así aparecen un sistema germánico, de atribución legal o de reserva legal en el que constituye la legítima una *pars reservata* y un sistema romano de reglamentación negativa o de freno en el que constituye una *pars debita*.

- *Sistema germánico, de atribución legal o de reserva legal*: opera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada de modo que la ley concede al legi-

timario una protección directa con la delación legal al margen de las disposiciones volitivas del causante mediante una reserva legal. En su contexto se habla más de una *reserve* que de una porción legítima.[16]

- *Sistema romano de reglamentación negativa o de freno*: opera la legítima como un límite a la libertad de disponer por testamento o cualquier modalidad de liberalidad *inter vivos,* de modo que constituye una porción de la que el causante no puede disponer libremente sino a favor de sus legitimarios. Fecunda por excelencia la porción legítima. En este sistema, el régimen jurídico del legitimario está integrado por un conjunto de facultades defensivas de las violaciones de los deberes del causante.

Ha señalado Rivas Martínez[17] que en el genéricamente denominado *sistema romano*, las legítimas constituyen solo una limitación a la libertad dispositiva del causante, mientras que en el nombrado genéricamente *sistema germánico* de atribución legal, aparecen como una excepción a la posibilidad de que el causante disponga de una parte reducida de su haber. Concluye que en el Código Civil español no hay una legítima de tipo rigurosamente unitario, sino diversas modalidades legitimarias dirigidas a alcanzar una finalidad práctica.

La doctrina española ofrece diversos análisis en cuanto a la calificación del sistema legitimario regulado en el ordenamiento español según este primer criterio, análisis que resulta vital en este estudio por constituir el antecedente de la regulación cubana actual. Se ha planteado que en su articulación convergen elementos de ambos sistemas,[18] que se trata de un sistema romano o de reglamentación negativa,[19] y también que regula un sistema germánico o de reserva.[20] Según otro criterio, ha de atenderse a la legislación concreta regula-

dora de la legítima para poder ofrecer la precisa calificación del sistema.[21]

De la Cámara Álvarez,[22] en enfoque similar, advierte tres sistemas que pretenden determinar la naturaleza de la legítima y concluye la pertenencia del ordenamiento español al tercero:

1. La legítima como parte de la herencia que se defiere *ab intestato* a los legitimarios de modo que el testador solo podrá disponer *mortis causa* o a título gratuito de una parte de la herencia. Según la doctrina dominante en Italia, una variante de este sistema es la de imaginar, junto a la delación *ab intestato* y testamentaria, que existe un tercer tipo de delación o llamamiento *ex lege* a una cuota del haber hereditario. La legítima aquí es *pars hereditatis* y tiene su máxima expresión en el Derecho francés.
2. Sistema opuesto al primero, el legitimario por el hecho de serlo solo ostenta un crédito contra la herencia por el valor que represente su legítima. Aquí el legitimario no es heredero, por lo que la legítima será *pars valoris* o *pars valoris bonorum.* Es el sistema que adopta el ordenamiento alemán.
3. La legítima se concibe como obligación o deber impuesto al testador de dejar una parte de su patrimonio líquido a los legitimarios, pero se permite al testador que elija la forma en que pueda cumplir esa obligación.[23]

El análisis que pretenda identificar el tipo de sistema legitimario que adopta determinado ordenamiento ha de discurrir sobre la línea de la interpretación de todos los preceptos atinentes en armónica relación, sin sometimiento a la estrechez

de la hermenéutica gramatical. En este acápite el legislador no suele tener en cuenta las diferencias técnicas entre los términos *reserva*, *limitación*, *atribución*, etc., y los emplea indistintamente. El estudio integrado, que no aislado de los cuerpos normativos, delata este estado de la cuestión.[24]

Según su contenido

En segundo orden se califican los sistemas legitimarios atendiendo a su contenido, fundamentalmente en sistemas *pars hereditatis, pars valoris, pars valoris bonorum* y *pars bonorum*.[25]

Pars hereditatis: atribuye al legitimario la condición de heredero para que reciba una parte de la herencia integrada, tanto por activo como por pasivo.

Pars valoris: es el sistema por el que se concede al legitimario un derecho de crédito a pagar en la cuantía que se determine en la norma.

Pars valoris bonorum: esta modalidad concibe la composición de la legítima con el valor de cada uno de los bienes que componen la herencia.

Pars bonorum: se considera en este sistema al legitimario como un destinatario forzoso de bienes más que como un sucesor, por ser considerado cotitular de los bienes del activo hereditario.

La legítima como *pars bonorum* parece ser posición predominante[26] en la calificación española y además muy antigua.[27] No obstante, se han vertido importantes criterios totalmente opuestos[28] que califican al sistema de *pars hereditatis* a partir de las imprecisiones gramaticales de las normas reguladoras y a la par opiniones intermedias.[29] Restringir el contenido de la legítima a una *pars hereditatis* no parece admisible cuando puede ser atribuida al legitimario por concepto distinto al de

herencia, y cuando se atiende a que el contenido de la porción legitimaria no es solo hereditario.

El modelo alemán califica como una *pars valoris,* y actualmente ha sido defendido por las bondades con que premia a la libertad del testador que queda conminado a dar cumplimiento a su obligación del modo menos limitado.[30] El ordenamiento holandés lo ha adoptado recientemente.[31]

La clasificación de los sistemas legitimarios a partir de su configuración y contenido permite una completa calificación de la sucesión forzosa que cada ordenamiento establezca[32] y trasciende significativamente a la regulación de la preterición.[33] El aspecto funcional de la sucesión legitimaria determina la utilidad de la figura, de tal suerte que solo se erige como categoría normada en los sistemas legitimarios de naturaleza romana que funcionan como límite o freno a la libertad de testar, por lo cual resulta totalmente intrascendente en los de naturaleza germana o de reserva porque en esos no tienen cabida las lesiones legitimarias. La determinación del sistema legitimario, según su contenido, permite por su parte identificar los elementos configurativos del concepto de *preterición*, por cuanto para ello habrá que atender primero a las vías por las que puede ser satisfecho el derecho legitimario, para luego poder tipificar los supuestos de su violación.

1.1.3. El título sucesorio: concepto, función y contenido

El acercamiento a la teoría de los títulos sucesorios resulta indispensable en el estudio de la sucesión legitimaria por constituir uno de los aspectos más debatidos en su construcción teórica. En los sistemas sucesorios romanos la muerte solo origina el proceso de constitución del derecho hereditario, pero no determina por sí sola la sucesión. Los presu-

puestos que deben concurrir en el fenómeno sucesorio son la muerte –la sobrevivencia de posible sucesor–, la vigencia de título sucesorio –la capacidad sucesoria–, la aceptación y la adjudicación. Es así que se presenta el título sucesorio cual eslabón que concreta la delación como fase de constitución del derecho hereditario.

La acepción gramatical en el orden jurídico que se atribuye al título alude al documento en el que se otorga un derecho o se establece una obligación.[34] Por medio del sucesorio[35] se ofrece la posibilidad de aceptar la condición de heredero a los posibles sucesores del causante: derecho de opción hereditaria.[36]

La teoría de los títulos sucesorios los estudia en dos dimensiones: la generativa o material y la demostrativa o formal. En la primera se coloca a la fuente de la sucesión: voluntad del causante y, en su defecto, la ley. En el orden formal se concibe la acepción documentaria de estos títulos[37] que en su formulación clásica se especifican al testamento, cuando es voluntaria la delación y la declaración de herederos, cuando es legal.[38]

Así las cosas, los estudios fundamentales se han centrado en las particularidades del testamento y la declaración como títulos, sin desarrollar los postulados generales de la institución.

En la construcción de la teoría de los títulos sucesorios en el sistema romano deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos de su dimensión demostrativa o formal:[39]

- *Definición*: es el documento en virtud del cual se ofrece la posibilidad de aceptar o no la condición de heredero.
- *Función*: concretar la delación hereditaria mediante documento idóneo.
- *Contenido*: el derecho de opción hereditaria cuyo objeto es el ofrecimiento de la condición de heredero al posible sucesor.

1.1.4. Presupuestos distintivos de la sucesión forzosa

Los análisis de la calificación del sistema legitimario suelen trastocarse atendiendo a su naturaleza o aspecto funcional con los tipos de sucesión y de las líneas que anteceden quedan esbozados los presupuestos de la distinción:

El sistema legitimario es el modo en el que cada ordenamiento concibe la dinámica de la sucesión forzosa, atendiendo a su aspecto funcional, a su contenido, a su aspecto formal o material y a su cuantía o extensión.[40] Así existen, como ya fue tratado, sistemas legitimarios romanos/*pars debita* o germanos/*pars reservata*; *pars hereditatis, pars valoris, pars valoris bonorum, pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet, pars bonorum* o puramente simbólicas.

Forma de sucesión, en cambio, alude al modo en el que llega a ofrecerse la herencia, sea por la delación voluntaria en sus modalidades contractual o testamentaria, la delación legal que dimana de la norma y la delación legitimaria que en el sistema legitimario germano dimana siempre de la norma, pero en el romano –según se cumpla o no el deber de legítima por el testador– tendrá como fuente la voluntad o la ley.

Legítima es la categoría que alude a la porción del patrimonio reconstruido tras la muerte del causante, respecto a la cual impone la norma al testador la obligación de destinarla a determinadas personas, según la ordenación de las categorías anteriores.

Apuntó De la Cámara Álvarez[41] que la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima tributa, en buena medida, a la solución de muchos de los problemas que en torno a esta se plantean. Es así que resulta necesario estructurar las distinciones que siguen.

La legitimaria es, sin duda, una tercera forma de sucesión, distinta de la testada e intestada porque se viabiliza mediante una delación propia o independiente, y no por ello califica un sistema legitimario como de reserva legal; además se presenta con contenido, sujetos, efectos y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.[42] De estos elementos resulta el de mayor trascendencia la delación, por ser el estadio del *iter* constitutivo del derecho hereditario, cuya configuración distingue por excelencia los tipos de sucesión, al permitir la concreción del ofrecimiento de la herencia a partir de la vigencia de un título sucesorio demostrativo.

Delación legitimaria

Existe una delación legitimaria autónoma o *tertius genus* que individualiza este tipo de sucesión. En los casos de cumplimiento del deber de legítimas, el llamamiento surge de la voluntad del testador, y en los casos de incumplimiento dimana de la norma, pero no llega a ser ni voluntaria ni legal. Aunque coexiste con una u otra presenta las siguientes atipicidades:

I. Opera de distinto modo según se trate del modelo de legítimas de reglamentación negativa o del de reserva legal:

   a) En el de reglamentación negativa o de freno, la delación mana de un límite legalmente establecido a la libertad de testar.[43] De forma natural dimana del cumplimiento del deber de legítimas (o sea, de la voluntad del testador) y de forma impuesta del ejercicio exitoso de las acciones protectoras de la intangibilidad cuantitativa de la legítima (de la ley). En el de reserva legal o germano, la delación legitimaria se produce *ipso facto* con la muerte del causante y proceden directamente, y en todos los casos, de la ley.

b) En el de reglamentación negativa o romano la delación nunca tiene un contenido atributivo directo,[44] sino de mero llamamiento, mientras que en el sistema germano con la delación legitimaria, a la vez que se ofrece, se atribuye directamente. Así, en el sistema de reglamentación negativa si se cumple el deber legitimario por el testador vía *mortis causa*, la delación se concreta únicamente con la vigencia de un título sucesorio sin viabilizar la atribución legitimaria que deberá verificarse mediante posteriores negocios jurídicos de adjudicación. De cumplirse íntegramente este deber mediante actos *inter vivos,* no tendría lugar la delación forzosa, porque el legitimario nada deberá adquirir por causa de muerte. En cambio, de incumplirse dicho deber y vulnerarse en todo, o en parte, los derechos de los legitimarios, en este sistema la delación adecuada debe producirse a partir de la firmeza de las resoluciones judiciales que estimen las acciones de defensa, sin que con ello se produzca atribución alguna.

Sobre la adquisición legitimaria ha dicho Vallet de Goytisolo[45] que en el sistema de reserva legal se produce automáticamente mediante una vocación legal forzosa que no requiere aceptación, mientras que en el sistema de reglamentación negativa la adquisición de la legítima discurre por vías diferentes:[46]

1. La adquisición del derecho a la legítima dimana *ope legis*, surge *ipso iure* al fallecer el causante.
2. El surgimiento concreto del derecho para asegurar y obtener el contenido efectivo de la porción solo surge concretamente cuando, por incumplir el causante su deber de otorgar las legítimas a su respectivo destina-

tario, o de respetarla, se produce su correspondiente supuesto de hecho. Así nacen los derechos de impugnación por causa de preterición, desheredación injusta, inoficiosidad cualitativa o cuantitativa y los derechos de reclamación del suplemento, de rescisión de donaciones inoficiosas, etc.

3. La adquisición del contenido material de la legítima puede derivar de uno o varios actos dispositivos del causante –*inter vivos* o *mortis causa*– o bien subsidiariamente de la ley, *praeter* o *contra tabulas*, y en este último caso tiene lugar como consecuencia del ejercicio con éxito de los correspondientes derechos de impugnación o reclamación.[47]

II. Este *tertius genus* de delación, a diferencia de las otras dos, opera como límite a la libertad de testar en los sistemas *pars debita* y, en consecuencia, difiere la titulación sucesoria por la que se produce el llamamiento legitimario según se haya cumplido o no el deber de legítimas por el testador:[48]

a) Cuando el legitimario ha sido protegido por el testador, el título sucesorio en virtud del cual se inviste de la condición de sucesor (imprescindible en el modelo sucesorio romano dados los presupuestos para que opere la sucesión *mortis causa)* es el testamento en el que ha sido instituido por cualquier título,[49] pero el contenido de su derecho dimana de la ley y no de la voluntad del causante, quien en virtud de la anterior se encuentra obligado a satisfacerlo. En la sucesión propiamente testamentaria, en cambio, los sucesores heredan exclusivamente por la voluntad del testador tanto en el *quantum* como en el *nomen,* es decir, no hay sino margen a la voluntad del causante para la ordenación de quién y

cuánto hereda. Por su parte, en la sucesión intestada es la norma, únicamente, la que dispone el contenido y los sucesores. Entonces, para formar un tipo de sucesión diferente se mezclan elementos de las anteriores de modo que en la sucesión legitimaria la voluntad del testador se limita por la norma a efectuar o no el llamamiento, pero nunca tiene cabida en cuanto a su contenido. y por ello, una vez agotado el margen volitivo (se cumpla o no el deber legitimario), la norma es la que determina el curso de la sucesión.[50]

b) Cuando el legitimario ha sido preterido, debe concebirse que el título sucesorio que le permite investirse de la condición es la sentencia firme que estima las acciones por preterición, y luego, al igual que en el caso del legitimario protegido, el contenido de su derecho dimana de la norma. En este caso tanto la delación como su contenido proceden de la ley limitando la libertad de testar. Por su parte, cuando el legitimario resulta lesionado, pero no preterido, entonces su titulación sucesoria dimana, en parte, de la voluntad del causante, conforme al apartado que antecede, y en parte de la ley como ocurre con el preterido. No por ello se trata entonces de una sucesión legal, porque en la legitimaria el ordenamiento jurídico deja margen a esa intervención de la voluntad del causante en el sentido de elegir el modo en el que se va a desplegar la protección (por actos *inter vivos* o *mortis causa* el cumplimiento del deber propio de legítima o de la institución de heredero o legatario).[51]

Visto de este modo es posible afirmar que si bien en la sucesión legitimaria el estatus jurídico-sucesorio de legitimario depende de la voluntad del causante, ello es solo en lo relativo

a la especificación del título por el que se satisface su derecho, pero en cuanto a su contenido no tiene intervención alguna la *voluntas testatoris,* porque dimana íntegramente de normas de *ius cogens*.[52]

La asimilación de los planteamientos anteriores no ha sido nada pacífica. Por ejemplo, en varios e interesantes trabajos, Vallet de Goytisolo, Ortega Pardo y Peña Bernaldo de Quirós abordan el tema con la óptica que identifica al tipo de sucesión con el tipo de sistema legitimario. Vallet de Goytisolo[53] en crítica a trabajos precedentes de Ortega Pardo[54] y Peña Bernaldo de Quirós[55] en el que estos autores planteaban que la legítima regulada en el Código Civil "produce un llamamiento legal forzoso" a los legitimarios, afirma que según ese criterio la legítima que regula el ordenamiento español responde a los caracteres de la denominada *legítima germana*: delación legal forzosa a título de heredero; califica este análisis de simplista sin llegar a ser justo ni práctico por su falta de flexibilidad. Concluye que "la legítima es una institución formada en la historia, como todas las del derecho privado, modelada en la vida, puesta en contacto leyes y práctica jurídica, que las ha interpretado y adecuado en su aplicación, para ajustar la voluntad del testador –ley de la sucesión– y la protección de los justos intereses de los legitimarios, mientras que la significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para el redactor, de modo que el fenómeno hereditario hay que referirlo al ciclo de significaciones precisas que ha tenido durante siglos."[56]

Vallet de Goytisolo anteriormente[57] había dejado claro lo inapropiado de que, por el solo hecho de otorgar menos al preterido, en una reforma en la que redujeron los efectos de la preterición intencional, su atribución intestada, consecuente

con la invalidación de la institución de heredero, se hubiese transformado no en una atribución intestada menor, sino en una delación legal forzosa, la que no operaría como consecuencia y complemento de la invalidación, sino como un preexistente llamamiento directo e inmediato.[58]

Estos autores, aunque con posiciones encontradas, debaten la existencia de delación legitimaria propia a partir de su traspolación a otro modelo o sistema legitimario. Posee elementos contundentes la posición de Vallet de Goytisolo al refutar la protección de los derechos de los legitimarios lesionados a partir de la concepción germánica de la legítima en el contexto del Derecho español, y puede añadirse que es incluso forzado y desprovisto de antecedentes que lo justifiquen y de argumentos concluyentes en el orden teórico; sin embargo, cosa distinta es la concepción de la dinámica de la sucesión legitimaria en este contexto, y cuando se pierde de vista esta distinción el análisis resulta circundante y muy poco productivo. Nótese cómo en la última cita este autor descarta la posibilidad de que se viabilice la atribución legitimaria mediante la titulación que resulta de las acciones de invalidación, pero solo por trastocarlo con el llamamiento legal o directo.

Otras voces niegan también la autonomía de la delación forzosa, algunas con el mismo afán de sostener su inviabilidad en el sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno,[59] y otras con diversos argumentos.[60] De estos últimos valga analizar los criterios de Linares Noci[61] que descartan la independencia de la sucesión forzosa a partir de la dinámica de la preterición.

En cambio, otros autores españoles se refieren al *tertius genus* que constituye la delación forzosa, partiendo de la interpretación de los artículos 806 y 807 del Código Civil. Según Peña Bernaldo de Quirós,[62] el Código Civil regula un es-

pecial llamamiento de herederos, diferente al voluntario y al intestado, pues se funda solo en la ley, pero no es supletorio, sino forzoso; es un llamamiento general primario, y estas diferencias existen no solo en la forma de producirse, sino también en su régimen. Asimismo, dejó claro que no siempre se suscita por el imperio legal, sino también por el cumplimiento del deber legitimario, o sea, por voluntad del causante. En la misma línea, pero con un acercamiento totalmente distinto, González Collado[63] afirma que no es necesario acudir a la forzosa como un tercer tipo de delación porque el legitimario adquiere *ex lege* sin tener que aceptar nada y sin poder renunciar tampoco, teniendo este modo adquisitivo plena eficacia independiente de cualquier elemento voluntarista que pudiera servirle de base. Estos autores se aproximan bastante a la concepción de la independencia de la delación legitimaria, solo que sus puntos de partida se ubican también en la regulación del sistema germano en el Código Civil español. Ofrecen un análisis que estructura este llamamiento del tipo legal forzoso, y con ello se debilitan sus argumentos porque se ha visto que la delación legitimaria, si bien estará determinada en todos los casos por su carácter forzoso, no siempre tendrá a la ley como fuente.

Lacruz Berdejo[64] estima que hay tres supuestos en los cuales cabe hablar de verdadera vocación legitimaria, distinta a la testada e intestada, porque el llamamiento opera a favor de los legitimarios afectados y no de los restantes sucesores legales. Los supuestos que enumera este autor son:

a) En los casos de protección parcial, en los que el perjudicado tiene derecho a recibir el complemento de su porción por ley y contra el testamento.
b) En el caso de desheredación injusta en el que se llama por ley al desheredado, en concurrencia con el llamamiento voluntario a los restantes sucesores.

c) En los casos de preterición intencional, según establece el artículo 814 del Código Civil español, porque se reducen las disposiciones testamentarias y se produce a favor del preterido un llamamiento legal contra el testamento –sucesión forzosa– idéntico al del injustamente desheredado.

Concluye el citado autor en análisis interpretativo del artículo 806 del Código Civil español, que si el testador no puede disponer de la legítima, evidentemente el llamamiento procede solo de la ley, y que así lo confirma el precepto al explicar la causa de la indisponibilidad, de modo que concibe una reserva, una atribución directa.

Goyena Copello[65] concibe la independencia de la sucesión forzosa por medio de su ubicación como una soberana forma de suceder.

En otros estudios[66] se aborda el tema sin tomar partido entre una u otra alternativa pero con tributo a la autonomía de la sucesión forzosa desde distintos ángulos.

Contenido

El contenido de la legítima lo conforma, según lo posibiliten las codificaciones nacionales, una porción alícuota y solo activa del patrimonio reconstruido del causante, de modo que para su debida composición son insuficientes los activos que existen tras su muerte, sino que a esos valores se imputa el de las posiciones jurídicas activas de las que en vida el causante fue titular, siempre que sean transmisibles *mortis causa* y aunque hubieren sido enajenadas gratuitamente mediante actos *inter vivos* por el testador. Este engranaje resulta del desarrollo doctrinal de la legítima, pero el legislador no suele darle cobertura directamente aunque siempre regula sus proporciones y sus acciones de defensa que, en buena medida, delatan indirectamente su integración.[67]

La magnitud de la sucesión legitimaria se extiende sobre cierta porción transmisible del patrimonio del causante aunque esta no se haya convertido en herencia, lo que sintoniza con el fundamento de este tipo de sucesión y lo aleja notablemente del contenido de las sucesiones testada e intestada, cuya integración es idéntica y se suscita, únicamente, a partir de la conformación de la herencia, sin expectativa alguna de inclusión de bienes, derechos o acciones anteriores del causante.

Plantea Lacruz Berdejo[68] que aunque la sucesión universal y el derecho del legitimario se expresan en partes alícuotas de un todo, se trata, en cada caso, de un todo absolutamente diferente. La vinculación de la legítima con el resto de las porciones integrantes de la herencia se diferencia de la de estas últimas entre sí. La distinción está dada, fundamentalmente, por la delimitación de la eficacia de las disposiciones del testador hechas a cargo de la porción libremente disponible mediante el sistema de inoficiosidad y su trascendencia a la integración de la porción legitimaria bajo la rectoría del principio de intangibilidad cuantitativa de esta última.[69]

Sujetos

Legitimarios, *herederos forzosos*, *herederos especialmente protegidos* son algunos de los nombres de los destinatarios de la legítima. Aunque pudiera presentarse como un elemento poco trascendente en el análisis que se viene hilvanando, si se atiende al contenido de estas instituciones sí que trasciende como nota distintiva con respecto a las sucesiones testadas e intestada. En estas últimas los causahabientes serán siempre sucesores *mortis causa* a título de heredero o legatario según el caso, cuyos contenidos son invariables. En cambio, en la sucesión legitimaria los causahabientes pueden ver satisfecho su derecho a título propiamente legitimario, de herencia, de legado o de beneficios que el causante haya dispuesto *inter*

vivos. La condición general que les agrupa es la de legitimario. Las particularidades de la institución de heredero o legatario a favor del legitimario son ajenas a estas instituciones en las sucesiones testada e intestada.

Fernández Camus[70] revela que en época que no ha podido precisarse, surge en la legislación romana un nuevo sistema que le reconoce a una categoría de herederos *ab intestato* derechos efectivos y reales sobre el patrimonio hereditario, y de los cuales no pueden ser privados a no ser que concurra justo motivo.

Algunos autores españoles han concebido la ubicación subjetiva del legitimario como heredero a partir de la interpretación del artículo 806 del Código Civil, siguiendo el criterio interpretativo gramatical, mientras que otros, guiados por una exégesis integradora, advierten las notables diferencias entre los sujetos beneficiados con la sucesión forzosa y los herederos. En la primera posición[71] se les concibe como herederos con el argumento fundamental de que ningún análisis de la doctrina moderna puede negar la condición legal del legitimario. En cambio, estiman distinto estado de la cuestión otros autores, sobre la base de la imprecisión terminológica del indicado precepto al llamarlos *herederos forzosos*, la que se patentiza con la posibilidad de satisfacer la legítima por cualquier título y con la no responsabilidad por deudas del causante a cargo de los legitimarios, previstas en los artículos 815 y 818, respectivamente, del mismo cuerpo legal. En este grupo no ha sido uniforme la calificación de estos sucesores.[72]

En el presupuesto subjetivo de la sucesión legitimaria se inserta la polémica –sin equivalencia en las sucesiones testada e intestada– en cuanto a los derechos que le asisten al legitimario a partir de la muerte del causante, en tanto adquiera lo que por legítima le corresponde cuando la adquiere por título distinto al de heredero. Como plantea Lacruz Berdejo,[73]

se discute con fuerza si la condición de legitimario reporta a su titular derechos superiores a los que comporta el título sucesorio elegido por el causante. La discusión pasa, en lo fundamental, por la controversia de si en estos casos resulta titular de la posesión civilísima, teniendo en cuenta que no hay una titulación sucesoria hereditaria.

Vallet de Goytisolo[74] considera que la posición del legitimario instituido legatario es idéntica a la del legitimario heredero en cuanto a la inmediata adquisición de la posesión de los bienes legados. Plantea que no existe inconveniente en que la sucesión posesoria tenga como destinatario a algún no heredero como puede ser un legatario, teniendo en cuenta que la posesión se trasmite *ipso iure* con la muerte del causante, y no cabe interrumpirla si hay personas designadas en testamento para hacerla efectiva.

El legitimario es un sujeto del Derecho de sucesiones, con regulación normativa propia –que responde en el caso cubano a la satisfacción de una necesidad social– y se yergue como categoría independiente con contenido determinado, integrado por un conjunto de acciones de defensa de su derecho que le son inherentes y reconocidas en exclusiva. Las facultades que integran la posición jurídica del legitimario lo dotan de una condición sucesoria propia y no dependen del título escogido por el causante para cumplir su obligación. Surgen, en cambio, del régimen imperativo y particular de la sucesión forzosa, cuya realización requiere la existencia de esas facultades de los sucesores. Así, se consolida el estatus del legitimario, a partir de las limitaciones al caudal en servicio de los sucesores forzosos, de modo que si bien el conducto adquisitivo del legitimario será el escogido por el causante, sus materiales los establece la ley. Específicamente estas facultades serán todas aquellas que le permitan la realización de su derecho, en lo fundamental las que conducen a la defen-

sa por violaciones,[75] pero no se circunscriben a estas.[76] Tenemos entonces que, con independencia del título atribuido por el testador, el legitimario será siempre titular de las acciones impugnatorias para complementar su porción, o recibirla íntegra en los casos de preterición e injusta desheredación, las que dimanan de la condición de comunero y de la titularidad de la posesión civilísima.

Efectos

La sucesión forzosa tiene efectos positivos que respecto al causante son los referidos a la posibilidad de determinar el modo en que da cumplimiento a su deber legitimario como manifestación del principio de libertad de testar, y respecto a los legitimarios están referidos a la posibilidad de adquirir la legítima. También provoca efectos negativos que, a diferencia de los primeros, son exclusivos de esta forma de sucesión y se producen cuando se vulneran en todo o en parte los derechos legitimarios por medio de las atribuciones insuficientes, las desheredaciones injustas o las pretericiones. Para cada uno de estos supuestos los ordenamientos jurídicos prevén un conjunto de acciones protectoras[77] que resultan de vital importancia a la hora de calificar el sistema legitimario de que se trate.

Fundamento

La sucesión testamentaria tiene como único fundamento la voluntad del causante, en tanto la intestada traslada este fundamento ajustado al respeto a la presunta voluntad del causante,[78] sumado al general de la necesariedad del Derecho de sucesiones. El materialismo dialéctico rompe la estática de estas concepciones y las traslada a la dinámica de la comunidad familiar.[79] En cambio, la sucesión legitimaria, según ha ido evolucionando, ha ajustado su fundamento, pero con-

servando siempre su esencia ética, protectora de la familia,[80] primero con más fuerza patrimonialista y luego social. En la actualidad se va trasladando el sostén de este tipo de sucesión a la función asistencial con la que algunos ordenamientos, como el cubano,[81] ya lo conciben deviniendo importante tutela a la incapacidad, la discapacidad y la minoridad.[82] No obstante, el fundamento de la sucesión *mortis causa* no es inmutable, por el contrario, con su evolución se va reajustando a las nuevas exigencias que provee de cobertura.

Precisiones finales

El sistema legitimario permite concebir el funcionamiento de la sucesión legitimaria de modo que entre ambas categorías existe una relación interactiva a modo de género (sucesión legitimaria) –especie (sistema legitimario) pero nunca de equivalencia–. En los modelos de corte romanista la sucesión forzosa limita la libertad del testador en cuanto a la disponibilidad de la porción legitimaria a favor de quienes no sean los sujetos que la norma indica, pero ello no implica que su contenido sea solo negativo, y su ámbito restringido a la sucesión testamentaria, descartando su funcionamiento como tercer tipo de sucesión. En estos sistemas la sucesión forzosa también tiene un contenido positivo: conceder al causante la elección de la vía por la que cumplimentar su deber, cuya violación sí pone en curso nuevamente efectos negativos que se concretan mediante las acciones de defensa de los lesionados. El resultado exitoso de estas acciones también deriva consecuencias positivas en cuanto a la titulación y adquisición del lesionado o preterido. La concepción de este sistema, restringida a una limitación de la libertad testamentaria sin posibilidad de su autónomo funcionamiento, deja inconcluso el régimen jurídico de la sucesión forzosa e indebidamente tutelado al sucesor, sobre todo si se impone al legitimario la

conminación de procurarse en la intestada el título sucesorio que no le otorga el testador, bajo el infundado presupuesto de "ser esa la única vía satisfactiva del preterido en un sistema de este tipo."[83] El modelo que adopte el sistema no riñe con su autonomía, solo que esta última funcionará en dependencia de ello, y así sucede en el sistema propiamente romano, tanto cuando el testador cumple su deber de legítima como en los casos de incumplimiento, de modo que su independencia no se reduce a justificar una mejor propuesta de defensa ante las violaciones. Es así que el legitimario encuentra en su posición jurídica tanto facultades negativas de impugnación o defensa como positivas de titulación y adquisición. Ello resuelve, en gran medida, los conflictos que colman al régimen jurídico del sucesor forzoso sobre el que confluyen diversas titulaciones sucesorias cuando se niega la valía de la que es propiamente legitimaria.

Pueden colegirse, además, los presupuestos distintivos de la sucesión legitimaria a la que en cada ordenamiento civil corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permite determinar su funcionamiento.[84] Como tipo de sucesión se integra siempre a la testamentaria o a la intestada, porque a diferencia de estas últimas no opera nunca en exclusiva, sino en el contexto de una u otra, según el testador haya cumplido o no su deber legitimario. A las ya vistas distinciones se adicionan un conjunto de instituciones propias de este tipo de sucesión como la mejora, el derecho al suplemento, la desheredación[85] y el especial funcionamiento del acrecimiento sucesorio.[86]

La independencia de la legitimaria como forma de sucesión no obedece a criterios injustificados ni mucho menos intrascendentes, por el contrario, resulta sustentable, en el orden técnico, a partir del esbozo de los argumentos anteriores y trasciende a una protección más efectiva de los derechos

legitimarios, que en los sistemas romanos –por operar como límite a las libertades del testador y no como forma de atribución directa– requieren un replanteamiento urgente.

Rivera Fernández[87] afirma en este orden de ideas que "lo más razonable sería definir la situación jurídica del legitimario. Con ello se simplificaría enormemente la posición de los herederos forzosos en el ámbito de los conflictos sucesorios." Añade que si se opta por crear un nuevo título sucesorio, como puede ser el de simplemente legitimario, se debe dotar de contenido, al igual que ocurre con los títulos de heredero y legatario, pero en ningún caso dejar apuntada su creación, como hace el párrafo primero del artículo 814 del Código Civil español, y seguidamente no configurar su régimen jurídico.

En efecto, la autonomía del título sucesorio legitimario requiere la regulación de su contenido, pero parece ya hecho en la propia norma cuando regula el contenido de la legítima, identifica a los legitimarios y establece sus acciones de defensa.

A igual conclusión se acercó Espejo Lerdo de Tejada[88] al afirmar que la legítima puede concebirse como título sucesorio, con consecuencias propias, que no excluye la existencia de otro título, sucesorio o no, a favor del legitimario y que le otorga una posición sucesoria no asimilable a ninguna otra. Concluye que este título funciona autónomamente para impugnar los actos lesivos de la legítima y luego justificar la adquisición de la porción que corresponde a los legitimarios.[89] Dicho autor defiende este criterio con mayor alcance que otros, pero centrado, fundamentalmente, en justificar la viabilidad de la legítima en la sucesión intestada y su autonomía solo en los casos de infracciones cuantitativas a la legítima, sin acudir a todos los presupuestos necesarios.

La mayoría de los códigos civiles latinoamericanos debieron estar impregnados por este criterio de independencia de la sucesión forzosa al articular el sistema de efectos de la pre-

terición a partir de su adquisición directamente derivada de las acciones de impugnación de los actos violatorios de su derecho, sin preverse la nulidad testamentaria. Es así queM. Ferrer[90] razona que el único presupuesto para el ejercicio de la acción de reducción es la prueba de la lesión legitimaria, previa demostración del vínculo familiar entre causante y lesionado, sin que sea necesaria la acreditación de título sucesorio.

Los artículos 467 y 509.1 y 2 del Código Civil cubano y 658, 912.1 y 2 del español no constituyen verdaderos obstáculos porque:[91]

- Los artículos 467 y 658[92] son reguladores de los tipos de sucesión dispositivamente, pero omiten a la legitimaria como tercera forma de sucesión sin que esta omisión sea invalidante, porque en artículos posteriores (492 al 495 del Código cubano y 806 y ss. del español) se regula de forma específica, por lo que resulta enteramente viable en ambos ordenamientos. Son preceptos enunciativos o clasificadores, pero no restrictivos de otras posibles modalidades. En Cuba se vislumbra una situación paralela en el caso de la imprevisión del contenido atípico del testamento en la correspondiente norma de carácter general (*vid*. artículo 476) y luego en otros específicos se regulan atipicidades particulares en las disposiciones testamentarias (*v. gr.*, artículo 469, apartado 2).
- Los artículos 509 y 912 son enunciativos de la apertura de la sucesión intestada. No impiden nada, solo viabilizan su procedencia sin que pueda estimarse que están formulados bajo el sistema de *numerus clausus,*[93] por el contrario, se muestran como el resto de los preceptos informados por el método normativo dispositivo propio del Derecho Civil. Se puede entender que omiten

> en sus primeros apartados la excepción de la nulidad de la cláusula de institución de heredero operada por preterición, tras lo cual solo se debe abrir la *ab intestato* cuando satisfecha la legítima y cobrados los legados, si los hubiere, quedare aún herencia por transmitir. La falta de previsión de la recalificación de la condición sucesoria de los instituidos, unida a la fatídica imperatividad de la fórmula anulatoria, impide evitar la apertura de la sucesión intestada para encauzar la transmisión del contenido hereditario que quedare tras la adquisición de la legítima.[94]

Finalmente, la delación legitimaria opera siempre que existen sujetos con derecho a la porción de la que el causante no puede disponer libremente, haya otorgado o no testamento. No solo en los casos en los que el testador haya incumplido su deber, y por tanto no haya ofrecido titulación alguna al legitimario, sino también cuando lo atribuye. En el primer caso ha sido más valorada su utilidad y también más nítida su autonomía. Téngase en cuenta que, aun cuando se satisface el derecho legitimario, en todo o en parte, la titulación surge de la voluntad del causante o en su defecto de la ley, pero el contenido y los efectos de ese llamamiento están imperativamente regulados por la norma, lo que le confiere autonomía y relevancia. Es, entonces, una delación compleja por la variedad de manifestaciones y de fuentes.

1.1.5. Sistema legitimario regulado en el Código Civil cubano: naturaleza, características y algunas críticas

De los regímenes legales articulados en el Código Civil cubano vigente desde el 12 de abril de 1988 puede que el legitimario haya sido uno de los más invadidos por la reforma.[95] En

la transición de la legítima cubana al régimen asistencial como fundamento de esta forma de sucesión radica el principal viraje operado en el ordenamiento cubano a partir de 1988. La influencia de las codificaciones civiles en los países de Europa del Este[96] determinó tal estado de cosas, y en este sentido afirma Pérez Gallardo[97] que el legislador cubano no hizo más que asimilar la preceptiva rusa, influida a su vez por otros Códigos de aquella Europa del Este. El carácter asistencial lo determina la incorporación de los requisitos de dependencia económica respecto al causante e inaptitud para trabajar como presupuestos para el despliegue de la especial protección legitimaria, conjuntamente con el requerimiento de consanguinidad o relación conyugal.[98]

En la delimitación de la naturaleza del sistema legitimario cubano habrá que atender a dos aspectos:

1. Su carácter asistencial, que se traslada su fundamento a la asistencia de quienes pueden ver comprometida su supervivencia tras el fallecimiento de un ascendiente, descendiente o cónyuge, reforzando de este modo el contenido ético del deber legitimario.[99]

Con la implantación del régimen asistencial se introduce en Cuba una restricción subjetiva en la sucesión legitimaria por la incorporación de nuevos requisitos que reducen el número de beneficiarios de este tipo de sucesión. El artículo 493 del Código Civil cubano, en su apartado primero, regula que "son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes", quedando establecidos los requisitos de asistencia por el enlace de una conjunción copulativa. Tal estado de cosas supone que no basta que solo uno u otro, a pesar de que pudieran perfectamente tipificarse de forma exclusiva, se

ponga de manifiesto, sino que se requiere que la dependencia económica de los legitimarios respecto al causante se produzca por su incapacidad para trabajar.[100]

2. Es una legítima de arraigo romano,[101] y por tanto en atención a su aspecto funcional pertenece al sistema de reglamentación negativa o de freno, operando como una *pars debita* que el testador está obligado a atribuir a determinados sujetos.[102]

El sistema legitimario que regula el Código Civil de 1987 tienen las siguientes características:

1. Su naturaleza asistencial determina el carácter temporal y excepcional de la condición de heredero especialmente protegido.[103]
2. La cuantía o extensión de la porción legitimaria la determina el ordenamiento jurídico en todos los casos y en ambas dimensiones: global e individual, estableciendo una cuantía alícuota e invariable para la primera, quien quiera que sean los legitimarios, y la regla de la equidad para la segunda.[104]
3. A tenor de la interpretación del artículo 494 del Código Civil puede ser satisfecha por cualquier título.[105] Ello constituye un tributo legislativo a la libertad de testar aun en un sistema de legítimas, porque se concede al testador la facultad de dar cumplimiento a su deber legitimario por cualquier título testamentario, y también mediante actos dispositivos *inter vivos* a título lucrativo a favor de sus herederos especialmente protegidos.[106]
4. Atendiendo a su contenido es una legítima *pars bonorum,* lo que constituye una derivación de la característica anterior.

5. Por su extensión o cuantía se presenta como una legítima larga, en tanto comprende la mitad del patrimonio del causante.[107]
6. No puede determinarse del articulado si el deber legitimario tiene contenido exclusivamente económico o atributivo, o si para su satisfacción también se requiere el cumplimiento de formalidades.[108]
7. Opera como una limitación a la facultad dispositiva del causante que no se restringe a los actos *mortis causa*, sino que confina igualmente las actuaciones lucrativas del causante por actos *inter vivos.*[109] No obstante, tiene naturaleza *mortis causa* porque constituye un modo de adquirir la propiedad por causa de muerte. Cuando se da cumplimiento al deber legitimario mediante actos *inter vivos,* la adquisición se suscita mediante donación, cesión gratuita, condonación u otros negocios no onerosos que constituyen vías de satisfacción anticipada, pero no por el cumplimiento de legítima en sí misma que solo opera como categoría a partir de la muerte. En estas valoraciones sobre la composición de la legítima cubana habrá que atender a las siguientes cuestiones:

   a) El carácter transitorio de la condición de heredero especialmente protegido en Cuba.
   b) El artículo 378 del Código Civil cubano, al prever la inoficiosidad de la donación *post mortem*, no distingue situaciones o momentos a tener en cuenta para calificar de inoficioso el contrato, por lo que se dificultan desde el plano normativo los intentos de limitar ese efecto.

Sin embargo, aunque una consecuente interpretación del artículo 378, inciso a) del Código Civil pudiera tomar en con-

sideración que estas limitaciones a la libre disponibilidad del finado se constituyen solo a partir de la fecha en la que el autor del acto de liberalidad adquiere la futura obligación de legítima, la función asistencial con que esta última se establece desvirtúa esa línea de pensamiento. A pesar de la transitoriedad e imprevisibilidad de los derechos legitimarios, el fin de su protección se concibe en Cuba con el objetivo de asegurar la continuidad de la vida del legitimario, por lo que limitar el contenido de la porción que le corresponde colisiona con los fines de la atribución. Se colige entonces que la legítima cubana es la intangible mitad de lo que en vida de su titular integrara el contenido activo de su patrimonio, que ha de ser destinada a aquellos descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente que dependieran económicamente del causante por no estar aptos para el trabajo.

1. Está articulado mediante normas de *ius cogens* que garantizan la rectoría del principio de intangibilidad de la legítima en los órdenes cuantitativo y cualitativo. Así, los artículos del 492 al 495 del Código Civil constituyen una manifestación del método imperativo en el ordenamiento de este tipo en Cuba.
2. Es una legítima de concurrencia o colectiva porque todos aquellos sujetos que el Código concibe como legitimarios tienen derecho a percibirla sin prelación, excepto en el primer grupo que corresponde a los descendientes, porque en él sí que impone el inciso a) del apartado primero del artículo 493, que a partir del segundo grado en esta línea concurran solo en caso de premuerte de los del primero.[110] Esta característica pesa sobre la determinación de los efectos de la total vulneración de la legítima.[111]

3. No tiene cabida alguna en la sucesión intestada[112] según las previsiones normativas, por cuanto se concibe exclusivamente en la sucesión testamentaria *ex* artículo 492 y siguientes, sin que las normas reguladoras de la *ab intestato* configuren su contenido, sus efectos, su nomenclatura ni atisbo alguno que viabilice en su terreno este tipo de sucesión.[113] La protección que se ofrece a los padres en este tipo de sucesión *ex* artículo 514 apartado segundo del Código Civil cubano no alcanza a constituir un supuesto de protección legitimaria *ab intestato,* pues si bien existen puntos de enlace en cuanto a los requisitos para el despliegue protector, el contenido del derecho conferido a los progenitores difiere sustancialmente.[114] De este modo incurre el legislador en una omisión de aciaga trascendencia por cuanto desnaturaliza el sistema asistencial con que concibe a la sucesión forzosa y su carácter concurrente o colectivo, razonamiento que queda claro si se atiende a que son distintos los llamados sucesorios *ab intestato* y legitimario. Así tenemos que no solo en la sucesión intestada los herederos especialmente protegidos en caso de ser descendientes, cónyuges o padres con especial protección adquirirán porciones iguales al resto de los sucesores legales que no ostenten tal condición, sino además que pudieran no recibir nada si se trata de ascendientes a partir del segundo grado en caso de que existan parientes más próximos por la aplicación de la exclusión de grados que informa a la sucesión sin testamento. A esto le han llamado Cobas Cobiella y Pérez Gallardo una de las más connotadas antinomias del Código Civil cubano.[115]
4. El cónyuge adquiere su porción legitimaria en propiedad igual que el resto de los legitimarios. Ello consti-

tuye un reflejo de uno de los principales cambios operados tras la entrada en vigor del Código Civil cubano, consistente en la ostensible mejora sucesoria del cónyuge *superstite*.

En la concepción general pueden enumerarse los siguientes desaciertos:

1. Concepción de la legítima como institución exclusiva de la sucesión testamentaria.[116]
2. Omisión normativa en cuanto a la configuración del deber legitimario en el sentido de si se trata de una obligación de mención, de atribución o de ambas concurrentemente, al momento de valoración de los requisitos para la especial protección,[117] a la renunciabilidad de la condición legitimaria, a la posibilidad de aplicación de las causales de incapacitación a los legitimarios,[118] a la facultad de desheredar.
3. Indebida concepción de la colación hereditaria por cuanto no se relacionan los bienes colacionables ni el modo de hacerlo, no se regula la facultad de dispensar, aunque esta laguna no implica su prohibición, y como colofón inexplicablemente se prevé en la sucesión intestada.[119]
4. Prelación en la condición de heredero especialmente protegido para el primer grupo que corresponde a la línea recta descendente, supeditada a la premuerte de los descendientes de primer grado.[120]
5. Imprecisión en la regulación de los derechos de los descendientes de segundo grado en adelante, cuando ha premuerto su ascendiente que es, a su vez, descendiente del causante, quedando indeterminado en la norma si se les concibe prelativa o concurrentemente.

En la regulación específica del régimen de protección se advierten otros tantos:

1. Omisión de los efectos concretos de las violaciones parciales del derecho legitimario.
2. Omisión del concepto de la preterición.
3. Previsión imperativa de los efectos preliminares de la preterición, enfocada a su repercusión en la eficacia testamentaria y no a la protección que deben procurar.
4. Significativa ambigüedad en la regulación de los efectos de la preterición porque solo se regulan de forma expresa el efecto nulificante y la genérica validez de los legados que no exceden la parte de libre disposición, omitiéndose:

    - Las acciones para hacer efectiva la reducción de legados. Se establece la validez de los legados en cuanto no excedan la parte de libre disposición, dejando un espacio al mantenimiento de la voluntad del causante que, aunque en el orden teórico resulta positivo dada la falta de regulación del modo de hacer efectiva la reducción, unida a la actual interpretación de los efectos de la preterición, no logra desplegar con adecuado alcance la tuición para la que fue prevista. En este orden, además, la asimilación de la reducción de los legados violatorios de la legítima, de acuerdo con la interpretación vigente, resulta muy compleja, pues si la nulidad de la institución de herederos deriva a la apertura de la sucesión intestada, no es consecuente, ni para la propia norma, ni para la doctrina jurídica que la reducción de los legados que excedan la parte de libre disposición se efectúe, sino es para los casos en que de toda la herencia se haya dispuesto a título particular.

- El destino de los legados que exceden la parte de libre disposición a saber, si son adquiridos por los preteridos en la sucesión *ab intestato* o directamente.
- Los efectos definitivos de la preterición o la forma en la que se hace efectiva la atribución de legítima al preterido.

5. Indebida equiparación de los efectos de la preterición en los supuestos de violación de la legítima global e individual.
6. Efecto nulificante de la institución de herederos ante todos los supuestos en los que se estime la preterición. Esto ha contribuido, junto al enunciado del artículo 509 inciso a), a que se asuma la apertura de la sucesión intestada como consecuencia directa, y en esta se adjudique el heredero especialmente protegido solo la cuota *ab intestato*;[121] por esta razón puede que no alcance a adjudicarse lo que por su condición le ha de corresponder, teniendo en cuenta la expectativa de concurrencia a la legítima cubana que difiere de la que opera en la intestada y su composición.[122]
7. Deficiente previsión de la inoficiosidad por estar regulada únicamente en el artículo 378, inciso a) como específica causal de rescisión de la donación y no como categoría propia del sistema de protección legitimaria.[123]
8. Indebida alusión al derecho de representación, regulado en el artículo 495.2 como vía por la que acceden a la legítima los descendientes de los herederos especialmente protegidos preteridos que han premuerto, siendo esta una forma de suceder exclusiva de la sucesión intestada, y en este caso se le ubica participando

en la regulación de la legítima.[124] El precepto indicado establece que la cláusula de institución de herederos mantiene su validez cuando el preterido premuerto al testador sin haber dejado descendencia con especial protección. Se reafirman dos elementos de suma relevancia en este precepto. A pesar de su desafortunada formulación, se valora adecuadamente la importancia de la institución de herederos, haciéndola sobrevivir al supuesto de hecho que se enuncia acto seguido, y se reconoce la condición personalísima con que debe acudirse a la sucesión legitimaria, justo lo que resalta la improcedencia del término *representación* en la redacción. Por demás, constituye el único precepto que alude al supuesto de hecho de la preterición, aunque sea para excluirla y sin emplear términos precisos; sin embargo, empañando indebidamente los aciertos anteriores, el mismo precepto en su párrafo segundo permite el acceso a los descendientes de todo legitimario preterido premuerto que reúnan las condiciones de especial protección, en franca colisión con la prelación que contiene el artículo 493 del mismo cuerpo legal, en el que solo se conciben con dicha condición a los descendientes de los hijos.

9. Omisión normativa de la protección de herederos especialmente protegidos cuasi póstumos, o sea, quienes nacen en el período que media entre el otorgamiento del testamento y la muerte del testador.[125]

Con tal estado de cosas puede sostenerse la existencia de una verdadera crisis en el sistema de protección legitimaria que establece el Código Civil cubano, que va requiriendo la acuciosidad de los planteamientos teóricos que procuren revertirla para lograr la equiparación entre las situaciones jurí-

dicas del legitimario preterido y la del que ha sido protegido por el testador.

1.2. Aspecto cuantitativo de la legítima. Su intangibilidad

1.2.1. Cuestiones generales de la intangibilidad de la legítima: importancia para el régimen jurídico de la institución

La intangibilidad de la legítima constituye un principio fundamental de la sucesión forzosa que como tal deviene garantía para su efectividad en los ordenamientos que siguen el modelo romano.[126] Se despliega en dos senderos: el cualitativo –que alude a su protección contra gravámenes, pactos *pre mortem* o cualquier carga sobre la porción debida– y el cuantitativo –referido a su integridad o imperativa cuantificación en la medida que la norma ordena–. El primero se refiere a la cualidad de los bienes que integran la porción legitimaria, y el segundo a su cantidad. Esta intangibilidad proporciona al régimen legitimario la caución fundamental para su efectividad, porque se integra a partir del conjunto de acciones[127] de que dispone el sucesor forzoso para impugnar los actos violatorios de la legítima. De ahí la importancia de que su previsión trascienda a la norma como presupuesto indispensable para la garantía de los derechos legitimarios; sin embargo, cuantitativamente la integridad de la legítima no llega a regularse de forma expresa en los ordenamientos, a diferencia de lo que ocurre en el aspecto cualitativo, que es casi siempre atributario de algún precepto específico.[128] No obstante es deducible la vigencia de este principio protector a partir del análisis integral del articulado de cada cuerpo normativo.[129]

Es interesante la visión que de la intangibilidad legitimaria ofrecen Fuenmayor Champín[130] y Albaladejo[131] cuando afirman que la legítima está protegida contra el que la debe y hasta contra el que tiene derecho a ella. En el primer caso estos autores ubican los ámbitos cualitativo y cuantitativo de esa protección que ya hemos indicado, y en el segundo a la prohibición de pactos de renunciabilidad sobre la futura legítima y a la colación. En efecto, aunque las primeras protegen la integridad de la porción en su dimensión global y las segundas en la individual, la posición de estos autores enfoca, con todo acierto, el ángulo intangible de la legítima.

La pretensión del legitimario de recibir su cuota de modo distinto al escogido por el causante no alcanza en cambio al régimen intangible de la legítima porque esa facultad está reconocida exclusivamente a este último.[132]

Acciones de protección de la intangibilidad cuantitativa de la legítima

La intangibilidad legitimaria se protege por el conducto de una serie de acciones que permiten al perjudicado la reversión de la lesión[133] cualquiera que sea su origen, y se ubican en dos grandes grupos, según la violación sea total o parcial, de modo que existen las acciones derivadas de la preterición y para el complemento, respectivamente. Unas y otras coinciden,[134] distinguiéndose únicamente por su alcance, y solo se enumera la acción de nulidad como defensa, aunque indeseada, ante las lesiones producidas exclusivamente por preterición. En atención a su ámbito de protección, habrá que fijar el momento de la muerte como indicador de la viabilidad de sus ejercicios.[135]

Las acciones por preterición surgen antes que las suplementarias por no haberse previsto en un inicio la posibilidad de la violación parcial. La prohibición de lesionar precede a la

concepción de la *portio debita,* que llega a consolidarse por la necesidad de moderar la arrasadora eficacia de la normativa anterior. Es así que nace el concepto de *inoficiosidad* a la par de la consolidación de la legítima como contenido de la sucesión forzosa, y con estas la previsión de remedios adecuados a los supuestos de privación parcial. A partir de entonces las privaciones totales por preterición dieron lugar a las acciones nulificantes, y las parciales a las de inoficiosidad. En la actualidad, con el desplazamiento del deber de mención como vía imperativa de satisfacción del derecho legitimario,[136] no parece atinado sostener la distinción de las consecuencias de las violaciones legitimarias según su entidad a partir de la terminología anterior, sino solo atender a que la intangibilidad cuantitativa debe ser protegida por acciones proporcionales a la ascendencia de la violación y reservar el instituto de la inoficiosidad para la consecuencia reductora de los actos que violan la intangibilidad de la legítima. Así, quedaría concebida como un efecto del incumplimiento del deber legitimario. Aunque estas consideraciones no responden a la evolución histórica de las categorías que se estudian, en ellas se ubica la única utilidad de su vigencia actual. Lo que sí no puede perderse de vista es la distinta connotación atinente a todas estas acciones cuando son ejercitadas por sus titulares antes de la partición y después de realizada aquella. En el primer caso, las consecuencias ulteriores se manifiestan solo por medio de la redistribución hereditaria, pero en el segundo pueden extenderse muchas veces a pretensiones reivindicatorias incoadas por los sucesores forzosos lesionados contra los adjudicatarios, devenidos propietarios iniciales de los bienes de la herencia.[137]

En el estudio de estas acciones encontramos los valiosos análisis de Peña Bernaldo de Quirós,[138] quien, tras afirmar que se resisten a un tratamiento armónico, las sistematiza

como acciones del heredero forzoso para adquirir los bienes de la herencia (acción de petición de herencia frente al resto de los sucesores o acción de reclamación de legítima) y acciones del heredero forzoso para adquirir bienes que no forman parte de la herencia a la muerte del causante (las que llama *acciones de carácter especial*).

Afirma también Quince Fanul[139] que las acciones protectoras de la legítima no deben ser diversas según la legítima no esté cubierta en absoluto o lo esté en parte.

1.2.2. Acciones para el complemento

Si bien la escisión de las acciones protectoras contra las violaciones parciales de los derechos legitimarios[140] no resulta errónea, en el plano doctrinal, para sistematizar con acierto su regulación, valdría admitir que acciones de suplemento son aquellas que permiten al legitimario lesionado completar su porción mediante la reducción de los actos del testador menguantes de su porción, ya sean testamentarios o *inter vivos*.[141] De esta suerte, son acciones de complemento, específicamente, la de reducción[142] de la institución de heredero, la de reducción de legados, la de reducción de los actos de adjudicación hereditaria en detrimento de la legítima y sus derivaciones, la de reducción de liberalidades de cualquier tipo efectuadas en vida del causante,[143] sean donaciones[144], cesiones, renuncias a adquisiciones lucrativas, o cualquier otra, y las de impugnación de actos simulados[145] o fraudulentos, realizados por el causante en perjuicio de la legítima.[146] A diferencia de lo que ha ocurrido con las acciones por preterición, estas no han evolucionado sustancialmente y son acogidas, indistintamente, en la mayoría de las codificaciones de los países con sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno.

Aunque todas tienen sujetos pasivos diferentes y además su ejercicio es prelativo, proporcionan el mismo resultado a su titular ,y conviene su agrupación a fines instrumentales en los ámbitos metodológico y legislativo.[147] Valga aclarar que, como afirma Vallet de Goytisolo,[148] el complemento no se refiere a una cuota hereditaria, sino a los bienes precisos para cubrir la porción insatisfecha de la legítima.

El artículo 494 del Código Civil cubano enuncia, genéricamente, el derecho al complemento sin enumerar las acciones correspondientes, ni su forma de ejercicio.[149] Lo que sí parece claro es que el complemento se establece como derecho subjetivo o propósito a alcanzar por el perjudicado y no como acción para lograrlo. Las acciones específicas se encuentran dispersas en ese cuerpo normativo. Tal estado de cosas obstruye la protección legitimaria a la vez que pone en riesgo el respeto a la voluntad del causante, por cuanto todo el tratamiento del tema queda relegado al ámbito judicial, lo cual resulta bien complejo y apremiado de regulación, sobre todo por las posibles interpretaciones que pueden darse al controvertido tema de la prelación reductora dentro de cada acción.

La viabilidad de estas acciones en Cuba se fundamenta, en primer orden, en el comentado artículo 494 del Código Civil. Luego, las acciones reductoras de donaciones tienen como cauce a la rescisión, al amparo de los artículos 76, inciso d) y 378 del propio cuerpo normativo. La de impugnación de actos simulados, a la de nulidad absoluta, según el artículo 67 incisos e) y f).[150] El resto no cuenta con la previsión normativa de su ejercicio y pudiera ello derivar en la remisión a la acción rescisoria por integración analógica de las indicadas lagunas, teniendo en cuenta su carácter subsidiario a pesar de que la regulación de sus causales se establece bajo el sistema de *numerus clausus.* El inconveniente de la falta de previsión específica de estas acciones no trasciende si se logra aplicar con

éxito la analogía indicada, pero ella no resulta del todo, porque quedan desprovistas las cuestiones de prioridad, o sea, el orden en el que operan. Regular esta prelación constituye una exigencia de primer orden en la debida concepción del régimen de protección legitimaria.[151]

1.2.3. Acciones derivadas de la preterición

Estas acciones se despliegan para dar cobertura a las totales violaciones del derecho legitimario.[152] Como ocurre con las comentadas en el acápite anterior, no se les concibe agrupadas de este modo por los legisladores ni por sus estudiosos. Según se conciban los efectos de la preterición en cada ordenamiento, tendremos a la acción de nulidad de la institución de herederos, de forma exclusiva, en este grupo, y se reiteran de la relación anterior las de reducción de la institución de heredero, reducción de la institución de legado, reducción de los actos de adjudicación hereditaria en detrimento de la legítima y sus derivaciones, reducción de liberalidades de cualquier tipo efectuadas en vida del causante, sean donaciones, cesiones, renuncias a adquisiciones lucrativas, o cualquier otra y de impugnación de actos simulados o fraudulentos realizados por el causante en perjuicio de la legítima, aunque les distingue el supuesto de hecho por el que tienen lugar y su extensión en uno y otro caso.

Al intentar determinar la naturaleza de la llamada *acción de nulidad*, surgen las imprecisiones que dimanan de su regulación normativa. Algunos autores indican que se trata de una acción de nulidad, bien *ope legis*,[153] bien requerida de resolución judicial declarativa;[154] hay quienes la conciben como rescisoria[155] y otros como una acción sui géneris[156] que se nutre de elementos de ambas categorías. Ciertamente, en la articulación de esta acción de defensa legitimaria se incurre en la

desafortunada desconexión entre su *nomen legis* y su régimen jurídico, aunque este último trae causa de una labor más judicial que normativa. En la medida en la que se produce esa desconexión, se dificulta la determinación de su naturaleza, lo cual varía en cada uno de los contextos legales. En Cuba la norma no ofrece más que la denominación, y en el quehacer judicial se ha venido concibiendo como una acción de nulidad absoluta.[157] Como veremos *infra*,[158] de la posición que se asuma en esta determinación dependerá la concreción de la naturaleza de los efectos de la preterición. La misma suerte ha de correr la ubicación de su plazo de prescripción.

1.2.3.1. La preterición: naturaleza jurídica y principales clasificaciones

No es posible concebir con acierto las acciones de defensa de una institución jurídica sin determinar su naturaleza jurídica porque solo esa determinación conduce a la debida regulación de su régimen jurídico. La preterición es una figura de compleja definición, y ello acarrea la accesoria problemática de la determinación de su naturaleza. Se debaten en esta determinación tres posibles variantes: la preterición como vicio o defecto del testamento,[159] como acción[160] y como infracción de un deber del testador.[161] En Roma su concepción gestante fue de clásica causal de ineficacia testamentaria.

Las indicadas acepciones de la naturaleza de la preterición se muestran insuficientes, y ello está determinado por la definición y el sistema de efectos con los que debe concebirse.[162] La preterición como vicio del testamento alude a la concepción de su surgimiento histórico, en el que se concebía exclusivamente como el incumplimiento de las limitaciones a la libertad de testar que la legítima suponía.[163] Lo mismo ocurre con su vinculación al incumplimiento del deber de aquel, pe-

ro en la actualidad ambas posiciones no cubren los nuevos espacios en los que rige, abarcadores no solo de la autonomía del causante y la eficacia testamentaria, sino también de la protección de los legitimarios. Por demás, también se desentienden esas posiciones de la posibilidad de la satisfacción legitimaria por título distinto al sucesorio. La preterición como acción concierne a sus efectos y no a su naturaleza jurídica, veremos cómo un grupo significativo de los efectos del instituto se concreta mediante acciones, pero ello no permite afirmar que la figura sea una acción en sí misma.

Su naturaleza protectora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima es la que contiene su verdadero cometido como institución jurídica.[164] Por esencia, ha sido institución protectora de los derechos de ciertos parientes del testador a quienes este no podía privar de la condición de herederos. A partir del 40 a.n.e., con la *Lex Falcidia* se crean las bases para consolidar un régimen jurídico que integrara la protección de estos derechos a la ordenación de la transmisión *mortis causa* de una porción llamada *de libre disposición* y otra legítima o de *limitada disposición*. Desde entonces se vinculan preterición y legítima, y más tarde, cuando *Justiniano* con su Novela 115 reforma mediante su graduación el sistema de efectos de las privaciones legitimarias, quedan fijados los primeros intentos de conciliación entre la voluntad del testador y la imperativa protección legitimaria por medio de la reducción de sus supuestos de hecho –por la brecha que abre al suplemento– y también reduciendo sus consecuencias invalidantes de las disposiciones testamentarias. Es así que a esta institución queda asignada en su desarrollo histórico la difícil misión de armonizar la coexistencia de los principios de libertad de testar y protección legitimaria que hasta hoy informan la subrama sucesoria del Derecho Civil; mas, en la mayoría de las codificaciones no se ha tenido en cuenta este

importante antecedente delator de su naturaleza durante la articulación de su régimen jurídico, sobre todo en lo que a sus efectos se refiere.[165]

La preterición tiene importantes puntos de contacto con la figura de la desheredación injusta y con la atribución insuficiente. En los tres casos se causan violaciones legitimarias; sin embargo, si bien tanto en la preterición como en la desheredación injusta tiene lugar la privación total del derecho legitimario –proviene de un comportamiento tácito en el primer caso y expreso en el segundo–, de igual modo la preterición se distingue de la atribución insuficiente en cuanto a que la primera supone una total privación de la porción, y en la segunda esa privación solo tiene lugar parcialmente. Ahora bien, aunque quedan claras las distinciones conceptuales, en el orden de sus efectos nada debe obstar para que se equiparen los de la preterición y la desheredación injusta, en tanto ambas son instituciones dirigidas a la protección legitimaria, mientras la atribución insuficiente deberá solventarse mediante un sistema de efectos de menor alcance.

La preterición es susceptible de ser clasificada en cuanto a dos aspectos fundamentales para su construcción teórica, según el estado de la doctrina; sin embargo, en la conformación de su régimen jurídico resulta intrascendente atender a estos criterios clasificatorios.[166]

Atendiendo al deber de legítimas formal o material del testador, o lo que es lo mismo, a la concepción formal o material de la legítima tenemos a la preterición formal y a la material.[167] Es formal la preterición cuando no se menciona al legitimario en testamento. Esta es su asimilación actual, porque en su gestación el deber legitimario del testador era enteramente formal, de tal suerte que la preterición ocurría cuando no se instituía heredero y tampoco se desheredaba, porque entonces lo más importante era mencionar. En cambio, se habla de

una preterición material cuando no se ha efectuado atribución material del testador al legitimario por concepto alguno. También esta concepción de la legitimación ha evolucionado de conjunto con las concepciones sobre la forma de cumplimiento del deber legitimario.[168]

Según la voluntad del testador, se ha tratado a la preterición intencional *facta scienter*, y a la errónea *ab ignoranter*, y esta clasificación ya incide en su regulación normativa.[169] Es intencional cuando la privación de la legítima obedece a una intención del testador, y errónea en el caso contrario, o sea, cuando trae causa del olvido o del error.

1.3. Consideraciones *ad finem*

La autonomía de la sucesión legitimaria constituye el más importante punto de partida en la estructuración del régimen jurídico de las instituciones que integran este tipo de sucesión. La intangibilidad cuantitativa de la legítima, como elemento característico del contenido de la sucesión forzosa, es receptora privilegiada de los beneficios que esta concepción genera. El derecho al complemento de la porción legitimaria y la defensa ante las situaciones de preterición se refuerzan notablemente con la concepción autonómica que, sustentada en la exclusividad de la delación, el contenido, los sujetos, los efectos y el fundamento de este tipo de sucesión, inciden en la dinámica funcional de las alternativas protectoras ante lesiones legitimarias. En el caso específico del régimen jurídico de la preterición de los sucesores forzosos, la independencia de la sucesión legitimaria produce consecuencias en los ámbitos de su definición y de sus efectos. Desde el punto de vista conceptual se logra la objetividad de sus elementos componentes a partir de la debida determinación de la naturaleza de la figura y su adecuada ubicación dentro de la

dinámica de este tipo de sucesión; permite además establecer la debida correlación entre las categorías *atribución* y *mención* como componentes conceptuales y con ello determinar su perímetro protector. En su sistema de efectos tiene lugar la incidencia fundamental, porque posibilita articularlo como una vía de protección expedita que no requiere la remisión a la apertura de la sucesión intestada; sin embargo, en el entorno patrio la arraigada tradición de colocar a la sucesión forzosa como apéndice de la testamentaria, dada la naturaleza funcional de reglamentación negativa o de freno que caracteriza al sistema legitimario cubano y ante las insuficiencias de su regulación positiva, las valoraciones para independizar a la sucesión legitimaria requieren para su aplicabilidad la reorientación de la labor interpretativa del artículo 495 del Código Civil y la consagración de los presupuestos de su autonomía. En la eficiencia del régimen de protección legitimaria que reclama su carácter intangible, y en el que la preterición resulta ser la categoría fundamental, las alternativas de independizar este tercer tipo de sucesión repercuten con incuestionable incentivo. A la demostración de las aseveraciones anteriores están destinados los capítulos siguientes.

Notas

1 Mientras que las formas de suceder son las vías a través de las cuales un individuo puede convertirse en sucesor de otro por causa de muerte, de modo que se refieren a las vías de acceso a la delación –mediante el derecho propio, derecho de representación o derecho de transmisión–, los tipos de sucesión incluyen los mecanismos de colocación o activación del ofrecimiento para que pueda accederse a la herencia por las vías correspondientes.

2 Este contraste de sistemas legitimarios es consecuencia de las opuestas concepciones que del fenómeno sucesorio han gestado los modelos romano y germano de adquisición de la herencia.

[3] Según Fernández Camus, este tipo de sucesión adquiere su nombre en la pandectística alemana. *Vid*. Emilio Fernández Camus: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del derecho hereditario,* s. e., La Habana, 1928, p. 168.

[4] *Vid.* 1.1.4.

[5] Como veremos, en los sistemas germanos la concepción de la legítima tiene lugar a través de la concepción de la *reserve.*

[6] *V. gr.*, según Pérez Gallardo "la legítima (…) no es sino una restricción o freno a la libertad de testar que impone la ley a cuyo tenor el testador tiene el deber de atribuir en su testamento un *quantum* de su acervo patrimonial en propiedad a favor de ciertas personas determinadas y fijadas *ex lege*, en atención a determinadas circunstancias, establecido dicho *quantum* por la propia ley, sobre el importe líquido de la herencia, incrementado, con el de las liberalidades hechas en vida por el causante, y cuya fracción de valor se concreta en bienes perceptibles por los legitimarios mediante atribuciones que por cualquier título les otorgue el causante, y caso de no otorgarle tal atribución o en lo que les falte para cubrir dicho valor, lo perciben los legitimarios con la oportuna adjudicación de bienes hereditarios realizada conforme con las reglas de la partición o, de ser preciso, con la correspondiente reducción de las donaciones o legados inoficiosos y siempre, salvo que por preterición de dichos legitimarios se abra la sucesión *ab intestato* por declaración de nulidad de la institución de heredero testamentario." *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos …", *op. cit.*, p. 204; Xavier O'Callaghan: *Compendio de Derecho Civil*, 6.ª ed., corregida y puesta al día, Edersa, Madrid, 2006-2007, p. 225, y Juan José Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. II, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 1411. En esta acepción se inserta la polémica en torno a la calificación de la legítima como deber del testador en el entendido de si se trata de un deber formal o material.

[7] *Vid*. Juan Berchams Vallet de Goytisolo: "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 25,

no. 1, Madrid, 1972, p. 5; Luis Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo,* vol. I, Madrid, 1988, p. 584, y Xavier O'Callaghan: "Arts. 806 al 815", *Comentarios del Código Civil,* bajo la coordinación de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, p. 664. Este es también el criterio seguido por la doctrina argentina según Costa. *Vid.* José Carlos Costa: "La legítima en el derecho romano y en el Código Civil argentino", *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano,* vol. I, Universidad de Vigo, 1999, p. 234.

[8] *Vid*. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, Madrid, 1986, p. 832.

[9] *Vid*. Manuel Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 271.

[10] *Vid*. Francisco Espinar Lafuente: *La herencia legal y el testamento (estudio doctrinal y de derecho positivo),* Bosch, Barcelona, 1956, p. 336; M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 299; L. de Gásperi: *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 428; Sergio Cámara Lapuente: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 54, "la legítima (...) es un derecho preferente e insoslayable (con carácter imperativo) del legitimario, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, a una cuota neta de la herencia"; Andrés Domínguez Luelmo: "Arts. 806 al 810", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 924, y *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 26; Manuel Espejo Lerdo de Tejada: "Arts. 806 al 810", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso, *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, p. 774; Julius Binder: *Derecho de sucesiones*, Leyer, Bogotá, 2006,

p. 223; Víctor Manuel Jiménez González: "Paraguay", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 758, y Guillermo Lohmann Luca de Tena: "Art. 723", *Código Civil peruano comentado,* t. IV, Gaceta Jurídica, 1995, pp. 287 (versión digital).

11 *V. gr.,* según Lacruz Berdejo, "es legítima la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta, a percibir después de su muerte si no se recibió en vida". *Vid.* José Luis Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 355. Vallet considera que en el art. 806 del Código Civil español se regula la legítima como contenido, y quienes sostienen la influencia germana en este precepto la consideran un derecho. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Aclaraciones…", *op. cit.*, p. 832; Luis Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de Sucesiones*, t. II, Bosch, Barcelona, 1991-2000, p. 35; Juan Belfor Zárate del Pino: *Curso de Derecho de Sucesiones,* Palestra, Perú, 1998, p. 190; Rubén Velásquez Londoño: *Derecho de herencia,* 3.ª ed., Señal, Medellín, 1991, p. 249; Roberto Suárez Franco: *Derecho de Sucesiones,* 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996, p. 303; María Eugenia Rivera González: "Chile", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 344; Raúl Anido Bonilla: "Uruguay", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 902 y Guillermo A. Borda: *Tratado de Derecho Civil,* t. II, *Sucesiones,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 78.

12 Esta porción tiene un contenido exclusivamente activo, pero integrado no solo por bienes, sino, además por toda clase de situación jurídica de poder cuya titularidad en vida hubiere correspondido al causante y que sea susceptible de ser transmitida *mortis causa.* Como parte

intangible de la herencia la conciben también Albaladejo y Fernández Martell. *Vid* Manuel Albaladejo: *Curso de Derecho Civil*, vol. V, *Derecho de sucesiones*, 9.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, p. 377 y José Karel Fernández Martell: "La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil", ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 25 años del CC cubano, La Habana, del 11 al 13 de julio de 2012, p. 15 (versión digital).

13 Análisis distinto, sobre la delimitación de estas categorías realizan Ramón Mª Roca Sastre y José Puig Brutau: *Estudios de derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 180 y ss, al concebir la sucesión forzosa como aquel sistema sucesorio impuesto por la ley no supletoriamente a la voluntad del causante, como la sucesión intestada, sino con independencia de esa voluntad. Sus fines son protectores de intereses sociales o familiares. En cambio, entienden que la *ratio legis* de la legítima es diferente, pues con ella solo se trata de un conjunto de disposiciones legales a favor de ciertas personas a las que la ley quiere favorecer, de modo que sus razones son de carácter individual. Así conciben a la legítima como exclusiva del sistema de reglamentación negativa o de freno, de la misma forma, que es la *reserve* al sistema de atribución legal directa. Similar es el criterio de José Antonio Quince Fanjul: "Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc", *Revista Jurídica de Asturias*, no. 32, 2008, p. 116, cuando afirma que son tres los sistemas sucesorios en esta materia: el de absoluta libertad de testar, el de sucesión forzosa y el de derecho a la legítima, deviniendo este último en la conciliación del principio de libertad reconocido al propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia.

14 El *Common Law* no concibe este tipo de sucesión porque, como principio general, rige la libertad de testar, aunque matizada por los ordenamientos contemporáneos de este tipo con las previsiones de cierta tutela familiar *mortis causa*. En el ordenamiento inglés se prevé la *family provision,* que limita la libertad de testar solo para proteger

a ciertas personas dependientes económicamente del causante mediante asignaciones de cantidades monetarias suficientes. *Vid.* Aurelio Barrio Gallardo: *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 299 y 300; S. Cámara Lapuente: "¿Derecho Europeo…", *op. cit.,* p. 1219 y A. Vaquer Aloy: "La convergencia…", *op. cit.,* p. 199. Similar orientación sigue Estados Unidos cuando en su Código Uniforme de Sucesiones se protege a los hijos de la inexistencia de atribución *mortis causa*. Dieciocho Estados han adoptado este Código. Luisiana constituye una excepción al régimen jurídico imperante en ese país porque establece, aunque limitado, un régimen de legítima de notable influencia continental que no llega a colocarse con exactitud en ninguno de los modelos continentales. *Vid.* José Miguel García Moreno: "La preterición de herederos forzosos", *Manuales de Formación Continuada*, no. 47, Madrid, 2008, pp. 621-623 y J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* pp. 520-524. En otros países como Canadá, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, El Salvador y Panamá también se ha sustituido la protección legitimaria en su concepción clásica por la obligación alimentista a favor de ciertos parientes. *Vid*. A. Borda, Guillermo: *Tratado…,* t. II, *op. cit.,* p. 82; Francisco Luis Vargas Soto: "Costa Rica", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995 p. 421; Luis Beltraneda Valladares: "Guatemala", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 612; Irma Violeta Suazo de Rosa: "Honduras", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 632; Luis Zubiría Maqueo: "México", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Con-

sejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 650; Cristina Noemí Armella: "Nicaragua", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 702. En las codificaciones aún vigentes en países de Europa del Este como Estonia, Lituania y Polonia, el sistema legitimario tiene un marcado carácter asistencial, cuyo régimen Vaquer ha calificado como una propuesta intermedia entre los sistemas de determinación de una cuantía fija de la legítima y el sistema inglés de las provisiones familiares. *Vid.* A. Vaquer Aloy: "La convergencia…", *op. cit.,* pp. 200 y 201. En el resto de las codificaciones europeas rigen los modelos continentales, y en particular en España, se produce una coexistencia de regímenes porque en el Derecho común y en la mayoría de los ordenamientos autonómicos rige un sistema de legítima que se calificará en los siguientes acápites, pero en los territorios del País Vasco regidos por el Fuero de Ayala impera el régimen de absoluta libertad de testar y en Navarra la restricción que la legítima supone es meramente formal y no efectiva, por lo que es verdaderamente controvertida la calificación del sistema en ese territorio. *Vid.* Sergio Cámara Lapuente: "Testamentary freedom, legal inheritance rights and public order under spanish law", *The Law of Succession: Testamentary Freedom European perspectives,* bajo la coordinación de Miriam Anderson y Esther Arroyo i Amayuelas, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 271-305 y José Manuel Fernández Hierro: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral,* Comares, Granada, 2004, pp. 102 y ss.

15 *Vid.* Juan Berchams Vallet de Goytisolo: *Clasificación de los sistemas legitimarios,* Reus, Madrid, 1968, p. 3.

16 *Cfr.* R. M. Roca Sastre y J. Puig Brutau: *Estudios de…, op. cit.,* pp. 180 y ss.

17 *Vid.* J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones…*, t. II, *op. cit.,* pp. 1410 y 1411.

18 *Vid.* José Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho Civil,* t. V, vol. III, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 7. Real Pérez afirma que la legítima es-

pañola se formó tomando en cuenta elementos de ambos sistemas, pero predominan las notas características del sistema romano. *Vid.* Alicia Real Pérez: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 22 y 23. O'Callaghan plantea que en el Código Civil español se mezclan elementos de la legítima romana y la germana, esta última en lo que a la mejora se refiere, aunque en Cataluña, Navarra y Baleares se ha mantenido casi íntegramente el sistema y los principios de la legítima romana. *Vid.* X. O'Callaghan: *Compendio de..., op. cit.,* p. 228. Ruiz-Rico explica que no es posible subsumir por completo la legítima que regula el Código español en ninguno de los tipos que la historia proporciona. *Vid.* Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón: "Legítima y mejora", *Curso de Derecho Civil IV: derecho de familia y sucesiones,* bajo la coordinación de Francisco Javier Sánchez Calero, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 581.

19 Vallet aclara que esta calificación es predominante pero no absoluta, sino efectuada al contrastar el sistema legitimario español con el germánico de delación legal, indicativa de que no se regula en España una delación directa a favor de los legitimarios, según contraste además del art. 806 con los arts. 654, 655, 763, 808, 811 y 968. *Vid.* Juan Berchams Vallet de Goytisolo: "Apuntes de Derecho Sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, no. 2, Madrid, 1951, pp. 452-455 y "Atribución...", *op. cit.,* p. 38. El mismo autor advierte que no es *pars reservata* por razón de la interpretación histórica y sistemática del art. 806 frente a las cuales la literal no tiene suficiente fuerza, y que la expresión de que *no puede disponer* empleada en el precepto no implica que el causante no pueda disponer de la parte de su patrimonio relicto –en la técnica de la reserva germánica–, sino que admite que el causante pueda disponer de todos sus bienes, pero en atención a las limitaciones que se establecen en el propio código en materia de legítima. Que tampoco la expresión "por haberla reservado la ley" tiene la trascendencia del sostenimiento de la tesis germana, sino que es empleada solo en su acepción gramatical. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* bajo la coor-

dinación de Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XI, arts. 806 a 857 del Código Civil, EDERSA, Madrid, 1978, p. 8. Rivas ha entendido que el sistema de reglamentación negativa o de freno es el seguido fundamentalmente por el Código Civil español porque la ley deja hacer y disponer al causante en cuanto este cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y solo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la ley. *Vid.* J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones* …, t. II, *op. cit.*, pp. 1410 y 1411.

[20] *V. gr.,* Gregorio Ortega Pardo: "Heredero testamentario y heredero forzoso", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, Madrid, 1950, p. 361, y Manuel Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, XXXVIII-IV, Madrid, oct.-dic. 1985, pp. 850 y ss.

[21] Roca Sastre y Puig Brutau distinguen dentro del Derecho español tres grupos de legislaciones en cuanto al sistema de legítimas:

En los territorios de Derecho Común, sistema romano, con influjo de la reserva germana, *quantum* más reducido y la flexibilidad de las mejoras.

Cataluña y Baleares fuertemente romanizadas, sistema romano del período clásico Cataluña, Mallorca sistema justinianeo o de legítima elevada y variable.

Aragón, Navarra y Vizcaya, regiones del Fuero de Ayala y del Privilegio de Ager, no recibieron en toda su pureza el sistema legitimario romano clásico ni tampoco el fuertemente limitativo de la reserva germánica. En estas regiones es posible, gracias a la legítima ficticia o reducida, acumular los bienes en un solo heredero, posibilitándose con ello la subsistencia indefinida del tipo de familia troncal.

Vid. R. M. Roca Sastre y J. Puig Brutau: *Estudios de…*, *op. cit.,* p. 180. Sobre el tema, *Cfr.* además S. Cámara Lapuente: "Testamentary freedom…", *op. cit.,* pp. 271-305.

[22] *Vid*. Manuel de la Cámara Álvarez: *Compendio de Derecho Sucesorio*, 3.ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 2011, pp. 192 y 193.

[23] En este último se discute con mucha fuerza la interrelación de la observancia del principio de libertad de testar y la limitación que las legítimas imponen a esta *sui generis* libertad individual. Los análisis discurren por los senderos del cuestionamiento de la preservación, actualización o flexibilización del deber legitimario a partir de las vigentes condiciones socioeconómicas que tanto difieren de las que motivaron su surgimiento. *V. gr.,* J. J. Rivas Martínez: *Derecho de Sucesiones….*, t. II, *op. cit.,* pp. 1406 y 1407; X. O'Callaghan: *Código Civil:…, op. cit.,* p. 800; E. Valladares Rascón: "Por una reforma…, *op. cit.,* p. 4893; A. Barrio Gallardo: "Atemperar la rigidez…", *op. cit.*, p. 2714; A. Rentería Arocena: "La libertad de…", *op. cit.,* p. 2106; J. Delgado Echeverría: "El fundamento…", *op. cit.,* p. 8; J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* pp. 497, 499 y 500; T. F. Torres García: "Legítima, legitimarios y…", *op. cit.,* p. 220; A. Vaquer Aloy: "La convergencia…", *op. cit.,* pp. 194-196 y S. Cámara Lapuente: "¿Derecho Europeo …", *op. cit.,* pp. 1218, 1224 y 1225. Realmente se advierte este debate solo en el plano de las disquisiciones teóricas, porque en el legislativo, aunque se matizan y aligeran en cuanto a contenido y esencia los sistemas legitimarios, de alguna forma predomina irrebatiblemente su previsión como cortapisa a la libertad dispositiva del testador en el sistema romano. Aún las Codificaciones de última generación los contemplan, *v. gr.*, Códigos civiles de Italia y Perú.

[24] *V. gr.*, el sistema legitimario del Código Civil español corresponde al modelo de reglamentación negativa. Dada la imprecisa redacción del art. 806 del Código, las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, reguladas en lo fundamental en los arts. 814 y 815, delatan este carácter si se tiene en cuenta que su objeto es privar de efectos a las disposiciones volitivas del testador que lesionen derechos legitimarios. Ello conduce, indubitadamente, a la

conclusión de que la sucesión legitimaria opera como límite a la libertad de testar y no como atribución legal directa. En el art. 815 del Código Civil español parece estar la clave del predominio de criterio en la doctrina jurídica de ese país. También en el articulado posterior al precepto encontramos alternativas al cumplimiento del deber legitimario por título distinto al de heredero, *v. gr.,* arts. 817, 818, 819, 820.1, 821, 822, 823, 831. *Cfr.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 194; Andrés Domínguez Luelmo: "Artículos 815 al 822", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 933, y J. M. Busto Lago: "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 963. Ortega Pardo sostiene criterio distinto sobre la previsión del art. 815, al estimar que existen razones de economía jurídica cuyo propósito es que los actos jurídicos produzcan siempre sus efectos normales, acudiendo solo en última instancia a la ineficacia, y esa es la *ratio* del art. 815 del Código Civil español: evitar la ineficacia testamentaria por violaciones legitimarias sin intención de definir la naturaleza y esencia de los derechos del legitimario. *Vid.* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, pp. 342-345.

[25] También aunque con mucha menor frecuencia suelen calificarse dentro de este mismo parámetro como sistemas *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* o puramente simbólicas.

[26] *V. gr.,* J. B. Vallet de Goytisolo: "Aclaraciones…", *op. cit.,* p. 846; J. J. Rivas Martínez: *Derecho de Sucesiones…*, t. II, *op. cit.,* p. 1417; X, O'Callaghan: *Compendio de…*, *op. cit.*, p. 226; J. A. Quince Fanjul: Preterición:…", *op. cit.,* p.117; J. M. Busto Lago: "Artículos 806…", *op. cit.,* pp. 963 y 964. También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido este criterio de clasificación para el sistema legitimario español: *vid.* Resolución de 1 de marzo de 2006 (RJ\2006\3919): "En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum,* y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título

debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum.* De ahí que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima".

27 Según Vallet, la legítima justinianea tenía esta configuración. *Vid.* Juan Berchams Vallet de Goytisolo: "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 23, no. 1, Madrid, 1970, p. 14, y "Las Legítimas según Claude Chiffle", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVII, fasc. III, Madrid, 1974, p. 683.

28 *V. gr.*, M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* pp. 864 y 865; G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, p. 342, y F. Espinar Lafuente: *La herencia legal…, op. cit.*, p. 377. Recientemente la Sentencia 338 de 26 de abril de 1997 (RJ\1997\3542) del Tribunal Supremo español en su Tercer Considerando, calificó de *pars hereditatis* el contenido de la legítima en España. *Cfr.* Andrés Domínguez Luelmo: "26 de abril de 1997. Retracto de coherederos y comuneros. Legítima. Naturaleza jurídica. Partición testamentaria. Disposición de toda la herencia en legados. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Interpretación del testamento", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 45, Madrid, 1997, p. 977.

29 Lacruz sostiene que el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima no puede resolverse mediante una solución única; las alternativas deben ser planteadas no aisladamente, sino relacionadas unas con otras por no ser unívocas, ni absolutas. *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…,* vol. III, *op. cit.,* p. 354; con igual criterio, *vid.* M. Espejo Lerdo de Tejada: "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 778. Real Pérez reconoce la superioridad del criterio que considera la legítima una *pars bonorum,* pero considera que la naturaleza de la legítima en el Código español es plural porque no puede ser *pars hereditatis,* dada la no imposición normativa de la institución de he-

redero a favor del legitimario y la previsión de la posibilidad de pagar la legítima por cualquier título; tampoco *pars valoris* porque, aunque a veces constituye un derecho de crédito, tiene garantías especiales que no le son reconocidas a ningún otro acreedor, y no es por último, en los casos de pago de la legítima en metálico, una *pars bonorum*. *Vid.* A. Real Pérez: *Intangibilidad ..., op. cit.,* pp. 54 y 55. Martín Pérez considera que en la calificación del sistema legitimario español en atención a su contenido, el Tribunal Supremo tiene una posición dubitativa porque la ha considerado indistintamente *pars hereditatis* y *pars bonorum. Vid.* José Antonio Martín Pérez: "Sección Quinta de las Legítimas", *Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil,* dirigido por Miguel Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, p. 1479. Lledó Yagüe advierte que no es fácil determinar la calificación en cuanto a contenido del sistema legitimario español, porque no es clara la terminología del legislador, pero, pese a ello la posición predominante es que se trata en principio de una *pars bonorum. Vid.* Francisco Lledó Yagüe: *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 360. Torres García y Domínguez Luelmo plantean que aunque como regla pueda sustentarse que se trata de una *pars bonorum,* se exceptúan los supuestos previstos en el Código español en los que se prevé el pago de la legítima en dinero, incluso extrahereditario. *Vid.* Teodora Felipa Torres García y Luelmo Andrés Domínguez: "La legítima en el Código Civil I", *Tratado de derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco,* bajo la coordinación de María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011, p. 1842; T. F. Torres García: "Legítima, legitimarios…", *op. cit.,* p. 202; A. Domínguez Luelmo: "Artículos 806…", *op. cit.*, p. 924, y *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 241 y 242. Con igual criterio, *vid*. Manuel Rivera Fernández: "Artículos 814 al 815", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087), bajo

la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, p. 850. En estos últimos supuestos plantea Vallet que la legítima es solo *pars valoris* en cuanto al contenido al que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada a través de una *pars bonorum* que primigeniamente les estaba asignada y de la cual aquella es traducción dineraria. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Contenido…", *op. cit.* pp. 114 y 115. En contra de los criterios de naturaleza dual y abogando siempre por el contenido *pars bonorum* de la legítima española, *vid*. José María Suárez Sánchez-Ventura: "Naturaleza de la legítima y pago en metálico", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* no. 4, Madrid, 1984, p. 1015.

30 *Cfr.* Antoni Vaquer Aloy: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 3, 2007, consultado en consultado en www.indret.com el 22 de septiembre de 2012, p. 7.

31 *Vid.* Ley de Reforma en vigor el 1 de enero de 2003, *Cfr.* J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* p. 495.

32 Las codificaciones europeas, en su mayoría integrantes del modelo jurídico continental, adoptan diferentes sistemas legitimarios en atención a su contenido, de modo que confluyen ordenamientos que regulan la legítima y otros la *reserve.* Como ocurre en España, la terminología y en general el régimen jurídico que el legislador les confiere impide su nítida catalogación. En Francia rige un sistema de *reserve* al amparo de los arts. 724, 913 y 1004 del Código Civil, que autores como Vallet de Goytisolo, De la Cámara Álvarez, Rivera Fernández, Real Pérez, Roca-Sastre Muncunill, García Moreno, Fernández Hierro, Bermejo Pumar y Reverte Navarro insertan en el modelo legitimario del tipo *pars hereditatis* o germano. En cambio, Rentería Arocena la concibe del tipo *pars bonorum,* y Cámara Lapuente la inserta también en el sistema romano. *Cfr.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.,* p. 530; M. de la Cámara Álvarez, *Compendio de…, op. cit.,* p. 192; Manuel Rivera Fernández:

La preterición en el Derecho común español, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 416; A. Real Pérez: *Intangibilidad…, op. cit.*, pp. 26, 44 y 45; L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 587*;* J. M. García Moreno: "La preterición…", *op. cit.,* p. 614; J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* p. 6; María Mercedes Bermejo Pumar: "Atribuciones legales (legítimas, derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas)", *Instituciones de derecho privado*, bajo la coordinación general de Juan Francisco Delgado de Miguel, t. V, Sucesiones, vol. 3, Las atribuciones legales, bajo la coordinación de Martín Garrido Melero, Civitas, Madrid, 2005, p. 136; Antonio Reverte Navarro: "Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil*", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* bajo la coordinación de J. M. González Porras y F. P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 4143; A. Rentería Arocena: "La libertad de…", *op. cit.,* p. 2112; S. Cámara Lapuente: "¿Derecho Europeo…", *op. cit.,* p. 1222. La reciente reforma legislativa en ese país, regida por la Ley 728 de 23 de junio de 2006, debilita la fuerza de la *reserve* al suprimirla a favor de los ascendientes y reducirla para los descendientes. *Vid*. J. M Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.*, p. 495. En el derecho histórico francés se registran ambos sistemas al decir de De Gásperi, según sus comarcas adoptaran el Derecho escrito o consuetudinario, asumiendo las primeras el sistema legitimario *pars bonnorum* y las segundas el sistema *pars hereditatis. Vid.* L. de Gásperi: *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 416. En Alemania a la legítima se le concibe como una *pars valoris* porque se configura como obligación a la que se da cumplimiento luego de las deudas de la herencia, pero antes que los legados y cargas modales. *Cfr.* Anne Röthel: *El Derecho de Sucesiones y la legítima en el derecho alemán,* traducción de Antoni Vaquer Aloy, Bosch, Barcelona, 2008, p. 54, y J. Binder: *Derecho de…, op. cit.*, p. 223. El sistema legitimario italiano adopta una variante de difícil calificación bajo el acápite de la sucesión necesaria. Vallet asegura que la posición predominante en la doctrina italiana es la de estimar

que la legítima opera como un *tertius genus* de delación distinto de la testada y la *ab intestato* y de carácter totalmente forzoso. *Vid.* Juan Berchams Vallet de Goytisolo: "Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 18, no. 1, Madrid, 1965, pp. 11-14 y "Apuntes de derecho…", *op. cit.,* p. 530. Zaccaria afirma que cuando el legitimario ejercita las acciones de reducción contra las disposiciones testamentarias, no hace valer su calidad de heredero, sino un derecho propio y más, cuando ejercita las mismas acciones para reducir donaciones, ni siquiera adquiere la condición sucesoria, por lo que en aquel contexto la llamada sucesión necesaria no siempre se traduce en un fenómeno sucesorio. *Vid.* Alessio Zaccaria: *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss. La calificación del modelo italiano se complejiza tras los estudios efectuados por Cicu en 1943 sobre la distinción de una cuota de reserva y una de legítima, a pesar de no haber encontrado muchos seguidores. *Vid.* J. M. García Moreno: "La preterición…", *op. cit.,* p. 615; Rentería plantea, en cambio, que el modelo italiano parece configurar la legítima como una *pars bonorum. Vid.* A. Rentería Arocena: "La libertad de…", *op. cit.,* p. 2114. Holanda, según Miquel, transitó del modelo que concibe a la legítima como una *pars hereditatis* al que la establece como una *pars valoris*, asemejándose con ello a la legislación alemana a partir de la Ley de Reforma de 1 de enero de 2003. Vid. J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.*, p. 495. Esta divergencia se manifiesta también en las codificaciones latinoamericanas, aunque en ellas predomina la regulación del sistema cuyo contenido es una *pars bonorum*, *v. gr.,* art. 1181 del Código Civil de Chile, art. 1059 del de Bolivia, art. 884 del de Uruguay, arts. 1229 y ss. del de Ecuador, art. 1239 del de Colombia. *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Legítima y discapacidad…", *op. cit.,* pp. 23 y ss., y R. Anido Bonilla: "Uruguay"…, *op. cit.,* p. 903. En cambio parecen seguir el modelo de contenido *pars hereditatis* los arts. 723 y ss. del Código Civil de Perú y los arts. 883 y ss. del de Venezuela. La regulación contenida en los arts. 3591 y 3593 del Có-

digo Civil de Argentina provoca el criterio de sistema *pars bonorum* a Costa y a Goyena Copello, mientras que a De Gásperi, Fornieles y a Arias les conduce a incluirla en el *pars hereditatis. Vid*. J. C. Costa: "La legítima…", *op. cit.,* p. 234; Héctor R. Goyena Copello: *Tratado de Derecho de Sucesión, Las formas de suceder,* t. II, 2.ª ed., actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 518; L. de Gásperi, *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 428; Salvador Fornieles: *Tratado de las Sucesiones,* t. II, 3.ª ed., EDIDR, Buenos Aires, 1950, p. 85, y José Arias: *Sucesiones,* Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1942, p. 80.

33 *Vid*. De Gásperi, L., *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 427.

34 *Vid*. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española,* 22.ª ed., Espasa, Madrid, 2011, p. 1483.

35 *Vid*. J. J. Rivas Martínez: *Derecho de Sucesiones…*, t. I, *op. cit.,* p. 76.

36 *Cfr.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 59.

37 *Vid*. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: *Panorama del derecho de sucesiones*, t I, Civitas, Madrid, 1982, p. 959.

38 *Cfr.* M. de la Cámara Álvarez, *Compendio…, op. cit.,* p. 59. En aquellos ordenamientos en los que sea viable, se concibe también al contrato sucesorio como título formal de la sucesión voluntaria.

39 La dimensión generativa o material de la titulación sucesoria no reporta dificultades en la construcción teórica de la delación como momento de constitución del derecho hereditario, por la invariable función que en tal sentido desempeñan la voluntad del causante o la ley, según se trate de una sucesión testada o intestada respectivamente. También en la sucesión legitimaria son constatables la voluntad o la ley como títulos materiales, según se trate de un heredero especialmente protegido o preterido por el testador, respectivamente. *Vid.* 1.1.4.

40 Estos dos últimos indicadores de calificación no han sido desarrollados en este trabajo dada la poca trascendencia que se les atribuye, pero sí se abordan en algunos estudios consultados, *v. gr.,* Leonardo B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.,* p. 240.

41 *Vid*. M. de la Cámara Álvarez, *Compendio de…, op. cit.,* p. 177.

[42] Resulta muy interesante el criterio de Ortega Pardo al estructurar las peculiaridades de la sucesión forzosa, no con la intención de demostrar su independencia, sino de indicar las peculiaridades que cobra el legitimario desde su condición de heredero. Advierte como particularidades las relativas al título de la sucesión, a la composición de la cuota legitimaria, al cálculo de su cuantía, a las acciones de defensa de los derechos legitimarios, a la imposibilidad de actuación volitiva del causante en la determinación de estos sucesores y a su específica finalidad. *Vid.* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, p. 359.

[43] *Vid*. L. de Gásperi: *Tratado de…,* t. III*, op. cit.,* p. 428.

[44] Sin embargo, Ortega Pardo, sin negar la configuración de reglamentación negativa que tiene el sistema legitimario español, considera que en su regulación la legítima es atribuida directamente por la ley a título de herencia. *Vid.* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, p. 349. *Vid.* también M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.*, p. 865.

[45] *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: *Aclaraciones...*, *op. cit.,* pp. 835 y ss., y "Atribución…", *op. cit*., p. 12.

[46] Vallet afirma, sin embargo, que la legítima como conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición procede ciertamente de la ley no solo en cuanto a su cuantía, sino también a su contenido, y es así que nace de ella y no de la voluntad del causante, cualquiera sea el sistema legitimario de que se trate. *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit*., pp. 6-9.

[47] *Cfr*. también J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit*., p. 5.

[48] Fijado este argumento, es imposible coincidir con la tesis que al respecto sostiene Linares Noci. *Vid*. nota 75.

[49] Nótese que también puede haberse satisfecho la legítima por a*ctos inter vivos* de modo que en estos casos el título por el que se dio cumplimiento al deber legitimario se identifica con el negocio jurídico realizado por el testador lucrativamente a favor del legitimario (donación, cesión, condonación, etc.).

[50] *Vid*. González Palomino, *cit. pos* M. Rivera Fernández: *La preterición…, op. cit.,* p. 224, que afirma que no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley.

[51] Téngase en cuenta, solo como un elemento más, que los arts. 815 y 494 de los códigos civiles cubano y español, respectivamente admiten la satisfacción de la legítima por *cualquier título* y con tal regulación lejos de excluirse, el título legitimario *per se* ha de entenderse comprendido.

[52] S. *Cfr.* Fornieles: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* p. 84; Rafael Linares Noci: "La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 64, no. 588, Madrid, 1988, p. 1503.

[53] *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.*, p. 428 y *Aclaraciones...*, *op. cit.,* p. 834.

[54] *Vid*. G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, pp. 361 y ss.

[55] *Vid*. M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* pp. 849 y ss.

[56] Vallet descartó también la autonomía de la sucesión legitimaria en las legislaciones forales. *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: *Panorama…,* t. I, *op. cit.,* p. 531.

[57] *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 39, no. 1, Madrid, 1986, p. 44.

[58] Vallet niega también la autonomía de la delación forzosa en los ordenamientos forales. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Los complementos de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26, no. 1, Madrid, 1973, p. 40.

[59] *V. gr.*, Alguer plantea que la delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admite, y la legítima, y que el llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario. *Vid.* J. Alguer: "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil VI", *Revista Jurídica de Catalu ña,* XXXVII, 1931, pp. 132 y ss. Albaladejo sostiene igualmente que la sucesión legitimaria generalmente no funciona como otra nueva

forma de adquirir los bienes junto a la testada e intestada, sino solo como un límite a la libertad dispositiva del causante, de modo que únicamente se adquieren por sucesión forzosa cuando no se respeta la legítima, y por tanto el testamento es invalidado en cuanto se viole aquella, adquiriendo los legitimarios la legítima en ese concepto de sucesión forzosa. *Vid.* M. Albaladejo: *Curso…,* vol. V, *op. cit.*, p. 9. Rivas afirma que el Código Civil español sigue un sistema legitimario de freno y no regula como un modo de adquirir por herencia a las legítimas, sino que asegura a los legitimarios imponiendo a las facultades dispositivas del causante una pluralidad de limitaciones legales y relativas con el fin de que los parientes íntimos y su cónyuge puedan recibir del patrimonio o de la herencia, determinada cuota o un usufructo respectivamente, bien por donación o por disposición testamentaria del causante, bien por sucesión intestada abierta en defecto de testamento o por ineficacia de sus disposiciones, pero no la atribuye directamente por una tercera vía sucesoria. *Vid.* J. J. Rivas Martínez: *Derecho de Sucesiones…*, t. II, *op. cit.,* p. 1412. *Vid.* además J. B. Vallet de Goytisolo: *Estudios de Derecho Sucesorio,* vol. IV, 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 32 y ss.; Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones,* 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 417; J. M. Busto Lago: "Artículos 806 al…", *op. cit.,* p. 963; Alfredo García-Bernardo Landeta: "La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814", *Revista jurídica del Notariado,* no. 50, Madrid, 2004, pp. 43 y ss., y "Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002", *Revista Jurídica del Notariado,* no. 44, Madrid, 2002, p. 275; M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 73, y Natalia Álvarez Nata: "Artículos 657 al 661", *Comentarios al Código Civil*, bajo la coordinación de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 821.

60 Claude Chifflet señaló que con la legítima no se trató de establecer una delación legal de la cuota, sino de determinar cuál era cuantita-

tivamente la cuota debida, *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: *Las legítimas... , op. cit.,* p. 684. Polaco niega la autonomía de la sucesión forzosa por entender que las legislaciones modernas no conciben a la sucesión necesaria en el sentido romano de la adquisición *ipso iure* de la herencia aun en contra de la voluntad del heredero, *cit. pos* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.,* p. 358. Roca-Sastre Muncunill descarta la existencia de delación forzosa al afirmar que la ley no defiere directamente cuota legitimaria alguna, sino que la reserva preventivamente al legitimario. *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 588. Bolás Alfonso la descarta solo porque interpreta que la regulación de la reducción como efecto de la preterición obedece únicamente a la intención de asimilar los regímenes de la preterición y la desheredación. *Vid.* Juan Bolás Alfonso: "La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. 25, Madrid, 1983, p. 224. García-Bernardo descarta además este tipo de sucesión cuando afirma que el título legitimario no es un título *mortis causa* con un contenido positivo por el cual se adquiera herencia o legado, sino una figura jurídica con contenido negativo de facultades de defensa solamente. *Vid.* A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* p. 48. Zárate del Pino la concibe inmersa entre las delaciones testada e intestada. *Vid.* J. B. Zárate del Pino: *Curso de…, op. cit.,* p. 191. Con otro análisis, *vid.* R. Anido Bonilla: "Uruguay"…, *op. cit.,* p. 904.

61 *Vid.* Rafael Linares Noci: "Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 42, no. 1, Madrid, 1989, pp. 54 y ss., y "La preterición intencional…", *op. cit.,* pp. 1493 y ss. Este autor sostiene que para validar la existencia de este tercer género de sucesión *mortis causa* en todo caso habrá que admitir que el único título para satisfacer el derecho legitimario será el de "heredero legal", con lo cual comienzan a torcerse sus argumentos hasta concluir que en consecuencia, estará preterido el legitimario "no solo cuando el testador dispusiera de la legítima a favor de extraños, sino además cuando lo

hiciera en beneficio de los propios legitimarios", ello en atención a la condición sucesoria exclusivamente legal que estos últimos ostentan.

62 Peña, como fundamento de orden histórico, agrega que el legislador español no se inspiró en el romanismo de Las Partidas, sino en el Fuero Juzgo, Fuero Real y Leyes de Toro que establecieron la legítima tal cual ha llegado hasta nosotros. Enumera este autor ocho elocuentes supuestos en los cuales se patentiza el carácter forzoso y especial del llamamiento legitimario, porque prevalece en ellos el régimen jurídico de la sucesión forzosa con independencia del que corresponde a los llamamientos testamentarios o legales supletorios. *Vid.* M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* pp. 863 y ss.

63 *Vid*. Sergio González Collado: "El legitimario no es sucesor", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 539.

64 *Vid*. José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1973, pp. 35-37, y J. L. Lacruz Berdejo *et. al.*: *Elementos de…, op. cit.*, pp. 354, 364 y 365.

65 *Vid*. H. R. Goyena Copello: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* pp. 507 y ss.

66 *V. gr.*, Miquel afirma que en caso de preterición lo que falta no es un título sucesorio al heredero forzoso preterido porque la ley se lo da, sino al testamento una declaración de voluntad testamentaria, que la ley exige al testador como carga formal para garantizar que tome en cuenta a los hijos o descendientes legitimarios, que además de legitimarios son herederos *ab intestato* de primer orden y grado. *Vid.* José María Miquel González: "Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001", *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002, p. 536. Con igual criterio, *vid*. Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 556. Quince Fanjul señala que tras la reforma legislativa de 1981 en España, la regulación actual en sede de preterición avanza con respecto a la anterior, pues tras la nulidad de la institución de heredero en cuanto afec-

te a la legítima se abre la sucesión legitimaria y se crea un nuevo título de imputación sucesoria. *Vid.* J. A. Quince Fanjul: "Preterición: …", *op. cit.,* p. 119. Pérez Gallardo afirma que el legitimario es solo reconocido por el testador, su configuración es legal, no voluntaria, aproximándose así al heredero *ab intestato. Vid*. Leonardo B. Pérez Gallardo: "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia 218 de 31 de mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 42, La Habana, jun.-dic. de 2011, p. 11.

67 El Código español lo regula con cierta suficiencia en sus arts. 818 y 819, pero no alcanza la eficiencia del legislador argentino que en su art. 3602 regula que "para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias".

68 *Vid*. J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida: *Elementos…*, vol. II, *op. cit*., p. 33.

69 *Vid*. M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* pp. 36 y ss.

70 *Vid.* E. Fernández Camus: *Varias conferencias…*, *op. cit.,* p. 168.

71 *V. gr.,* Ortega Pardo considera al legitimario irrefutablemente heredero por imperativa atribución legal de esa condición, aunque venga matizada por una serie de peculiaridades y protegida con unas garantías específicamente establecidas para asegurar el fin especial de la sucesión forzosa. Así lo afirma a pesar del criterio de determinación de la sucesión a título universal para la institución de heredero, por entender que el heredero forzoso constituye una excepción a esta regla. *Vid.* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit*., p. 361; Calixto Valverde y Valverde: *Tratado de Derecho Civil español,* vol. V, parte especial: Derecho de sucesión *mortis causa*, 3.ª ed., Cuesta, Va-

lladolid, 1925-1926, p. 219; M. Peña Bernaldo de Quirós: *La naturaleza…, op. cit.,* pp. 850 y ss.; J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* pp. 15 y ss., y Espinar los considera una especie de herederos legales. *Vid.* F. Espinar Lafuente: *La herencia legal…,op. cit.*, pp. 330-335. En el criterio de la mayoría de estos autores se encuentran enarbolados fundamentos históricos, lo que es comprensible teniendo en cuenta la repercusión que todavía tiene la Novela 115 de Justiniano, en cuanto al deber del testador de instituir heredero al legitimario, aunque por fortuna en la actualidad esta incidencia se mantenga fundamentalmente en el ámbito de las disquisiciones teóricas. Desde el panorama del Derecho colombiano y del Derecho chileno, Suárez Franco y Rivera González, respectivamente, los consideran también herederos. *Vid*. R. Suárez Franco: *Derecho de…, op. cit.*, p. 306, y M. E. Rivera González: "Chile"…, *op. cit.,* p. 344.

72 Algunos autores simplemente descartan que se trate de herederos comunes. *V. gr.*, Vallet asegura que la inexactitud de la terminología del Código español solo obedece a la supervivencia histórica de un concepto superado, y ello impide a su tenor catalogar al legitimario como heredero. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.*, p. 442. Albaladejo plantea que la terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque pueden ser también donatarios, legatarios, etc. *Vid.* M. Albaladejo: *Curso de…,* vol. V, *op. cit.*, p. 377. *Vid.* además J. Puig Brutau: *Fundamentos…,* t. V, vol. III, *op. cit.,* pp. 9-11; A. Domínguez Luelmo: "Artículos 806…", *op. cit.*, p. 924, y J. M. Busto Lago: "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 964. Otros los consideran sucesores a título particular. *V. gr.*, Roca Sastre y Puig Brutau consideran que cuando el Código Civil español se refiere a herederos forzosos en lugar de legitimarios, incurre en una imprecisión terminológica que no debe perjudicar la doctrina que desarrolla, y que la concepción de la legítima como derecho a una parte alícuota del saldo activo de la herencia permite reforzar la doctrina del legado de parte alícuota. *Vid.* R. M. Roca Sastre y J. Puig Brutau: *Estudios de…*, *op. cit.*, pp. 188 y 189. González Palomino los conside-

ra sucesores a título singular por un llamamiento de cuota derivado directamente de la ley. *Vid.* José González Palomino: "El acrecimiento en la mejora", *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio,* Madrid, 1946, pp. 73-143. Por último, en un tercer grupo se incluyen los que lo conciben como sucesores especiales. *V. gr.,* Lacruz afirma que el legitimario es muy peculiar porque en cuanto tal está dotado de poderes que le constituyen en un supersucesor al poder reclamar en la herencia una participación mayor a la que le asignó el causante, cuya voluntad aquí es rectificada y contradicha, mas sobre todo pudiendo reclamar bienes o valores que ya no están en el patrimonio del causante, pero que salieron de ese en perjuicio de sus derechos; así el legitimario, cualquiera que sea la terminología legal, es una persona que tiene derechos sobre el patrimonio del causante. *Vid.* J. L. Lacruz, Berdejo *et al.*: *Elementos…,* vol. III, *op. cit.*, p. 365. López Beltrán los concibe como sujetos con un título especial que les atribuye derechos específicos. *Vid.* Carmen López Beltrán de Heredia: "Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes", *Revista Crítica de DerechoInmobiliario*, año 64, no. 585, Madrid, 1988, p. 361; con igual criterio *vid.* M. Rivera Fernández: "Artículos 814…", *op. cit.,* pp. 850 y 851, y M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* pp. 65 y ss. Desde el derecho argentino, Goyena Copello los considera simplemente legitimarios. *Vid.* H. R. Goyena Copello: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* p. 196. Espejo afirma que la condición de legitimario modifica algunas consecuencias de la titulación de este tipo de sucesor: si es legatario modifica las normas de prelación entre legatarios; si es heredero modifica su responsabilidad ante reclamaciones de la legítima de otros legitimarios en la medida en que afecte a su propia legítima, también su responsabilidad en legados y por deudas ordinarias, tampoco siendo heredero queda el legitimario vinculado a los actos del causante lesivos de su derecho. *Vid.* M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.*, pp. 370 y 371, y "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 774. Con criterio similar J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón: "Legítima y…", *op. cit.,* p. 581. Torres García

los considera propiamente legitimarios. *Vid.* Teodora Felipa Torres García: "La legítima en el Código Civil", *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, coordinado por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo Isidro, Madrid, 2009, p. 315. En este grupo, pero con conclusión totalmente diferente, se inserta González Collado cuando afirma que el legitimario no es sucesor, sino un simple adquirente *ex lege. Vid.* S. González Collado: "El legitimario…", *op. cit.,* p. 534.

73 *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida: *Elementos…*, vol. II, *op. cit.*, p. 37.

74 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 5, no. 3, Madrid, 1952, pp. 902-903. Con igual criterio, *vid.* J. Puig Brutau: *Fundamentos…,* t. V, vol. III, *op. cit.,* p. 15. En contra, *vid.* A. Domínguez Luelmo: *El pago…, op. cit.,* p. 30.

75 *Vid.* S. Fornieles: *Tratado…,* t. II, *op. cit.,* p. 84.

76 Entiéndanse incluidas las mencionadas, porque todas tienen que ver con la adquisición de la cuota legitimaria en cuanto a su cómputo, integración, imputación y finalmente adjudicación.

77 *V. gr.*, acciones de nulidad y de suplemento, entre las que se encuentran las acciones de reducción y de rescisión, cada una concebida en función de la extensión de la lesión legitimaria.

78 A esto llamaron los juristas del siglo XVII y los codificadores franceses del siglo XVIII testamento tácito. *Vid.* Daniel A. Peral Collado: *Sucesión intestada,* actualizado por Guillermo de Vera Sánchez, Ed. Félix Varela, La Habana, 1998, pp. 9 y 10.

79 Rojina sistematiza el fundamento de la sucesión intestada mediante el enlace de elementos biológicos, psicológicos, sociales, económicos y jurídicos, entendido el primero como la perpetuidad de la especie y el instinto de conservación, el segundo en el orden de los afectos, el tercero como la conservación de la familia, que es indispensable para la organización social, y los dos últimos entrelazados indisolublemente. *Vid.* Rafael Rojina Villegas: *Sucesión legítima y problemas comunes a los testamentarios e intestados*, JUS, México, 1945, pp. 121

y ss. *Vid.* además Federico Engels: *El origen de la familia la propiedad privada y el Estado,* Prensa Libre, La Habana, 1961, pp. 22 y ss.

[80] *Vid*. E. Fernández Camus: Varias conferencias…, *op. cit.,* p. 176, y José A. Álvarez Coperochipi: *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 167 y ss.

[81] *Vid.* 1.1.5.

[82] *Vid*. L. B. Pérez Gallardo: "El Derecho de Sucesiones en cifras…", *op. cit.,* p. 736.

[83] *Vid*. Alfredo García-Bernardo Landeta: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 22, no. 2, Madrid, 1969, p. 350.

[84] Por ejemplo, la sucesión legitimaria en Cuba pertenece al sistema romano o de reglamentación negativa o de freno, y es a su vez de tipo *pars bonorum*. Con independencia del modelo del que se trate, igual calificación puede hacerse en todo ordenamiento jurídico que conciba las legítimas.

[85] Nótese que las sucesiones testada e intestada también tienen instituciones y principios propios, que coadyuvan a sus autonomías, *v. gr.*, legado, sublegado, sustitución, revocación, albaceazgo, etc., y representación, principio de exclusión de grados, etc., respectivamente.

[86] *Vid*. M. Peña Bernaldo de Quirós: *La naturaleza…, op. cit.,* pp. 866 y 867.

[87] Este autor parte de entender que con la previsión de efectos reductores de la preterición se está atribuyendo al legitimario un título sucesorio que no es testamentario ni intestado, pero del que la ley no establece aún su régimen específico. *Vid*. M. Rivera Fernández: *La preterición en el…, op. cit.,* pp. 415 y 416, y "30 de enero de 1995. Preterición no intencional de hijo o descendiente extramatrimonial, Usufructo universal del cónyuge viudo. Cautela sociniana Reducción de legado inoficioso. Indefensión", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 38, Madrid, 1995, p. 763.

[88] *Vid*. Manuel Espejo Lerdo de Tejada: "Artículo 658", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo,

Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 773; "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 775, y *La legítima en la sucesión intestada…, op. cit.*, pp. 363, 369 y 370.

89 En la doctrina española se han producido otros acercamientos al tema. Ilustraron al respecto Peña Bernaldo de Quirós y Ortega Pardo, pero desde análisis más centrados en la condición sucesoria del legitimario. *Vid.* M. Peña Bernaldo de Quirós: *La naturaleza…, op. cit.,* pp. 849-907 y G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, pp. 321-361. Recientemente otros autores como Lacruz Berdejo, Domínguez Luelmo, Torres García y Reverte Navarro lo han abordado solo en los supuestos de violaciones legitimarias. *Vid*. nota 44; A. Domínguez Luelmo: *El pago…, op. cit.,* p. 27; T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I, *op. cit.*, p. 1850: "Cuando el testador cumple con su deber legitimario no hay por qué utilizar las medidas de freno en que consiste la legítima, por lo que no se puede decir que exista una forma singular de suceder: los legitimarios serán herederos, legatarios o donatarios dependiendo de la voluntad del causante (…) pero cuando existe inoficiosidad la atribución de bienes en la medida del perjuicio sufrido se produce en virtud de un llamamiento legal". En trabajo precedente esta autora coincide con el criterio de De La Cámara, en cuanto a que se produce una delación legitimaria autónoma en los supuestos de la legítima del cónyuge viudo, pero este último autor la niega en el resto de los casos. *Vid.* T. F. Torres García: "Legítima, legitimarios y…", *op. cit.*, p. 190, y M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 199. Estima además Torres García que la Reforma que introduce la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 a los preceptos del Código Civil avala la autonomía de la sucesión forzosa. *Vid.* T. F. Torres García: "La legítima en…", *op. cit.*, p. 305. A. Reverte Navarro: "Reflexiones…", *op. cit.,* p. 4146.

90 *Vid.* M. Ferrer y A. Francisco "Artículos 3591 al 3638", *Código Civil comentado,* t. II, bajo la coordinación de Francisco A. M. Ferrer y Graciela Medina, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p.171.

91 No ha sido este el criterio seguido por Vallet, cuando en interpretación del art. 658 del Código Civil español, predecesor del 467 cubano,

refiere que no hay sucesión legal forzosa. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Aclaraciones...*, *op. cit.,* p. 839. Reitera el mismo autor su criterio cuando afirma que en el régimen del Código Civil solo existen dos formas de delación hereditaria: la testamentaria y la intestada, porque así resulta de los arts. 609, referente a los modos de adquirir, 658 y 913, que además muestran el carácter subsidiario de la segunda respecto de la primera. *Vid. Observaciones…*, *op. cit.,* p. 68, y *Atribución…*, *op. cit.,* p. 16. En sentido contrario Peña sostiene con fuerza que aunque los arts. 658, 609 y 1009 del Código Civil español parecen contradecir la existencia de un tercer modo de deferirse la herencia, deben ser entendidos como los demás preceptos que establecen respecto de las distintas relaciones jurídicas que estas han de regirse por el correspondiente negocio jurídico, y rige lo que llama régimen primario inderogable de la relación jurídica. Estima en este orden que la sucesión forzosa forma parte de este régimen primario inderogable y aplicable; por consiguiente, tanto cuando hay testamento como cuando no, de forma tal que existiendo testamento, el régimen de la sucesión viene integrado por:

Las normas imperativas, y entre estas las que precisan el régimen de los herederos forzosos.

Las normas válidas establecidas por el testador.

Las normas dispositivas supletorias de la voluntad del testador, entre las que pueden estar las de la sucesión *ab intestato.*

No existiendo testamento, el régimen de la sucesión se integra por el imperativo primario de la sucesión forzosa y el legal supletorio, fundidos con primacía de las normas del primero. *Vid.* M. Peña Bernaldo de Quirós: *La naturaleza…*, *op. cit.,* pp. 868 y 869. Con similar criterio de integración con primacía, *vid*. M. Albaladejo: *Curso de…*, vol. V, *op. cit.*, p. 9. Lacruz sostiene de igual modo que si bien el significado de los arts. 658 y 912 del Código Civil español es innegable, el hecho de que la adquisición del legitimario no figure entre esos como parte de los modos de suceder, no quiere decir que se opere siempre, y necesariamente, por medio de las sucesiones testada e in-

testada, sino que no existe una sucesión necesaria como regla general, ni tampoco con caracteres unitarios; en cambio, sí hay supuestos en los que el legitimario adquiere los bienes que integran su legítima por vías distintas de la testada y la intestada: por obra de la ley. *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida: *Elementos…*, vol. II, *op. cit.*, p. 35, y J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…*, vol. III, *op. cit.*, p. 364. Recientemente, en sus comentarios del art. 658, vuelve a disentir Martín Pérez cuando plantea que a partir de su redacción queda descartada la autonomía de la sucesión forzosa en el ordenamiento español. *Vid.* José Antonio Martín Pérez: "Artículo 658", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, libro III de los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, p. 245.

92 Espejo asegura que el art. 658 del Código Civil español omite la legítima como tercer tipo de sucesión por su actuación preponderante dentro de la sucesión testamentaria como límite al testador. Concluye que el carácter clasificatorio general del precepto impide que en este se funde la vigencia o inexistencia de derecho alguno. *Vid.* M. Espejo Lerdo de Tejada: "Artículo…" *op. cit.,* pp. 773 y 774. Al respecto discrepa Martín Pérez, al considerar que el precepto no contiene una mera clasificación, y que su alegación sí puede estar fundada. *Vid.* J. A. Martín Pérez: "Artículo…", *op. cit.,* p. 245.

93 En este orden de ideas estiman Gete-Alonso y Calera e Hidalgo García que el art. 912 del Código Civil español omite supuestos de apertura de la sucesión intestada, pero no por ello deja de encauzarse esta sucesión cuando los omitidos se tipifican. *Vid.* María del Carmen Gete-Alonso y Calera: "Artículo 912", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, libro III de los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, p. 1206, y San-

tiago Hidalgo García: "Artículo 912", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1019 y 1020.

94 El art. 806 del Código Civil peruano resuelve este escollo con la recalificación de la condición sucesoria de los instituidos por el testador tras la satisfacción de la legítima, para que estos adquieran el sobrante a título de legado, descartando con ello la apertura de la sucesión intestada*:* "La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada esta, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios". Así, a la vez que propicia una adecuada protección legitimaria, preserva la voluntad del testador.

95 Sin embargo, la sustitución de la clásica terminología de la sucesión forzosa o legitimaria por la de los herederos especialmente protegidos, empleada en solo cuatro artículos que pretenden agotar su tratamiento positivo, no ha conducido a los autores cubanos, que a lo largo de estos años se han ocupado del tema, a descartar la existencia de un sistema de legítima en el Código Civil cubano. *Vid*. Humberto José Sánchez Toledo y María Elena Cobas Cobiella: *Apuntes de Derecho Sucesorio,* ENPES, La Habana, 1989, p. 132; María Elena Cobas Cobiella y Leonardo B. Pérez Gallardo: "Cuba", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 448, 457, y Leonardo B. Pérez Gallardo: "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de `heredero´ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 25 años del CC cubano, La Habana, del 11 al 13 de julio de 2012, p. 7 (versión digital).

96 Se destacan en este orden las legislaciones de Estonia, Polonia, Lituania y Rusia. Vid. A. Vaquer Aloy: "La convergencia…", *op. cit.,* p. 201,

y H. J. Sánchez Toledo y M. E. Cobas Cobiella: *Apuntes…, op. cit.,* p. 132. El art. 118, cuarto párrafo de la Ley de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas aprobando las Bases de la Legislación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de las Repúblicas Federadas, en vigor a partir del 1 de mayo de 1962, estableció: "Entre los herederos legítimos figuran además las personas incapacitadas para el trabajo que vivían a expensas del finado no menos de un año antes de su muerte. En el caso de que existan otros sucesores heredarán en igualdad de derechos con los del grado que le corresponda hacerlo". Del mismo cuerpo normativo, el art. 119, párrafo segundo, establece: "Los hijos del causante menores de edad o incapacitados para el trabajo (incluso los adoptivos), así como el cónyuge, los padres (incluso los adoptivos) y las personas que vivieren a expensas del finado heredan, cuando estén incapacitadas para el trabajo, independientemente de lo que indique el testamento, no menos de dos tercios de la parte que le correspondería a cada uno de ellos en virtud de la sucesión legal". *Vid. Bases de la Legislación Civil y del procedimiento judicial civil soviéticos. Textos oficiales y comentarios*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, s.f., pp. 65 y 66. La regulación del sistema normativo inspirador resultó mucho más amplia y coherente, aunque también controvertida dada la inexigibilidad de vínculo consanguíneo.

97 *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 257.

98 *Vid.* F. Clavijo Aguilera: "El nuevo Código…", *op. cit.,* p. 52, y M. E. Cobas Cobiella y L. B. Pérez Gallardo: "Cuba"…, *op. cit.,* p. 449.

99 *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Legítima y discapacidad…", *op. cit.,* pp. 26 y ss. Este autor proyecta su análisis hacia la expansión de la dimensión subjetiva de la protección legitimaria en función de la tutela de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que no en todos los casos alcanzan la condición de herederos especialmente protegidos.

100 *Vid.* El reciente pronunciamiento de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 218 de 31 de mayo de 2011, Segundo Considerando: "Si bien por el art. 492,

inciso 1) del Código Civil se establece la limitación a la libertad de testar, en el caso de que con relación al testador existan herederos especialmente protegidos, por el art. 493, inciso 1) del propio cuerpo legal, se dejan establecidas las circunstancias que han de concurrir en esa persona para poder estimar a su favor esa especial protección, a saber, los que siendo hijos o sus descendientes siempre que hubieren premuerto aquellos, el cónyuge sobreviviente, o los ascendientes del testador siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del mismo, circunstancias que han de concurrir simultáneamente al momento de deceso del testador, pues la ausencia de tan solo una de ellas invalida la consideración de heredero especialmente protegido de aquel que en su momento fuere nominado por el testador". En la misma línea se ha pronunciado en la Sala en sentencias precedentes como la no. 75 de 31 de marzo de 2009, Segundo Considerando: "La doctrina científica al estudiar la institución de los herederos especialmente protegidos (…) demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar –lo que le incorpora cierto carácter transitorio–, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea, no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales a saber;" la no. 296 de 29 de abril del 2005, Segundo Considerando: "Al haberse fundado el fallo de la sentencia impugnada en el hecho de no haberse acreditado que en la recurrente concurriesen los requisitos para que le alcance la condición de heredera especialmente protegida que concede el art. 493 inciso 1) del Código Civil, al no demostrarse su dependencia económica con el testador, e incapacidad para trabajar, puesto que la misma en la actualidad recibe el 25 % del salario que percibía como trabajadora, al aplicársele la Resolución 6 de 1996, tras diagnosticársele la enfermedad que padece de artritis reumatoide, que por otra parte, no se afirma la incapacite para dedicarse a otras labores que estén fuera de las excluidas, según el resultado del peritaje médico

realizado; con base en el amparo escogido era obligado a aceptar tales presupuestos de hechos;" la no. 189 de 31 de marzo de 2003, Primer Considerando: "El claro texto del art. 492 del Código Civil que limita la libertad de testar a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos, es una disposición encaminada a que el testador respete los derechos de este tipo sui géneris de herederos en el momento de testar, y no a que los obvie el juzgador en el caso de que el testador haya contraído matrimonio o tuviere hijos con posterioridad a ese personalísimo acto, y que ellos llegaren a ostentar tal condición, pues la norma legal ni el espíritu del legislador pueden traducirse en que su alcance obligue a detener la vida y perjudique a quienes pudieran beneficiarse por voluntad expresa del mandato jurídico, pues el momento para considerar la protección de dichos herederos debe ser la del fallecimiento del causante y no la del otorgamiento del testamento", y la no. 484 de 31 de julio del 2003, Segundo Considerando: "La concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados hace inaplicable el precepto."

[101] *Vid*. L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit*., p. 260.

[102] Así la ha calificado la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 395 de 27 de diciembre de 2010, Único Considerando: "La existencia en nuestra legislación sustantiva de la figura del heredero especialmente protegido es un límite o freno a la libertad de testar según lo prescribe el art. 492 del Código Civil."

[103] *Vid*. Sentencia 484 de 31 de julio de 2003, Segundo Considerando: "Debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde solo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una perso-

na de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte, y así la aplicación del precepto señalado como infringido requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos," y L. B. Pérez Gallardo: "Algunos criterios jurisprudenciales…II", *op. cit.*, p. 4, y "Cumplimiento…", *op. cit.*, p. 8.

[104] *Vid*. Arts.492 y 493 apartado segundo del Código Civil cubano.

[105] *Vid*. L. B. Pérez Gallardo: "Declaración *post…", op. cit.*, pp. 147 y 148, se decanta por la viabilidad del cumplimiento del deber legitimario mediante actos *inter vivos*.

[106] Valga resaltar que la naturaleza asistencial de la legítima cubana puede conducir a la conclusión de que el título por el que se le da cumplimiento ha de ser únicamente *mortis causa*, porque solo así se verifica de modo efectivo el deber de asistencia impuesto al testador para después de su fallecimiento. De esta suerte, una coherente interpretación del indicado precepto sustantivo podría conducir a que el título satisfactivo ha de ser únicamente *mortis causa*, comprendiendo el de heredero, legatario, sublegatario, sustituto, beneficiario de cuenta de ahorro –cuando su designación se hace a favor de legitimario con expresa indicación del cuentaahorrista de que se compute a la legítima–, por ser los que conectan con la naturaleza asistencial del deber legitimario. Sin embargo, esta posición convocada por el sistema asistencial incide con tal fuerza en la esencia de la legítima como institución del Derecho de Sucesiones y en el deber de colacionar como garantía de la igualdad de las legítimas individuales, que obliga a pormenorizar el estudio de la naturaleza del título satisfactivo del deber legitimario en nuestro ordenamiento. *Vid.* José Karel Fernández Martell: "Dilemas teórico-prácticos en las donaciones colacionables. Realidades del Derecho positivo cubano", Tesis en opción al grado académico de especialista en Derecho Civil y Familia, bajo la dirección de Ediltrudis Panadero de la Cruz, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2010, p. 65 (versión digital) y José Karel Fernández Martell y Ediltrudis Panadero de la Cruz, "Las donaciones colacionables: el enigma de una institución jurídica. Incidencias sus-

tantivas para el Derecho positivo cubano", *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Caldas*, vol. 8, no. 1, Manizales, Colombia, en.-jun. 2011, pp. 28 y ss.

[107] *Vid.* M. E. Cobas Cobiella y L. B. Pérez Gallardo: "Cuba"…, *op. cit.*, p. 450.

[108] Las formalidades más comunes son las de mención o institución del legitimario, pero la previsión del art. 494 con el empleo de la fórmula "*por cualquier título*", parece despojar la obligación legitimaria de todo rigor de forma.

[109] *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Declaración *post…*", *op. cit.*, pp. 141 y 149-151. Este autor, en magistral recurso metafórico, acude a la tesis de "las compuertas de la represa" para explicar la dinámica de la protección legitimaria en cuando a la integración de la porción destinada al heredero especialmente protegido: "Baldío sería para el legislador, construir un valladar inexpugnable a la libertad de testar y obviarlo respecto a la libertad de disponer inter vivos con ánimo de liberalidad." *Vid.* además arts. 378 a) y 530 del Código Civil cubano. Igual criterio sostuvo la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 58 de 23 de marzo de 2009, Primer Considerando: "La institución de la inoficiosidad de donaciones declaradas *post mortem* tiene su sustento en la protección de los derechos hereditarios de quienes pudieren resultar eventuales sucesores del donante, impidiendo a este efectuar en vida actos de liberalidad de semejante naturaleza por los que, con defraudación de aquellos, dispusiera de todo su patrimonio o de parte sustancial de él, afectando la porción que la ley reserva a los herederos especialmente protegidos." Sobre el particular, *vid.* además Fredy Andrés Hung Gil: "La sucesión *mortis causa* del concebido no nacido", tesis en opción del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, bajo la dirección de Teresa Delgado Vergara, La Habana, 2010, p. 85 (versión digital).

[110] *Vid.* art. 493: "Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) Los hijos o sus descendientes en caso de

haber premuerto aquellos; b) el cónyuge sobreviviente; c) los ascendientes."

[111] *Vid*. 3.2.1. y M. E. Cobas Cobiella, y L. B. Pérez Gallardo: "Cuba"…, *op. cit.,* p. 450.

[112] *Vid*. Sentencias 180 de 15 de marzo de 2005, Segundo Considerando: "La condición de heredero especialmente protegido que establece el art. 493 del Código Civil (…) es exclusiva de la sucesión testada", y Sentencia 58 de 23 de marzo de 2009, Segundo Considerando: "Ello torna improcedente el fundamento en que exclusivamente se sustenta el fallo interpelado en el sentido de que no cabe reputar de inoficiosa la donación efectuada solo porque la herencia se transmitió por el llamado de la ley y no por testamento, aunque lleva razón al consignar que la institución del heredero especialmente protegido es privativa de la sucesión testada.", ambas de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, y *vid.* E. Caravia Díaz: "Efectos de la Preterición…", *op. cit.*, p. 98.

[113] Tal estado de cosas está determinado por la concepción de la legítima como una institución propia de la sucesión testamentaria a partir de la configuración del sistema legitimario como límite a la libertad de testar, asociación restrictiva y que la aparta de su carácter de institución general del Derecho de sucesiones. *Vid.* M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima*…, *op. cit.*, p. 366.

[114] En la misma línea se pronunció la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 46 de 29 de enero de 1999, Segundo Considerando: "El tribunal *a quo* en los fundamentos legales en los que sustenta la controvertida sentencia, equipara la situación fáctica y jurídica que concurre en el cuestionado asunto con la que atañe a la institución de herederos especialmente protegidos, craso error técnico habida cuenta que dicha institución es propia de la sucesión testamentaria y no de la *ab intestato*, diferencias que se sustentan tanto en sus efectos como en los sujetos a dicha protección." *Vid*. Leonardo B. Pérez Gallardo: "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protec-

ción (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica,* no. 1, en., Ministerio de Justicia, La Habana, 2000, pp. 8 y ss., y "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", *Estudios de jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, p. 33. Las diferencias en las situaciones jurídicas de los padres con especial protección en la sucesión intestada y los herederos especialmente protegidos, perduran hasta los efectos de las violaciones de los derechos de cada uno de ellos, de modo que no podrá fundamentarse la inclusión de los padres con protección preferente en el título sucesorio *ab intestato* en la letra del art.495 del Código Civil, reservado en exclusiva para la preterición de legitimarios. En todo caso el excluido deberá instar lo que procede al amparo del art. 514, apartado segundo que prevé su concurrencia en el primer llamado sucesorio cuando se verifican los presupuestos legales.

115 *Vid*. Leonardo B. Pérez Gallardo y María Elena Cobas Cobiella: "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su libro cuarto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1997, p. 116.

116 Llaman la atención las variaciones que se produjeron en el proceso codificador cubano en torno a la concepción de la sucesión forzosa. Los primeros anteproyectos concibieron a los herederos forzosos, bajo la rúbrica de un capítulo denominado "Sucesión forzosa", de modo que podía colegirse alguna autonomía, al menos desde la óptica de la estructura del cuerpo normativo que los contenía. El anteproyecto de febrero de 1985 impone un viraje a las propuestas precedentes al introducir la nomenclatura de "herederos legales especialmente protegidos". Aunque la regulación de la figura no difiere de la anterior ni de la que actualmente rige, esta denominación se apartaba de la concepción tradicional que coloca a la sucesión forzosa en el terreno de la testada, para acercarla a la sucesión *ab intestato.* Se desconoce la

motivación de esta variante y también la de su supresión. Fue desplazada a corto plazo por la variante actual, que fue la introducida por el proyecto de mayo de 1986 y fijada con exactitud en el Código vigente como parte de las regulaciones de la sucesión testamentaria.

117 Al respecto han sido planteadas tres posibilidades: 1) atender al momento del otorgamiento del testamento; 2) atender al momento de la muerte del causante; 3) hacerlo extensivo hasta el momento de la adjudicación. Asumir el criterio de que el momento para la valoración de los requisitos de especial protección en el legitimario es el de la muerte resulta recomendable por las siguientes razones: Según el art. 522 del Código Civil cubano, los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte, que es el que marca la apertura del *iter* constitutivo del derecho hereditario, y la adjudicación es uno de estos efectos. La teoría de los derechos adquiridos permite validar la adquisición posterior de la legítima en atención a la existencia de presupuestos anteriores. En el interregno que media entre las acciones impugnatorias por preterición y la adjudicación de la legítima pueden extinguirse las condiciones de dependencia e inaptitud, y asumir que han de perdurar hasta la adjudicación puede conducir a que no habría que valorarlos por el juez en el juzgamiento de las acciones por preterición o complemento –ello, desde luego, resulta incorrecto porque el cumplimiento de los requisitos para el éxito de estas acciones trasciende en el orden procesal a la legitimación–; se generaría un caótico estado a partir de la sentencia que estima las acciones por preterición, anulando las disposiciones testamentarias que violan la legítima cuando se pierden los requisitos por el impugnante para poderla adquirir luego. Idéntica situación puede ocurrir, en lo pertinente, con el ejercicio exitoso de las acciones de suplemento. Más que al caos, se conduciría al absurdo. Este posicionamiento tiene la inconveniencia de que pudiera entonces desnaturalizarse la función asistencial de la legítima cubana porque puede llegar a ser adquirida por pariente que no cumpla los presupuestos al momento de la adquisición, pero es preferible asumir este último riesgo que las aciagas consecuencias

antes relacionadas. La fijación del momento de la muerte para el control de los presupuestos de la protección legitimaria ha sido la última tesis que ha venido sosteniendo la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, y así queda encriptado, por ejemplo, en la Sentencia 189 de 31 de marzo de 2003 Primer Considerando: "Pues el momento para considerar la protección de dichos herederos debe ser la del fallecimiento del causante y no la del otorgamiento del testamento", y en la reciente 218 de 31 de mayo de 2011, que en su Segundo Considerando fundamenta que "en el caso, el recurrente no fue preterido por el testador al momento de la realización del acto jurídico unilateral, y *mortis causa* del testamento; su padre lo incluyó, solo que la concurrencia en el mismo de las exigencias contenidas en el precepto antes mencionado para estimar en su persona esa condición resultaban al momento de testar futuras e inciertas concretamente la inaptitud para el trabajo y la dependencia económica respecto al testador; y es el caso que al ocurrir el deceso del testador, momento en que las mismas deben darse, para entonces el inconforme ya era mayor de edad, y en plena aptitud para trabajar". En pronunciamientos anteriores, sin embargo, la Sala se había decantado por atender al momento de la adjudicación. *Vid.* Sentencia 46 de 29 de enero de 1999, Segundo Considerando: "Que la especial protección conferida en la *ab intestato* a los padres del causante tiene un carácter personalísimo, lo que se traduce en que los derechos a la herencia deferida a favor de los mismos han de efectuarse solo por estos a los fines de la adjudicación hereditaria", y más tarde por el del otorgamiento; Sentencia 934 de 29 de noviembre de 1996, Primer Considerando: "Pues claro resulta el contenido del art. 492 apartado 1) de dicho cuerpo legal para entender que el momento para considerar la protección de dichos herederos lo es la fecha en que se testó y no la del fallecimiento del causante como erróneamente tuvo en cuenta el tribunal sentenciador". *Vid.* además L. B. Pérez Gallardo: "Algunos criterios… II", *op. cit.,* p. 5, y "Cumplimiento…", *op. cit.*, pp. 8 y ss. sobre las consecuencias de la no adquisición de la condición de legiti-

mario. Ahora bien, la determinación de la oportunidad para validar los presupuestos de la protección legitimaria en Cuba trasciende a otras áreas. Asumido el momento de la muerte, si el instituido no llega a adquirir la condición por pérdida de los requisitos *pre mortem*, resulta innecesario anular la cláusula testamentaria por la que se le protege en atención a su condición legitimaria, sea específica, genérica, típica (de simple institución de heredero especialmente protegido) o atípica (de institución de heredero, legatario, etc.). Esto obedece a que el notario autorizante de la partición y/o adjudicación o el juez que conoce del proceso sucesorio particional tienen a su cargo realizar el control del cumplimiento de los requisitos de especial protección (*vid. idem*., p. 11), por lo que verificado en la vía notarial o judicial el incumplimiento, no se despliega la protección sin necesidad de impugnación previa de la cláusula testamentaria que la viabilizaría. De esta suerte tampoco sería necesaria la intervención en el otorgamiento o en el proceso particional del pretenso legitimario que no llegue a adquirir su condición porque al ser constatado tal estado de cosas resulta inviable la adjudicación de la porción legitimaria, pues ello contravendría lo que establece el art. 493 del Código Civil cubano. A este criterio se aproxima la Sala de lo Civil y lo Administrativo del alto Foro cubano, cuando en su antes citada Sentencia 218 de 31 de mayo de 2011, Tercer Considerando valora "que en lo que concierne a que el notario debió llamar al acto de adjudicación a todos los llamados a heredar, se estima que acertado o no el actuar del fedatario, en modo alguno hubiere tributado con la nulidad de los actos jurídicos de aceptación y adjudicación de herencia testada que como única pretensión se formuló en la demanda. Ello no constituye requisito esencial, sino en todo caso requisito formal, pues lo imputado en todo caso se correspondería con el actuar del notario, y en consecuencia de haberse apreciado conforme se interesa hubiere conllevado a la nulidad del instrumento y no del acto, más comoquiera que en el caso se ha estimado que no existe causa alguna que conlleve a la nulidad de los actos contenidos en el instrumento público que en tal

caso habría de impugnarse, ello en definitiva devendría en éxito fugaz, pues aun en el caso de estimarse en otro proceso que el instrumento resultara ineficaz, nada impide que la heredera testamentaría, ya determinado que el recurrente no resulta heredero especialmente protegido del testador, concurra a la realización de otro instrumento con igual propósito que el impugnado, sin que tampoco sea apreciable en la sentencia la infracción acusada en cuanto a la modificación del régimen laboral en nuestro país, por el contrario, con esa apertura que permite a los estudiantes simultanear sus estudios con la realización de un trabajo remunerado, se desvanece la posición por algunos esgrimida en cuanto a estimar a los estudiantes vinculados al Sistema Nacional de Educación como herederos especialmente protegidos" (*vid.* además *idem*., p. 19). En cambio, en análisis más reciente, la Sala se ha decantado por la nulidad de la institución testamentaria de heredero especialmente protegido dada la pérdida de los requisitos de especial protección al momento de la muerte del testador. *Vid.* Sentencia 475 de 4 de noviembre de 2011, Único Considerando: "Es cierto, como aduce el recurrente, que la Sala que dictó la sentencia interpelada infringe, por indebida aplicación, el apartado 1) inciso b) del art. 493 del Código Civil, puesto que al dictar fallo desestimatorio de la acción de nulidad del testamento notarial contenido en la Escritura Pública 165 otorgada el 1 de abril de 1999 por el causante (…), se desentiende de la connotación que alcanza el hecho que sienta, referido a que la designada como heredera especialmente protegida es beneficiaria del Sistema de Seguridad Social, por disfrutar de pensión ordinaria por edad, circunstancia que denota que no dependía económicamente del causante y que carece, por ende, de presupuesto básico para ostentar tal condición sucesoria, que en modo alguno puede asimilarse a la libertad de testar, en el entendido de que precisamente la institución en comento refrenda una limitación a tal prerrogativa con el fin de proteger a determinados parientes por su ineptitud para el trabajo y su dependencia económica del causante y, al desconocerlo la sentencia interpelada, incu-

rrió en la vulneración denunciada, lo que fuerza a la estimación del motivo examinado."

[118] Como la legítima de asistencia supone el reforzamiento del deber tuitivo del testador hacia sus legitimarios a partir de la necesidad que de esa protección presentan estos últimos, se ha debatido también la posibilidad de la incapacitación sucesoria de los herederos especialmente protegidos. Esta disyuntiva, que no es exclusiva del sistema legitimario cubano, provoca en su ámbito gran conmoción a partir de su naturaleza asistencial. No se advierte óbice para el control de la capacidad sucesoria de los legitimarios ni siquiera bajo el imperio de la sucesión forzosa prevista en Cuba, teniendo en cuenta que, si bien se refuerza con la nueva impronta su contenido ético, también el respeto a los principios éticos del ser humano obliga a aplicar a todo sucesor el filtro de la capacidad sucesoria. Desde luego, la aplicación de las causales que establece el art. 469 a estos sucesores debe ajustarse a sus condiciones intrínsecas. En el específico caso de la última causal de incapacidad, sería factible su aplicación en los supuestos de negativa de atención por parte del legitimario al causante. Téngase en cuenta que aquel pariente dependiente económicamente del causante bien pudiera ser la persona que permanezca más próxima a este, y de quien el último pudiera necesitar asistencia no de sustento, pero sí de cuidados y atenciones que dignifiquen su existencia física y cuya negativa, indiscutiblemente, haría indigno al legitimario de toda protección sucesoria. Resulta trascendente este análisis en la configuración de la preterición (*vid.* 2.3.3).

[119] *Vid*. art. 530 apartado 2) del Código Civil cubano.

[120] *Vid*. H. J. Sánchez Toledo y M. E. Cobas Cobiella: *Apuntes…, op. cit.,* p. 132.

[121] Desde la vigencia del Código Civil español en Cuba, vino apuntando Martínez Escobar esta derivación a la sucesión intestada al amparo de su art. 912. *Vid*. M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* pp. 253 y 254. Así se pronunció el Tribunal Supremo cubano en su Sentencia 18 de 25 de septiembre de 1923. *Vid*. Eduardo Ra-

fael Núñez y Núñez: *Código Civil concordado con la legislación y la jurisprudencia del mismo desde el 20 de abril de 1899 hasta el 24 de diciembre de 1933,* t. IV, *Donaciones y Sucesiones*, arts. 609 al 1087, Jesús Montero, La Habana, 1935, p. 243. Luego de la entrada en vigor del Código Civil cubano en 1988, otros autores han mantenido esta tesis. *Vid.,* M. E. Cobas Cobiella y L. B. Pérez Gallardo: "Cuba"…, *op. cit.,* p. 458; L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 280; N. T. Mesa Tejeda y Z. Kindelán Arias: "La preterición en el …", *op. cit.,* p. 138, y E. Caravia Díaz: "Efectos de la preterición …", *op. cit.,* p. 98. En este sentido la Sentencia 120 de 28 de febrero de 2005 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en su Único Considerando, refleja que por derivación de la precedente nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria se suscitó la apertura de la sucesión intestada, solo como elemento de hecho y no de Derecho incorporado a la resolución judicial: "Lo cierto es que por sentencia firme se dispuso la nulidad del acto jurídico consistente en Testamento Notarial contenido en la Escritura número (...) otorgada (...) por el hecho de haberse infringido lo concerniente a la designación del heredero especialmente protegido, en este caso un hijo menor de edad, por lo que intrascendente resulta que con posterioridad a la firmeza de dicha sentencia dicho menor hubiere abandonado el país definitivamente, pues para entonces ya había surtido todos los efectos legales en cuanto a la nulidad del mencionado instrumento, abriéndose así la sucesión intestada como en efecto fue verificado, alcanzando por tanto tal nulidad a los actos realizados en virtud del instrumento declarado nulo, en este caso, el acto jurídico de Aceptación y Adjudicación de Herencia contenido en la correspondiente escritura, respecto al cual se interesó su nulidad en el presente proceso". Este también es el criterio predominante entre jueces y notarios del país según reflejan los resultados de la encuesta aplicada (*vid.* Anexo 1).

122 *Vid.* 2.2.

123 No obstante esta insuficiencia, al menos el legislador abandonó la originaria concepción de la inoficiosidad como consecuencia de las

violaciones parciales del deber legitimario para regularla como efecto del incumplimiento del deber de legítima (*vid.* 1.2.1).

[124] En supuesto colindante, sobre la misma línea que vengo dibujando se pronunció la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 240 de 18 de abril de 2002, Primer Considerando: "Lo que no obsta se diga que el argumento que se esgrime respecto a la procedencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria, no es más que un criterio personal de la casacionista que hace abstracción de la naturaleza de dicha forma de sucesión como acto de última voluntad, máxime si se tiene en cuenta que cita como apoyo de su aseveración lo previsto en el art. 472 del precitado cuerpo legal, precepto inequívocamente regulador de un supuesto propio de la sucesión intestada."

[125] *Vid.* M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 251 y H. J. Sánchez Toledo y M. E. Cobas Cobiella: *Apuntes…, op. cit.,* p. 134.

[126] En los ordenamientos de corte germano, la intangibilidad cual sistema de protección resulta prolijo, ante la dinámica de atribución directa con que opera la sucesión forzosa. *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *cit.,* p. 85.

[127] En todo el trabajo, el término *acción* se emplea desde su concepción concreta o específica asociada a la titularidad de derechos subjetivos, en este caso los de protección legitimaria, sin atender a la noción desarrollada desde el Derecho Procesal sobre la categoría en cuestión.

[128] *Vid.* A. Real Pérez: *Intangibilidad…, op. cit.,* p. 101.

[129] *Vid.* en el caso del Código Civil cubano los arts. 492, 494 y 495 y en el Código Civil español los arts. 806 y 813.

[130] *Vid.* Amadeo de Fuenmayor Champín: "Intangibilidad de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, no. 1, Madrid, 1948, pp. 72 y ss.

[131] M. Albaladejo: *Curso de…,* vol. V, *op. cit.,* p. 389.

[132] *Vid.* G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit.*, pp. 348 y 349.

[133] *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* pp. 620 y ss., y J. K. Fernández Martell: "La reducción…", *op. cit.,* pp. 21 y ss.

[134] Con similar criterio de unidad de las acciones de protección de la intangibilidad de la legítima. *Vid.* A. Reverte Navarro: "Reflexiones…", *op. cit.,* p. 4148.

[135] A propósito del ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, que es una de las que protege la intangibilidad cuantitativa de la legítima, se pronunció la Sala de lo Civil y lo Administrativo en su Sentencia 58 de 23 de marzo de 2009, Primer Considerando: "Habrá de estarse al momento del fallecimiento del donante, instante en que conforme al art. 522 del Código Civil adquieren la herencia sus sucesores para determinar si resulta inoficiosa una donación que hubiere en vida efectuado, y que en consecuencia no podrá ser impugnada por tal en tanto no se produjere el fallecimiento del donante, puesto que es en ese instante que cabe valorar la ascendencia del caudal hereditario a los efectos de determinar si ese acto de liberalidad ha comprometido o no la parte reservada por el legislador para quienes eventualmente resultaran sus legitimarios especialmente protegidos."

[136] *Vid.* 2.3.2.

[137] En este segundo sendero se implanta el régimen de reipersecutoriedad de los efectos de las violaciones legitimarias (*vid.* 3.1.1. y 3.2.1).

[138] Peña Bernaldo de Quirós las llama "acciones de petición de herencia", y las concibe tanto para complementar como para proteger de la preterición. *Vid*. M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* pp. 885 y ss.

[139] *Vid.* J. A. Quince Fanjul: "Preterición: …", *op. cit.*, p. 116.

[140] *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Los complementos…", *op. cit.*, pp. 13, 20. Según este autor, el suplemento da lugar a dos acciones diferentes: la *actio ad supplendam legitimam* dirigida contra los herederos o coherederos, y la acción de reducción de legados, aunque reconoce que ambas tienen el mismo fin: complementar la legítima en el *quantum* debido. Con semejante criterio *vid.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 215; A. Domínguez Luelmo: "Artículos 815…", *op. cit.,* p. 934, y *El pago en metálico…, op. cit.,*

Çpp. 33-35, y Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón: "Legítima…", *op. cit.,* p. 601. Estos últimos autores distinguen claramente entre la acción de suplemento que regula el art. 815 del Código español y las de reducción de legados y donaciones. En el contexto jurídico argentino, analiza también De Gásperi las diferencias entre las acciones de complemento y la de reducción previstas en los arts. 3600 y 3601 del Código argentino respectivamente. *Vid.* L. de Gásperi: *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 427.

141 Su antecedente histórico lo constituye la *actio ad suplendam* justinianea consolidada en la Novela 115 de Justiniano para mitigar los efectos de la *querella inofficiosi testamenti*, pero su primigenia, aunque inacabada concepción, se debe a una Constitución de los emperadores Juliano y Constancia en 361, y luego antes de las Novelas, ya comienza a fortalecerla Justiniano en 528. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.,* p. 483; J. C. Costa: "La legítima…", *op. cit.,* p. 233; A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* pp. 13 y 14; J. M. García Moreno: "La preterición…", *op. cit.,* pp. 601-690; J. A. Álvarez Coperochipi: "Curso…", *op. cit.,* pp. 203 y ss., y L. de Gásperi: *Tratado de…,* t. III, *op. cit.,* p. 414.

142 Afirmó Martínez Escobar que la acción de reducción es la vía por la cual se hace efectivo el derecho al complemento. *Vid.* M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 267, y M. Ferrer, en la misma línea, analiza que reducción y complemento son dos aspectos de la misma pretensión, porque el complemento persigue la integración de la cuota y la reducción es el modo de lograrlo, aunque el Código Civil argentino, en sus arts. 3600 y 3601 no distinga en este sentido. *Vid.* M. Ferrer: "Artículos 3591…", *op. cit.,* p. 161. Zannoni reclama el tratamiento armonizado de ambas acciones. *Vid.* E. Zannoni: *Manual de…, op. cit.* p. 562.

143 J. K. Fernández Martell: "La reducción…", *op. cit.,* pp. 22 y ss.

144 Sobre la distinción entre las acciones de rescisión de donaciones y la de colación, y sobre la legitimación para el ejercicio de la primera de las acciones indicadas, *vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Declaración *post…", op. cit.,* pp. 154 y ss.

[145] *Vid.* S. Fornieles, *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* pp. 107 y ss.

[146] Sin embargo, los autores suelen concebir la acción de suplemento con total independencia a las de reducción de legados y donaciones, restringiendo la primera solo a los supuestos de reducción de las disposiciones testamentarias a título de herencia. Este análisis surge seguramente de su similar previsión normativa, pero empaña la adecuada dinámica de los derechos del legitimario, introduciendo una división nada producente. *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* pp. 590-591.

[147] *Vid.* L. Díez-Picazo y A. Gullón: *Sistema…,* vol. IV*, op. cit.,* p. 442.

[148] *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Los complementos…", *op. cit.*, p. 34.

[149] Entiéndase, si se realizan las reducciones a prorrata o en orden cronológico. El art. 815 del Código Civil español incurre en igual desacierto. Sin embargo en otros ordenamientos, en mayor o menor medida, el legislador sí establece estas acciones y las reglas para su ejercicio, *v.gr.,* arts. 1243 y ss. del Código Civil de Colombia, arts. 1071 y ss. del de Bolivia, arts. 890 y ss. del de Uruguay, arts. 1186 y ss. del de Chile, arts. 166 y ss. del de Ecuador, y arts. 888 y ss. del de Venezuela.

[150] *Vid.* José Karel Fernández Martell: "Compraventa simulada. Apuntes desde la protección jurídica de los terceros interesados", ponencia presenta en la XI Jornada internacional de Derecho de Contratos, La Habana, del 25 al 27 de enero de 2012, pp. 14 y ss. (versión digital).

[151] Sobre otras cuestiones polémicas de las acciones de complemento, *vid.* T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I"*, op. cit.*, pp. 1864 y ss.

[152] Plantea Obarrio Moreno que la primera regla relacionada con la preterición fue la *regula iuris sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* que obligaba a instituir o desheredar a los *sui heredes,* aunque no hay claridad en cuanto a su origen ni sus consecuencias. *Vid.* Juan Alfredo Obarrio Moreno: *La preterición en el ámbito del* ius commune*: los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al fuero "Declaran",* Dykinson, Madrid, 2009, p. 71. En el *ius civile* la no institución testamentaria *nominatim* de los hijos varones provocaba el *ius discendi*

nullum del testamento y la consecuente remisión a la sucesión intestada, que fue matizado por el *ius praetorium* con la introducción de la *bonorum possesio contra tabulas.* De las prácticas del tribunal de los *centumviri*, surge la idea de la inoficiosidad testamentaria como derivación de la evolución de la preterición y, para combatirla, se establece la *querella inofficiosi testamenti.* A partir de la fusión de los principios establecidos por estos tribunales con las amplias facultades de comprendía la querella, resultó el sistema de inoficiosidad, que desplazó por incompatibilidad a su predecesor de la sucesión contra el testamento. La Novela 115 de Justiniano modifica todo el régimen precedente, pero se ha discutido bastante sobre el objeto del cambio. En principio se plantea que se consolida la exigencia de protección legitimaria mediante el testamento, se concibe la condición de legitimarios de los ascendientes, se gradúan por vez primera los efectos de la preterición, se relacionan las causas de desheredación y se equiparan los efectos de la privación de la legítima material y los de la no institución de herederos, fusionando los efectos del *ius civile* y del *ius praetorium* con la nueva reglamentación de la *querella inofficiosi testamenti.* La permanencia de estas regulaciones en el Derecho intermedio motivó su acogida en buen número de las legislaciones romanistas modernas. *Vid.* E. Fernández Camus: Varias conferencias…, *op. cit.,* p. 169; J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, no. 1, Madrid, 1967, pp. 5 y ss., y "Atribución…", *op. cit.*, p. 13, y J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* p. 518.

153 *Vid.* José María Miquel González: "Preterición no intencional de todos los legitimarios: comentario a la RDGRN de 13 septiembre 2001 (RJ 2002, 2410)", *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002, p. 556, y "Legítima material…", *op. cit.*, p. 548; J. M. Busto Lago: "Artículos 806 al …", *op. cit.,* p. 980; Román García Varela: "La apreciación de oficio de la nulidad del testamento por preterición de un heredero forzoso", *La Ley,* no. 6, Madrid, 1997, p. 1750.

[154] *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo *et al.:* Elementos…, vol. III, *op. cit.*, p. 443; M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 253; X. O'Callaghan: *Compendio de…, op. cit.*, p. 271; M. Rivera Fernández: "Artículos 814…", *op. cit.,* p. 848; Santiago Espiau Espiau: "Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo vidual", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 94, no. 3, 1995, p. 600; L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 598, y J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* p. 401. Por esta posición se decantó la Sentencia 8 de 25 de septiembre de 1923 del Tribunal Supremo de Cuba. *Vid.* E. R. Núñez y Núñez: *Código Civil…,* t. IV, *op. cit.,* p. 243.

[155] *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Comentarios…, op. cit.*, p. 190, y "El deber formal…", *op. cit.,* pp. 78, 89.

[156] *Vid.* Ignacio Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales,* Comares, Granada, 2004, p. 264.

[157] *V. gr.,* Sentencia 828 de 23 de noviembre de 2004 primer Considerando: "Ciertamente la doctrina científica identifica el concepto de preterición de herederos con la omisión en el testamento de alguno o todos los herederos especialmente protegidos a los que el testador por mandato de la ley estaba obligado a reservarles una porción determinada legalmente, lo que sin lugar a dudas conlleva a la nulidad de la institución de herederos," y Sentencia 422 de 18 de noviembre de 2011, en cuyo fallo de la segunda sentencias se dispuso: "Declaramos CON LUGAR la presente demanda en proceso ordinario establecida por (…) en representación de su menor hija (…) contra (…), y consecuentemente se anula el acto de institución de herederos contenido en la Escritura número (…)," ambas de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

[158] *Vid.* 3.1.

[159] *V. gr.,* J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.*, p. 78, y *Estudios…,* vol. IV, *op. cit.,* p. 32; F. Espinar Lafuente: *La herencia legal…, op. cit.,* p. 362; Carmen López Rendo: "Reflexiones sobre la preterición en el Código Civil: Comentario al art. 814 tras la reforma

sufrida por ley de 13 de mayo de 1981", *Actualidad Civil,* no. 1, Madrid, 1991, p. 40, y Enid Martínez Moya: "Puerto Rico", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 815. El Tribunal Supremo cubano en su Sentencia 103 de 27 de noviembre de 1909 valoró la preterición como causal de ineficacia testamentaria. *Vid.* E. R. Núñez y Núñez: *Código Civil…,* t. IV, *op. cit.,* p. 242. Del análisis del art. 495 del Código Civil cubano puede colegirse que mantiene una esencia romanista porque el legislador ha atendido solo a la eficacia del testamento, y por tanto es esta la concepción de la naturaleza de la preterición que acoge.

160 *V. gr.*, E. Zannoni: *Manual de…, op. cit.,* p. 504, y José L. Pérez Lasala y Graciela, Medina: *Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 105.

161 J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…*, vol. III, *op. cit.*, p. 513.

162 *Vid.* 2.3 y 3.2.

163 *Vid.* M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 235.

164 *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 582, y X. O'Callaghan: "Artículos 806…", *op. cit.,* p. 665. Con este criterio se ha valorado la naturaleza de la preterición en el tercer Considerando de la Sentencia 981 de 7 de octubre de 2004 (RJ/2004/6230) del Tribunal Supremo español.

165 *Vid.* 3.1. Este recuento delator de la naturaleza de la institución en estudio explica las causas de su exclusiva pertenencia al sistema legitimario de origen romano, lo que la hace completamente ajena al régimen protector de la *reserve* en los ordenamientos que pertenecen al modelo germano. *Vid.* M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 231.

166 En este sentido critica García-Bernardo la clasificación de la preterición en formal y material. *Vid.* A. García-Bernardo Landeta: "Preterición formal…", *op. cit.,* p. 349.

167 *Vid*. Teresa San Segundo Manuel: "Preterición por omisión del legitimario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, no. 700,

Madrid, 2007, p. 824; M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 124; J. A. Álvarez Coperochipi: "Curso …", *op. cit.,* pp. 174 y ss., y Theodor Kipp: *Derecho de Sucesiones,* comparado y adaptado por Ramón María Roca Sastre, vol. II, Boch, Barcelona, 1951, p. 279.

[168] En cuanto a esta distinción se pronunció la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en su Sentencia 317 de 12 de mayo de 2005, Primer Considerando: "En el caso concurre la modalidad de omisión de legitimario que en la doctrina jurídica se conoce como real o material, en la que el testador, pese a que hace mención en el testamento de la persona en quien concurre la especial protección, si bien no le atribuye expresamente esa condición; luego la excluye al asignar el destino que tendrán los bienes y derechos que conforman su herencia, no reservándole la mitad de la misma que nuestra legislación sustantiva civil le destina forzosamente como legítima."

[169] *Vid*. Código Civil español a partir de la reforma que introdujo la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, publicada en el *BOE* de 19 de mayo de 1981 y ordenamientos forales españoles. Esta distinción parece tener como antecedente la regulación al efecto contenida en el Código Civil austríaco y en la Ley 24 de Toro. Sobre los puntos de convergencia entre ambos supuestos de preterición, aún después de la reforma, *vid.* R. Linares Noci: "La preterición intencional…", *op. cit.,* pp. 1529-1537.

Capítulo II

El régimen jurídico de la preterición en el Derecho cubano: su definición

2.1. La preterición en el Código Civil cubano

2.1.1. Omisión de su regulación conceptual: consecuencias

La ausencia de la definición normativa de la preterición ha sido la posición predominante en las codificaciones consultadas.[1] La mayoría restringe la regulación de la figura al ámbito de sus efectos, creando con ello significativas incertidumbres en su aplicación.[2] En cambio, en el Derecho Civil aragonés, desde la derogada Ley de Sucesiones por causa de muerte,[3] en los artículos 188 y 189 el legislador llegó a prever sus presupuestos de tipificación y exclusión.[4] También en Cataluña, el apartado primero del artículo 451 16 del Libro Cuarto del Código Civil[5] establece los presupuestos de la figura.[6] Otros códigos civiles como los de Colombia, Chile, Uruguay y Argentina también se limitan a una interesante previsión de los efectos de las violaciones legitimarias.[7]

En esta situación clasifica el Código Civil cubano en sede de preterición. Lo hemos visto[8] entre los desaciertos de la regulación de su régimen legitimario. La acefalía normativa del concepto de *preterición* ha generado de conjunto con su evolución histórica una abundante construcción teórica para

su definición. Los afanes fundamentales se realizan sobre las líneas de la atribución y la mención. No obstante, ha habido acercamientos como el de Espejo Lerdo de Tejada,[9] que no se decanta con exactitud por ninguno de estos dos ejes y prefiere la consideración de que la liberación del testamento de cualquier formalidad interna, y la libertad amplísima en cuanto al modo de cumplir con el deber de legítima resuelven de modo suficiente la cuestión del concepto legal de *preterición*.

La regulación normativa del concepto de las instituciones jurídicas no es tendencia admisible en las codificaciones modernas y sus caracteres la excluyen; sin embargo, siempre que la institución a normar contenga conflictos conceptuales, de ser necesaria la previsión de sus efectos es imprescindible su previa conceptualización normativa. La preterición es una de estas instituciones.

Esta omisión, como en cualquier sistema normativo en la que se presente, es portadora de significativos inconvenientes en la conformación del régimen jurídico de la figura. Pocas instituciones se muestran tan ávidas de elementos integrantes de su conceptualización como la que se estudia y, por tanto, toda la repercusión de su omisión legal resulta adversa.

Tal estado de cosas conduce, en primer lugar, a la incertidumbre en cuanto a sus presupuestos,[10] cuestión bien compleja si se atiende a que veremos que constituye cuestión de hecho, cuya tipificación debe estar debidamente regulada ante todo por cuestiones de seguridad jurídica, de lo contrario, se pierde la herramienta fundamental para validar su existencia, sobre todo en la solución de los casos dudosos que tanto abundan en el terreno de esta figura.[11]

Como manifestación de la incertidumbre en cuanto a los presupuestos conceptuales de la preterición, en el escenario cubano reluce la asociación de esta institución al fenómeno de la indebida exclusión de los pretensos sucesores legales en

el título sucesorio *ab intestato* y de cualquier clase de sucesor en la partición hereditaria. En el primer caso la vinculación de la situación indicada a la preterición se produce por una errada praxis difundida entre los profesionales del Derecho, y que los magistrados de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular han ido corrigiendo mediante sus dictados.[12] En el segundo supuesto, la indebida asociación trae causa de la regulación contenida en el artículo 76, inciso e) del Código Civil, alusiva, lamentablemente, al término *preterición* para nominar la situación de exclusión de algún sucesor en la partición hereditaria.[13]

Genera además la discusión de si se trata de una institución protectora del legitimario o de una garantía de la preservación de la voluntad del testador.[14] Esta puntual consecuencia desencadena varios inconvenientes en el tratamiento de la preterición porque trasciende a su naturaleza.

La adecuada regulación de los efectos de la total violación legitimaria que supone la preterición tambalea también con la omisión de su concepto, por cuanto queda indeterminado si su ámbito de protección es el contenido formal o el material del derecho legitimario.[15]

Tampoco puede quedar clara la vinculación de la preterición a la relevancia de la atribución de un título sucesorio al preterido y, por tanto, la derivación en este de la violación que la genera, lo que resulta indispensable para su regulación.[16]

2.1.2. Ambigüedad de la regulación de sus efectos

Se ha visto como una de las derivaciones de la omisión normativa de la definición de la preterición estriba en la indebida regulación de sus efectos, y vimos también cómo en el Código Civil cubano el legislador ha resultado ambiguo en

este sentido.[17] Algunas posibles alternativas para revertir los efectos de esta ambigüedad podrían ser las siguientes:

I. El efecto nulificante de la institución de herederos debe entenderse destinado solo a la institución de herederos voluntaria, y con ello dejar a salvo la institución de heredero hecha a favor de algún legitimario.[18] De este modo se evita la absurda producción de efectos mutilantes de los derechos de los legitimarios protegidos que ni siquiera trascienden a una mejor protección del lesionado.[19] Esta variante cuenta con los siguientes fundamentos:

   a) La sucesión legitimaria en Cuba es de modelo romano, y por tanto opera como límite a la libertad de testar, de tal suerte que es presumible el carácter forzoso, que no voluntario, de todas las modalidades de satisfacción legitimaria.
   b) El efecto nulificante condena a la ineficacia de las disposiciones testamentarias violatorias de la legítima y aquellas por las cuales se da cumplimiento, aunque solo sea respecto a parte de los legitimarios, no resultan de ese tipo.
   c) Carece de todo fundamento invalidar lo que afecta y lo que no lo hace a los legitimarios. La legítima es solo una, y tras la invalidación de la institución de herederos voluntaria, como efecto ineludible, los preteridos concurrirán a la misma porción que los protegidos. Otra deducción destruiría la esencia de la sucesión legitimaria.

II. La reducción de los legados debe encauzarse a través del ejercicio de la acción rescisoria por no estar prevista en

el ordenamiento jurídico patrio la acción de reducción de modo específico.

III. La imprecisión referida a la prelación en el orden legitimario para la condición de preteridos de los descendientes de un legitimario preferente que premuere al testador contenida en el artículo 495 *in fine* debe entenderse en armonía con la regulación del 493.1 del propio cuerpo legal, de modo que solo opera en la línea recta descendente.

IV. En el mismo precepto, cuando el legislador utiliza el término *representación*, se refiere a "en lugar de" y no a la forma de suceder con el mismo nombre cuyos presupuestos y escenarios son otros.[20]

2.1.3. Valoración sobre su naturaleza a partir del artículo 495.1

Resulta engorrosa la determinación de la naturaleza jurídica de la preterición a partir de su regulación en el Código Civil cubano. La omisión de su definición y la indebida regulación de sus efectos lo dificultan notablemente. Este cuerpo normativo la regula en el articulado dedicado a los herederos especialmente protegidos, pero es solo esa nota de estructura la que permite atribuirle una naturaleza protectora. El único precepto que el legislador le encomendó contiene exclusivamente, y del modo que ya vimos, la regulación de sus efectos, sin que ninguno apunte al despliegue de protección concreta alguna. De las tesis enarboladas para la identificación de la naturaleza de la figura, la balanza se inclina lamentablemente hacia la conclusión de que en Cuba se le concibe con la óptica romanista de su gestación, por cuanto en su regulación el legislador ha

atendido mucho más a su trascendencia en la eficacia testamentaria que a la situación del preterido. El glosario de desaciertos del precepto así lo muestra. De este modo la tesis de la naturaleza de causal de ineficacia testamentaria parece ser la que predomina en el Código Civil cubano.

2.2. Relevancia de la definición normativa de la preterición

2.2.1. Dinámica de la preterición en los sistemas legitimarios de naturaleza romana

La preterición, desde las primigenias concepciones de esta forma de sucesión, acompaña al sucesor forzoso como capa protectora, y sin embargo, hasta la actualidad no cuenta con un contundente análisis conceptual que derive al respecto en una línea uniforme de pensamiento. Se genera así gran conmoción en el ámbito de su construcción teórica porque resulta verdaderamente engorroso definirla en ausencia de previsión normativa, de ahí que surjan valoraciones polémicas que engrosan la doctrina sucesoria.

En la mutabilidad histórica de la esencia de este instituto jurídico pudiera encontrarse la causa de sus imprecisiones conceptuales. Preterir, del verbo latino *praetereo,* transita de causal romana de radical ineficacia testamentaria a mecanismo de protección de los derechos legitimarios lesionados más allá de la eficacia del testamento con la consolidación de la categoría de la *portio debita.* Por demás, como afirma Vallet de Goytisolo,[21] "el concepto de *preterición* no siempre ha tenido contornos precisos y exactos". En el Derecho Romano pre-justinianeo se concebía cuando no se instituía al hijo ni se le excluía expresamente, pero con la

Novela 115 comenzó la confusión de los presupuestos de la institución con los de la inoficiosidad a partir de la vigorización de la legítima como institución sucesoria, que impuso un viraje definitivo al régimen de las violaciones del deber del testador para con ciertos parientes y a toda la sucesión forzosa en general.

En los códigos civiles cubano y español los legisladores no logran concebir un verdadero sistema de protección legitimaria porque:

- No se concibe, en el caso cubano, en la sucesión intestada, y sin embargo los efectos de su incumplimiento pudieran derivar a este tipo de sucesión; en el español el legislador no es claro en este sentido, y tal imprecisión puede conducir a diferentes interpretaciones.
- Regulan solo los efectos preliminares de la preterición y no los definitivos.
- No se regula la existencia de delación y titulación legitimarias propias, lo que resulta colofón de una debida protección.

Los códigos civiles latinoamericanos, a pesar de tener el mismo antecedente legislativo, con la acción de reforma se encuentran en mejor situación, y mediante la norma actual han logrado revertir la situación del legitimario preterido.[22]

Bajo el imperio de un sistema legitimario asistencial en el que, por demás, se ha reforzado la libertad de testar con la formulación actual del artículo 492 del Código Civil, toda grieta en el régimen de protección que ha de serle inherente alcanza dimensiones superiores porque entran en franca colisión, con influjo notable en la armonía interna de la norma que lo articula. Es muy convincente en este sentido Miquel

González[23] cuando afirma que la preterición es tanto más importante cuanto más amplia sea la libertad de testar.

En el modelo romano el régimen jurídico de la preterición refleja el verdadero funcionamiento de la dinámica legitimaria al ser, por excelencia, el misionero de la protección comprometido con la salvaguarda –en todo lo posible– de la voluntad del testador;[24] corrige, en primer lugar, los actos del testador contrarios a su deber de legítima.[25] Esta corrección implica modificación, y con ella podría corromperse el equilibrio en la coexistencia de los principios de libertad de testar y de protección legitimaria. La regulación de la figura es presupuesto primordial para evitarlo, porque garantiza que en su escenario protagonice su correcta aplicación. Tal estado de cosas constituye una quimera ante la carencia de su definición normativa. Sin duda, es este régimen jurídico el que agrava el antiguo conflicto[26] de la procedencia de la limitación a la libertad de testar que supone la sucesión forzosa.[27] Aunque en el sistema legitimario cubano la limitación a la voluntad del causante se reduce, de forma general, con la introducción de requisitos adicionales para el despliegue de la especial protección, aquella se somete a una injustificada invasión a partir de las insuficiencias del régimen jurídico de la preterición. Ello ocurre por interpretaciones indebidas emanadas de las omisiones y las ambigüedades del artículo 495 que han ido en detrimento tanto de la protección legitimaria como de la voluntad del testador. Tan solo con la delimitación de su concepto se encontrará un importante paliativo, aun con mayor o menor acierto.

2.2.2. Bases para la regulación normativa del concepto de *preterición*

Luego de analizar la trascendencia de la definición normativa de la preterición y la complejidad de una indubitada determinación de sus contornos, antes de perfilar el concepto de *preterición* es preciso ofrecer los pilares que deben observarse para su controvertida regulación legal:

a) El concepto ha de formularse con la precisión requerida para que no exista duda alguna en cuanto a su tipificación.
b) Al articularse sus presupuestos deben emplearse los términos *mención*, *atribución* y *omisión* por haber sido los desarrollados por la doctrina y los órganos judiciales en este afán conceptualizador.
c) La previsión conceptual debe tener la contundencia necesaria para la debida regulación de los efectos, y ambas deben ser armónicas y complementarias.
d) En atención a su neutralidad, deben evitarse clasificaciones de la figura que saturan innecesariamente su tratamiento práctico:

    - Nótese el desacierto de la clasificación de la preterición atendiendo a la intención del testador cuando la naturaleza de la institución es protectora de la intangibilidad legitimaria y, por tanto, a esta ha de obedecer todo su régimen jurídico, al que no trasciende el origen de la violación.
    - Es innecesaria la distinción conceptual de la preterición en sus aspectos formal y material porque ninguno la tipifica en exclusiva, sino cuando concurren de conjunto.[28] Esta es cosa distinta a la integración de los presupuestos del concepto legal, entre los que sí deben estar presentes las categorías de *mención* y *atribución* al solo efecto de determinar su tipificación.

Cada una de estas consideraciones será sustentada en los análisis de los epígrafes siguientes.

2.3. Hacia una adecuada definición de la *preterición*

2.3.1. Definición de la *preterición*

Determinar el ámbito protector de la preterición y con ello su ubicación en el ordenamiento jurídico permite sentar las pautas para sistematizar los elementos definitorios y fijar el punto de partida para la debida regulación de sus efectos. La complejidad de estos contenidos aconseja sentar *ab initio* las categorías de *mención*, *atribución*, *intención* y *olvido* como ejes temáticos del análisis por ser las portadoras de los elementos definitorios claves.[29]

Como precisiones necesarias, valga despejar el escollo que supone la existencia de distintos puntos controvertidos que confluyen en los afanes de perfilar su concepto. Todos, a la vez que engrosan la vastedad de la cobertura doctrinal de esta figura como reflejos de su evolución histórica y de sus deficiencias normativas, tienden a dificultar su concepto porque parten de enfoques muy distintos.

En una primera línea[30] aparece cual figura protectora de la debida atribución de la cuota intestada, más que de la legítima propiamente. También se le vincula a la tutela de la correcta formación de la voluntad del testador y de la cuota intestada que correspondería a ciertos herederos *ab intestato,* en el caso de que no existiere una institución de heredero válida en el testamento.[31] En otro sentido, que parte de la naturaleza exclusivamente protectora de la intangibilidad de la legítima que tiene la figura, se discute si garantiza el derecho formal o material de los legitimarios[32] y si ha de atenderse en

su evaluación solo al tratamiento testamentario del legitimario, o también a las atribuciones efectuadas por el causante a título distinto. Además, se le concibe[33] como institución que conduce a la titulación sucesoria del preterido. En todas estas aproximaciones los autores la asocian a la falta de mención, de atribución o de título sucesorio, y algunos la descartan en los supuestos de las indignidades sucesorias y en los de la sucesión mixta. También, aunque ya en menor medida, se controversia en torno a la naturaleza sucesoria o no de la atribución. Para sistematizar este estudio deben repasarse los supuestos en los que se estima, se excluye y se duda de la existencia de preterición.

Supuestos en los que existe preterición

Son contestes los autores en considerar preterido al legitimario en los supuestos de total omisión, de modo que no haya sido destinatario de atribución ni mención alguna.[34]

Supuestos en los que se excluye la preterición

En cambio, se ha excluido la preterición con bastante consenso[35] cuando a pesar de no ser mencionado el legitimario o serlo con insuficiencia, es atributario de su porción por cualquier título testamentario.[36] Aquí reluce uno de los principales hitos evolutivos del instituto, porque se logran despojar sus formulaciones conceptuales de formalismos intrascendentes para atender con preferencia a las alternativas de protección efectiva.

Supuestos de duda

Por último, varían aún los análisis conceptuales en torno a la existencia de preterición en tres supuestos fundamentales: 1) cuando las atribuciones se han efectuado úni-

camente mediante liberalidades *inter vivos*;[37] 2) cuando ha tenido lugar exclusivamente la mención legitimaria sin atribución concreta alguna;[38] 3) cuando la mención se realiza mediante cláusulas genéricas.[39] El empleo de estas últimas genera polémica en cuanto a su suficiencia. Son utilizadas por el testador con fines profilácticos para la preservación de la eficacia de su última voluntad testamentaria;[40] consisten en previsiones sobre la posible dispensa de protección legitimaria que al momento de su estipulación carecen de certidumbre. Por la ambigüedad que de estas acusan algunos autores, se ha acudido a su interpretación literal o autointegradora, o sea, a partir de la presumible voluntad del testador.[41]

2.3.1.1. Instrumentación de las cláusulas de protección genérica: perspectiva notarial

El empleo de cláusulas de protección genérica de los herederos especialmente protegidos se suscita fundamentalmente en el ámbito de la intervención notarial. Los testadores, que muchas veces desconocen su obligación legitimaria cuando ya la han adquirido, no llegan a estar al tanto de los efectos que en sus disposiciones testamentarias provoca el posible advenimiento de situaciones familiares que le conviertan en sujeto a cuyo cargo está la manutención de un descendiente, ascendiente o del cónyuge por haber devenido incapaz para el trabajo. Cuando las personas acuden al notario solo tienen certeza de su intención de disponer y de lo que integrará el caudal, al menos en potencia, pero desconocen su deber de asistencia, consecuentemente el modo de darle cumplimiento y el conjunto de instituciones o alternativas por las que encauzar satisfactoriamente su voluntad.

Sistematiza Winfried Kralik[42] que el notario tiene cuatro deberes fundamentales al autorizar una escritura pública: 1) indagar en la voluntad del otorgante; 2) formular la voluntad indagatoria; 3) investigar ciertos hechos y datos de los que depende la eficacia o validez del negocio; 4) dar a los otorgantes las informaciones, aclaraciones y advertencias necesarias para que comprendan el sentido y efectos del negocio y estén al tanto de los posibles riesgos. El adecuado despliegue de la función asesora del notario, cual funcionario al que se ruega la autorización del negocio testamentario, constituye una garantía para la eficacia y, sobre todo, la perdurabilidad de las disposiciones testamentarias. No obstante, es solo garantía de primer orden porque confiere al testador los elementos cognitivos de los que carece para la eficacia de sus manifestaciones, pero sin la adecuada redacción notarial su empleo no reportaría los alicientes esperados. Es así que la concepción de estas cláusulas requiere una previsora asesoría notarial y una esmerada redacción, la primera por demás prevista como obligación en la ley de las notarías estatales.[43] La instrumentación de las manifestaciones de protección indeterminadas surge a partir de la instrucción notarial que previene al testador sobre las consecuencias que para la ejecutabilidad del testamento reporta la circunstancia de que sobrevenga la existencia de legitimario.

La contundencia de la fase fisiológica del clausulado testamentario, contentivo de previsiones futuristas y genéricas de cumplimiento del deber legitimario, previene patologías que reducen su vitalidad; sin embargo, durante esta fase fisiológica, para instruir a los otorgantes y redactar adecuadamente sus manifestaciones, es preciso indagar antes en la voluntad del testador y proponer alternativas para el clausulado. La indagación y proposición no equivalen a la dación de consejos profesiona-

les; en el terreno del negocio testamentario estas intervenciones no tienen cabida por la naturaleza *intuito personae* y de última voluntad que le es inherente. Se trata, en cambio, de moldear el querer del compareciente para evadir el incumplimiento de las normas que protegen a los herederos especialmente protegidos mediante los informes necesarios para que el testador pueda acomodar su voluntad a las prescripciones legales.

En Cuba el cometido social de la legítima compromete con especial intención la función pública del notariado, y el cumplimiento de la labor asesora del dador de fe en estos casos rebasa los límites del afán de encauzar por el torrente normativo las más disímiles pretensiones de las personas[44] para impactar el ámbito general de las relaciones sociales. Ello, en buena medida, autoriza al notario a indagar en la voluntad del testador y, más que en ella, en la esfera de sus relaciones familiares cual vehículo idóneo para cumplir cabalmente sus funciones, siempre y cuando su profesionalidad y dominio de los medios indagatorios de que dispone lo alejen de una desmedida interferencia en los afectos y motivaciones de quien otorga. La ulterior redacción de cláusulas acordes con la específica situación de cada testador es el resultado de la obra creadora del fedatario. En este sentido ha afirmado Pérez Gallardo[45] que el blindaje del documento notarial protege además la viabilidad de las cláusulas de institución genéricas porque surgen de la labor del fedatario que se encarga de conducir las intenciones del testador por los cánones permisivos de la norma jurídica.[46] En estos afanes deberá, además, procurar el empleo de un lenguaje testamentario suficientemente previsor, pero preciso, de modo que las disposiciones de protección genérica no contengan formulaciones ambiguas que dificulten su ejecutabilidad.

El empleo de estas cláusulas debe ser validado como alternativa para la profilaxis de violaciones legitimarias, y en ello resulta determinante que no se tenga en cuenta la presumible voluntad del otorgante, sino la literalidad de su contenido. Su incorporación al negocio testamentario se produce justamente para cubrir con despliegue protector, situaciones que están indeterminadas al momento en que se testa, por lo que acudir a misiones indagatorias del querer, el conocimiento o la medida de la previsión del causante limitan el alcance de la tutela que pueden proporcionar, a la vez que desnaturalizan su esencia de instituciones de amplia tuición.

Debe tenerse en cuenta también que aun en los casos en los que se resguarda al heredero especialmente protegido, sea genérica o específicamente, deben redactarse las disposiciones testamentarias voluntarias sobre el todo y no restringidas a la mitad de libre disposición para evitar así que, de no efectuarse la sucesión forzosa por cualquier causa, haya que abrir la sucesión intestada porque las disposiciones voluntarias del testador fueron vertidas solo sobre la porción libremente disponible de su caudal. Si bien las intenciones del testador de proteger al legitimario en porción que supere la cuantía de la legítima deben ser estipuladas con toda precisión en el negocio testamentario dado su carácter forzoso, las instituciones voluntarias se presumen deseadas por el testador en el todo, a salvo los derechos legitimarios, por lo que no deben quedar limitadas a la porción libremente disponible.

Según estadísticas de los Registros de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos, en el período comprendido entre 2003 a 2011, el número de testamentos inscriptos en el país supera en 113 611 a las actas de declaratorias de herederos.[47] La elevada incidencia de la sucesión testada patentiza la importancia de la adopción de estrategias que ensanchen el espectro protector a los herederos especialmente protegidos a partir de las

disposiciones del testador. De los 37 021 testamentos inscritos en 2011, solo 20 fueron de modalidad ológrafa y el resto autorizados en la vía notarial, por lo que el reforzamiento de la intervención del notario constituye una alternativa que augura resultados significativos en el orden de la exclusión de las violaciones legitimarias;[48] sin embargo, el resultado de la aplicación de la encuesta como técnica de investigación refleja la desfavorable tendencia de los fedatarios a no desplegar sus quehaceres de asesoramiento sobre esta alternativa protectora, ni tampoco emplearla en la redacción del clausulado testamentario.[49]

2.3.2. Supuestos de preterición

La tipificación de la figura desglosada a través de los puntos neurálgicos de su concepto amerita varios análisis.

Omisión legitimaria

La omisión es la terminología adecuada para definir el supuesto de hecho de la preterición, entendida como el acto negativo que produce la total ausencia de mención y de atribución;[50] sin embargo, debe tratarse de una omisión tácita, porque de ser expresada por el testador la privación al legitimario quedaría desplazada la preterición por la figura de la desheredación.

Mención legitimaria

La suficiencia de la mención es el aspecto cardinal de este componente conceptual de la institución en estudio, y estriba en determinar si se ha cumplido o no por el causante su deber con la alusión al legitimario. Debe validarse tanto cuando es atributiva de bienes,[51] derechos o porciones alícuotas *mortis causa,* como cuando es referida a la condición legitimaria

porque la norma indica lo que a este sucesor corresponde.[52] Se va sentando con fuerza el favorable criterio de que es suficiente cualquier género de alusión testamentaria al legitimario por entender la figura como una exigencia de carácter formal,[53] y con ello va perdiendo fuerza la posición precedente de estimar suficiente solo a la mención atributiva.[54] La alusión a la condición legitimaria debe ser validante entonces, tanto cuando se hace específicamente reconociendo dicha condición (*v. gr.,* … reconozco a ABC como mi heredero especialmente protegido…) como cuando indirectamente[55] refiere la condición familiar de alguno de los parientes legitimarios y la dependencia económica o inaptitud familiar en el caso cubano (*v. gr.,* …reconozco los derechos sucesorios de ABC mi hijo…; …reconozco los derechos sucesorios de ABC cuyo sustento depende de mí o quien no se encuentra apto para trabajar…) o genéricamente previene su posible existencia para evitar desprotecciones (*v. gr.,* …reconozco los derechos sucesorios a quienes pudieran ser a mi muerte mis herederos especialmente protegidos…).[56]

La interpretación integradora constituye alternativa de la hermenéutica negocial que garantiza la preservación de la eficacia del negocio interpretado a partir de la presunta voluntad de su autor; intentar validar la inexistencia de preterición indagando en la voluntad del testador deducible de la redacción de las cláusulas de mención genérica parece contraproducente. Las consecuencias de afirmar que no ha sido la intención del testador cumplir su deber legitimario derivan la ineficacia de las cláusulas que quebranten el derecho de ese tipo, con lo que se perdería la conducción entre la alternativa y el resultado. Igual de contraproducente se torna el criterio de validarlas solo a partir de situaciones vigentes al momento del otorgamiento porque ello desnaturaliza el fin profiláctico

con el que son utilizadas. El intento de colocar una solución a partir de las consecuencias del cambio de circunstancias entre el momento del otorgamiento del testamento contentivo de estipulaciones genéricas y la data de la muerte resulta escabroso y arriesgado.

A pesar de lo engorroso de validar manifestaciones testamentarias al margen de la real previsión del testador, y más aun de su conocimiento, lo cierto es que el fin con el que se implementan llega a exigir esta significativa concesión. Son portadoras de una solución segura[57] que reafirma la posibilidad de coexistencia de los sistemas de libertad de testar y de legítimas, por lo que no admitirlas en los supuestos de cambio de circunstancias supone el resquebrajamiento de la dinámica de esa coexistencia. Siempre que exista la alusión legitimaria no ha de importar si se trata de una mención genérica o específica, aunque, desde luego, en el primer caso no habrá espacio a la duda en cuanto a la identificación del o los mencionados, y en el segundo ello puede reportar algún inconveniente identificativo. En todo caso han de interpretarse a favor del menor efecto o impacto en la ineficacia testamentaria, pero sin excesivas vinculaciones a la cognición y previsión de su autor porque ello pudiera condenarlas a su inejecutabilidad.

De la previsión contenida en el Código Civil cubano no puede colegirse el deber de mención expresamente, pero es presumible su exclusión cuando se interpreta la regulación del deber de atribución que establece el artículo 494.[58] En dicho precepto se establece la posibilidad del cumplimiento del deber legitimario por cualquier título, lo que impide considerar preterido al heredero especialmente protegido al que el testador haya atribuido su porción de cualquier forma aunque no le mencione en testamento. De este modo puede afir-

marse que el deber de mención en la legislación cubana no es exigible en exclusiva.

Atribución legitimaria

La atribución posibilita cualquiera que sea su contenido o cuantía, la exclusión de la total desprotección legitimaria mediante la preterición. De este modo, y a tenor de los artículos 815 del Código Civil español y el 494 del cubano, ante la atribución por cualquier título –*mortis causa* o *inter vivos* y por insignificante que sea– de la porción legitimaria y sin necesidad alguna de mención, estaremos en presencia, cuando menos, de una parcial protección, y por tanto queda desvirtuada la condición de preterido del sucesor forzoso. En todo caso, a mano del legitimario cuyo derecho haya sido satisfecho solo en parte, quedan siempre las acciones de suplemento, cuales otras alternativas defensivas de la intangibilidad de la cuantía legitimaria. No obstante, quedan dudas en cuanto a la atribución que se suscita por medio de la sustitución hereditaria a favor del legitimario.

Como cuestión de primer orden debe establecerse que en estos casos solo estaríamos ante una verdadera atribución si llega a hacerse efectiva la sustitución, porque de ser eficaz la delación a favor del instituido en primer orden o de otro sustituto preferente al legitimario, no habría satisfacción alguna para este último y, por tanto, quedaría preterido. No obstante, si la designación de sustituto se hace en atención a la condición legitimaria, la suficiencia de la mención impediría la preterición como vimos en las líneas anteriores. De las modalidades que puede presentar la sustitución hereditaria, solo la vulgar merece las consideraciones anteriores,[59] porque las fideicomisarias resultan inhábiles para el cumplimiento del deber de legítimas dada la futura condicionalidad de la

adquisición, que sin duda equivale a los prohibitivos gravámenes;[60] sin embargo, como lo que se provoca en primer momento es la vulneración cualitativa de la intangibilidad legitimaria, pudiera plantearse cuestión distinta.

Intención y olvido del testador

La intencionalidad y el olvido, a diferencia de los anteriores, no son elementos tipificadores de la preterición, sino en todo caso calificadores, probablemente por no haber sido tenidos en cuenta en su gestación romana. Sus análisis las muestran totalmente intrascendentes en la composición del concepto, porque la naturaleza jurídica de la preterición estriba en su esencia protectora de la intangibilidad legitimaria y sus efectos, por tanto, deben dirigirse a restablecerla sin importar cuál ha sido la fuente de la violación: si el olvido o la intención del causante.[61]

Atender a estos componentes reclama la regulación de sus presupuestos,[62] lo que atendiendo a su fuerte carga subjetiva y conductual resulta extremadamente engorroso, sin conducir a beneficio alguno.[63] En el orden procesal, la incorporación de estos elementos al concepto trasciende a la atribución de la carga de la prueba al legitimario, de acreditar al juzgador el tipo de preterición en el que se encuentra –porque sus efectos difieren–, y con ello se adicionan más problemas al preterido. Ello no se desvirtúa con la responsabilidad que le corresponde a esta figura de mantener el adecuado equilibrio entre protección legitimaria y preservación de la voluntad del causante. No es escalonando los efectos de la preterición en atención a la intencionalidad del causante que se armoniza la coexistencia entre libertad de testar y legítimas, sino mediante la adecuada previsión de sus efectos. La preterición debe concebirse cual mecanismo de protección del legitimario que aunque debe –

como el resto de las instituciones en el sistema romano– salvaguardar la última voluntad del causante, la articulación de sus efectos no debe partir de distinciones presuntivas, porque trátese de error o de intención, el resultado lesivo es el mismo, y por tanto igual debe ser su reversión. Sobre estos componentes no arroja elemento alguno el legislador cubano,[64] y en cambio otros, como el español, los toma como punto de partida para la básica distinción de sus efectos.[65]

En análisis conclusivo predomina afortunadamente el criterio de la prevalencia de la atribución sobre la mención, aunque valga precisar lo valedero de estimar que en cualquiera de los dos supuestos por separado, siempre que se verifiquen como se ha descrito en las líneas anteriores, la preterición debe entenderse excluida. El cumplimiento de los deberes formal y material de legítimas no deben ser integrados en el concepto de *preterición* en relación preponderante, sino de ubicación en un mismo plano a los efectos de su exclusión. Así las cosas, se lograría sin inconvenientes ni casuismos que, cumplido cualquiera de los deberes legitimarios, el sucesor forzoso resulte, al menos en parte, protegido de modo que en su caso no habría preterición.

Si bien resulta atinado entender la optimización del cumplimiento del deber de legítimas mediante la atribución, no puede olvidarse la relevancia de la mención con el mismo objetivo. De ello hablan por sí solos los antecedentes romanos de la preterición y el espíritu legislativo de los ordenamientos forales en Navarra y Aragón, aunque con la reciente codificación en esta última región se ha pretendido moderar el carácter formal de la legítima con respecto a la normativa precedente.[66] La cuestión referida a la mención del legitimario en testamento, como contenido del deber formal de legítima, indiscutiblemente ha ido cediendo importancia en los planos

teórico y legislativo frente a la exigibilidad del cumplimiento del deber material. Ello obedece al surgimiento de la institución de la *portio debita* en Roma, lo cual determinó este giro en la concepción de la institución en examen, nacida sin la noción de atribución material alguna. Es comprensible la imposición de este viraje.

Se trata de eliminar la obligatoriedad de mencionar, a la vez que atribuir, como deberes del testador para la satisfacción legitimaria, de suerte que no solo atribuir de modo exclusivo, sino también mencionar de la misma manera –siempre que sea con suficiencia– arroje protección a los sucesores forzosos y, por tanto, excluyan la preterición. Añadir al cumplimiento del deber de atribuir el de mencionar no cuenta en la actualidad con sustento alguno, dada la irrelevancia que van adquiriendo los formalismos determinantes en las primigenias concepciones de las instituciones con trascendencia a nuestras normas ante las nuevas y crecientes necesidades objetivas que estas últimas se convocan a solventar; sin embargo, desechar la posibilidad de entender excluida la preterición por el solo y estricto cumplimiento de la legítima formal es criterio reiterado en las concepciones doctrinales revisadas al que no se encuentra fundamentación alguna.

De este modo, y teniendo en cuenta que el deber legitimario tiene una doble composición (deber legitimario formal –mención suficiente– y deber legitimario material –atribución–), debe admitirse que el cumplimiento de cualquiera de estos deberes, por sí solo, excluye la preterición. Así, puede definirse como la institución jurídica que califica la situación en la que se encuentra el legitimario cuando se ha omitido en testamento su condición sin que tampoco haya existido atribución alguna *mortis causa* o por actos *inter vivos* realizados por el testador a su favor. Supone, entonces, una total viola-

ción cuantitativa del derecho legitimario, y en consecuencia genera efectos protectores de la intangibilidad de la legítima.

Recuérdese que la norma es la que establece la cuantía del fragmento patrimonial que corresponde al legitimario, por lo que atribuido el título a través de la mención y cumplido de ese modo el deber por el testador, no existe razón alguna para considerarlo preterido por la inexistencia de atribución. En estos casos no se trata del completamiento de la cuota, sino de su total integración porque el testador omitió hacerlo al circunscribirse al cumplimiento del estricto deber de mención. Ahora bien, cuando se verifica una mención no atributiva, pueden producirse dos situaciones diferentes:

1. Que el testador, a la vez que solo menciona, no dispone de la cuota legitimaria por lo que el heredero especialmente protegido puede adquirirla en su totalidad sin el ejercicio de acción alguna, solo a partir de la suficiencia del título ofrecido por el causante porque no resultaría necesaria la impugnación de actos que no reportan violaciones.
2. Que el testador, a la vez que solo menciona, ha agotado la porción legitimaria mediante actos *inter vivos* o de particulares disposiciones testamentarias –*v. gr.,* legados, sublegados–. En este caso el legitimario podrá adquirir la totalidad de su porción mediante el ejercicio de las acciones que le permitan integrarla. El testador le ha atribuido el título formal que le permite al sucesor forzoso adquirir lo que por legítima le corresponde, pero también ha dispuesto indebidamente del contenido material de la legítima.[67] Desde esta situación, considerarlo preterido no le reporta beneficio alguno frente a las ventajas de aplicar un régimen de integración de la

porción legitimaria a través de las acciones que viabilizan el complemento, aunque no tengan el mismo fin. Las acciones de reducción de la institución de heredero, de legados, de los actos de adjudicación hereditaria en detrimento de la legítima y sus derivaciones, de liberalidades de cualquier tipo efectuadas en vida del causante y las de impugnación de actos simulados o fraudulentos realizados por el causante en perjuicio de la legítima, viabilizan el fin protector desde la integración de la cuota sin necesidad de acudir a los efectos de la preterición.

Por último, en este intento contributivo a la definición de la *preterición* valga analizar su susceptibilidad de clasificación. Como se ha visto,[68] se le ordena en atención al deber del testador que resulta violado y a la intencionalidad de aquel. La preterición deviene cuestión de hecho que tipifica la total violación del derecho legitimario, y su régimen jurídico se encomienda a la reversión de esa violación, de ahí su naturaleza protectora de la intangibilidad legitimaria. Si bien en su previsión debe atenderse –como en toda la que corresponde a la sucesión forzosa– a la salvaguarda de la libertad de testar, en sede de preterición no ha de trascender –ni ello resulta necesario– si el origen de la violación se encuentra en la intención del testador o en su olvido. La lesión presenta la misma magnitud para el destinatario en uno u otro caso. De este modo la construcción conceptual de los supuestos de lesión no debe atender a la causa, sino a la consecuencia. Lo contrario conduce a la injustificada saturación del tratamiento de la figura, dada la imprescindible calificación que impone el legislador cuando asume una posición divisoria de los efectos sin regular los presupuestos de una y otra modalidad. En este caso, más allá de la importancia atribuida a la conceptualización legal de esta figura se ofrece la

alternativa de la supresión de las divisiones en atención al origen de la lesión, porque nada reporta ello a la satisfacción que tras su identificación la norma debe propiciar. En el ámbito de las libertades del testador esta fórmula tampoco resulta efectiva, porque puede establecerse un sistema de efectos para todos los presupuestos de la lesión que protejan dichas libertades sin distinción alguna e informadas por el principio atinente que informa a todo el Derecho sucesorio por causa de muerte. La distinción que atiende al deber vulnerado, aunque no resulta incorrecta como la anterior, parece sobrante ante la necesaria concurrencia de la violación de ambos deberes del testador para la integración de la preterición. Toda calificación doctrinal de las instituciones del Derecho ha de tener un impacto en su ámbito de actuación como presupuesto de valía, de modo que cuando ello no ocurre es anodino aferrarse a su defensa. Así las cosas, se va mostrando la neutralidad de la institución centro de esta investigación, como cuestión a la que atender con cuidado en la construcción de su régimen jurídico y que no les retrotrae a sus concepciones romanas, sino que reivindica su actualización.

2.3.3. Supuestos en los que se excluye la preterición

Debe entenderse excluida la preterición en los siguientes supuestos fundamentales:

1. Cumplimiento exclusivo del deber de legítima en cualquiera de sus acepciones: formal o material.
2. Atribuciones lucrativas hechas en vida del testador al legitimario.
3. Sucesión mixta.
4. Atribución de la legítima mediante legados inejecutables.
5. Privación de su porción al legitimario incapaz para suceder.

1. Cumplimiento exclusivo del deber de legítima en cualquiera de sus acepciones, formal o material:

La preterición se excluye ante la mención o la atribución, sin necesidad de que se verifiquen concurrentemente.

2. Atribuciones lucrativas hechas en vida del testador al legitimario:

En los sistemas legitimarios cuyo contenido sea una *pars bonorum,* no queda margen a la exigencia de las atribuciones testamentarias como única vía para la satisfacción del deber de legítima del testador. Si el legislador permite su satisfacción por cualquier título,[69] no es posible entonces conminarlo a la atribución testamentaria para la exclusión de la preterición.[70]

3. Sucesión mixta:

Lacruz Berdejo,[71] Albaladejo,[72] Moreno Mozo[73] y Rivera Fernández,[74] en interesante análisis plantean que la preterición supone que el legitimario no haya recibido nada, incluso *mortis causa* aparte del testamento, porque si el testador solo dispuso de la mitad de su herencia y el resto pasa a la *ab intestato,* en la que tienen derechos los legitimarios, entonces no están preteridos porque quedarían beneficiados por adquisiciones *mortis causa.*[75] Vallet[76] no concibe a los sucesores legales como verdaderos herederos genéricos, porque pueden ser también legatarios o sustitutos fideicomisarios, de modo que prevalece, en el contenido de la sucesión legal, el carácter remanente, no cubierto por la sucesión testamentaria, impidiendo la contundencia del *nomen* de heredero *ab intestato.* Esta concepción de la sucesión intestada le conduce a considerarla más bien como "atribuciones intestadas", de suerte, que como alternativa satisfactiva de la adquisición legitimaria, desde este punto de mira queda reforzada.

4. Atribución de la legítima mediante legados inejecutables:

Se plantea la disyuntiva de si existe preterición cuando la cuota legitimaria ha sido atribuida mediante legados que de-

vienen inejecutables por pérdida, destrucción o transformación de lo legado sin intervención de la voluntad del testador o concurriendo fuerza mayor o caso fortuito, de manera que no pueda catalogarse lo ocurrido como una manifestación de revocación tácita del testamento.[77]

En estos supuestos no podría hablarse de preterición porque no existe incumplimiento del deber material de legítima y, por tanto, no encajarían sus presupuestos. Las imprevisiones del testador, aunque en algunos casos son las determinantes de la inejecutabilidad del legado y con ello de la insatisfacción legitimaria, no llegan a colocar al sucesor forzoso en la posición de preterido porque las manifestaciones testamentarias contienen la voluntad del causante de atribuir lo que al legitimario corresponde. Las razones por las cuales la realización del derecho del sucesor forzoso no llega a producirse, son ajenas al testador y ello descarta la tipificación de la preterición, que es figura inherente a la actuación omisiva del causante. Lo más atinado en estos casos es conferir al legitimario la posibilidad de reclamar la integración de su porción,[78] considerando que con lo atribuido no queda satisfecha la legítima por las razones que hubieren tenido lugar.

5. Privación de su porción al legitimario indigno:

Se ha debatido la posibilidad de la incapacitación sucesoria de los herederos especialmente protegidos. Como la legítima de asistencia supone el reforzamiento del deber tuitivo del testador hacia sus legitimarios a partir de la necesidad que de esa protección presentan estos últimos, la incapacitación sucesoria de los herederos especialmente protegidos en Cuba requiere un análisis detenido. Esta disyuntiva no es exclusiva del sistema legitimario cubano. La doctrina en buena medida excluye la preterición en estos casos,[79] pero es interesante la posición contraria sostenida por Rivera Fernández,[80] que

admite la indignidad legitimaria solo en el terreno de la desheredación, de modo que para considerar indigno al sucesor forzoso debe ser desheredado con justa causa, porque la omisión del indigno conduce a su preterición.

El legislador cubano sustituyó la antecesora figura de las indignidades sucesorias previstas en el Código Civil español, vigente en Cuba desde 1889, por las vigentes causales de incapacidad para suceder previstas en el artículo 469 del Código cubano.

Pérez Gallardo[81] en varios de sus trabajos ha concluido que nada impide que cualquiera de los legitimarios pudiera perder sus derechos por estar incurso en las causales de incapacitación sucesoria del artículo 469 del Código Civil, a excepción de la tercera en toda su extensión, dado que sería imposible que en el contexto cubano un mismo sujeto sea de los que la ley obliga a proveer de alimentos a otro a la vez que dependiente económicamente de ese otro. Regula el indicado apartado que son incapaces para suceder "como herederos o legatarios los que hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia."

En efecto, no se advierte óbice para el control de la capacidad sucesoria de los legitimarios ni siquiera bajo el imperio de la sucesión forzosa prevista en Cuba, porque si bien se refuerza su contenido ético con la nueva impronta, también el respeto a los principios éticos del ser humano obliga a aplicar a todo sucesor el filtro de la capacidad sucesoria. Se muestra acertado el criterio de este autor, y puede agregarse que en el caso específico de la última causal de incapacidad sería factible su aplicación en los supuestos de negativa de atención al causante por parte del legitimario. Téngase en cuenta que aquel pariente dependiente económicamente del causante bien pudiera ser la persona que permanezca más próxima a

este y de quien pudiera el último necesitar asistencia, no de sustento, pero sí de cuidados y atenciones que dignifiquen su existencia física, y cuya negativa indiscutiblemente haría indigno al legitimario de toda protección sucesoria.

2.3.4. Ideas conclusivas

La línea constructiva del concepto de *preterición* que antecede encuentra sustento, además, en las siguientes cuestiones que tienen como punto de partida la ampliación de su espectro protector a partir de la restricción de sus presupuestos:

1. La independencia de la legitimaria como forma de sucesión valida la alternativa de la tipificación de la preterición solo en los supuestos de incumplimiento absoluto de ambos deberes del testador, el de mención y el de atribución, sin necesidad de yuxtaponer el primero al segundo, porque desaparecería la necesidad de que la mención esté acompañada de atribución para el adecuado despliegue de la protección legitimaria. Una mención suficiente permite que la total satisfacción del derecho legitimario emane de la norma que regula el resto de los presupuestos de la sucesión forzosa.
2. En los sistemas legitimarios de naturaleza romana, de reglamentación negativa o *pars debita*, la protección dimana, en primer y óptimo orden, del reconocimiento del testador, y por tanto conviene entender reconocido el derecho legitimario del modo más extendido, de manera que los supuestos de preterición deben ser excepcionales.
3. La restricción del concepto de *preterición* beneficia tanto al testador como al legitimario. Al primero por-

que se conservarán en mayor medida sus disposiciones testamentarias en tanto no exista preterición. Al segundo porque precisa –para la adecuada satisfacción de su derecho–del cumplimiento del deber legitimario, que justamente queda excluido cuando está preterido. Cuanto menos sean sus supuestos de hecho, menos quedará tipificada.

4. Se ha interpretado que la preterición, en determinados supuestos en Cuba y España, ocasiona la apertura de la sucesión intestada, en cuyo terreno no queda clara la admisibilidad de la sucesión forzosa[82] en ninguno de los tres órdenes posibles: teórico, normativo ni judicial,[83] al ausentarse toda referencia en las normas que la diseñan a la operatividad del derecho legitimario. De reducirse los supuestos de desprotección total del legitimario, habrá menos derivaciones de efectos indeseados y se frenaría la concurrencia legitimaria en el escabroso terreno de la *ab intestato*, dados los obstáculos que supone en sus senderos el despliegue de una adecuada protección.
5. En el específico caso del ordenamiento cubano la restricción del concepto de *preterición* –cual institución con efectos directos en la eficacia de las disposiciones testamentarias– estaría en sintonía con la ampliación de la libertad de testar que se suscita con la nueva concepción legitimaria que incorpora requisitos adicionales a la especial protección.
6. Entender que el legitimario no ha sido preterido equivale a entender reconocido su derecho al menos en parte, y así podría el parcialmente satisfecho, en todos los casos, ejercitar las acciones de suplemento que garantizan en mayor medida la satisfacción cuantitativa del derecho legitimario.

7. Aunque la preterición genera como efectos preliminares una serie de acciones cuya titularidad corresponde al preterido para la defensa de su derecho vulnerado, el supuesto de hecho que la genera en modo alguno beneficia al legitimario, por el contrario, configura una situación que, de materializarse, evita la impunidad del incumplimiento del deber de legítima que limita al testador, pero no en todos los casos viabiliza la total satisfacción del derecho quebrantado. Es por ello que ante los efectos demoledores de la preterición la doctrina más progresista[84] se esfuerza en plantear alternativas para reducir sus supuestos de hecho a través de: a) la relevancia de la atribución frente a la mención para excluirla; b) la limitación del número de sujetos preteribles; c) la equiparación de la preterición intencional a la desheredación injusta; d) la acentuación del carácter dispositivo de la regulación de la preterición. Así planteado, en la mayor parte de los casos resulta conveniente entender reconocido el derecho legitimario aunque sea insuficientemente, ya que de dicho reconocimiento depende el despliegue de la mayor protección en un sistema legitimario de naturaleza romana.

Notas

1 Los códigos civiles cubano y español omiten los conceptos de preterición y toda referencia a sus presupuestos, pero en ambos se alude a uno de los supuestos excluyentes de la figura en el apartado 2) del art. 495, y 3) del 814, respectivamente, aunque con sobrados inconvenientes. *Cfr.* 1.1.4; Pedro de Pablo Contreras: "Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española", *Anuario de Derecho Civil*, t. I XL, fasc. II, Madrid, 1987, p. 704; J. A. Quince Fanjul: "Preteri-

ción:…, *op. cit.,* pp. 120 y ss.; José Miguel Garcia Moreno: "La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981", *Actualidad Civil,* no. 44, Madrid, 1995, p. 888. Este autor afirma que la Comisión de Codificación sí previó una variante conceptual, y Moreno Mozo considera que aunque el art. 814 del Código Civil español no define a la preterición, encierra un doble concepto de sujeto preterible: a) sujeto preterible real en los apartados 1) y 2); b) sujeto preterible instrumental en el apartado 3) porque en este el descendiente preterido no es un heredero forzoso real en la sucesión del causante al estar premuerto o ser indigno, solo sirve de instrumento para que otros sucedan como legitimarios. *Vid.* Fernando Moreno Mozo: "El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil", *Actualidad Civil*, no. 18, Madrid, 2009, pp. 1 y ss. También fue omisivo en este sentido el antecedente legislativo del vigente Código español que se remonta a la Ley XXIV de Toro que únicamente establecía los efectos de la preterición.

2 En este contexto ha valorado Rivas Martínez que el art. 814, al hablar de la preterición describe sus efectos, pero no da concepto alguno de la institución, como si tuviera un significado obvio y unívoco. Agrega que pocas instituciones del derecho sucesorio tienen un concepto más debatido, más polémico que la preterición, como lo demuestra el gran número de definiciones que se han formulado. *Vid*. J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones…*, t. II, *op. cit*., pp. 1895-1902, y Garcia Moreno que "igual que en 1889 o en 1858 el legislador de 1981 no da un concepto de lo que deba entenderse por preterición. El art. 814 del Código Civil se limita a regular los efectos de la misma dando por sentada su noción. Esta omisión ha sido duramente criticada por algunos autores." *Vid.* J. M. García Moreno: *La preterición…, op. cit.*, pp. 887.

3 *Vid*. Ley 1 de 24 de febrero de 1999.

4 Art. 188. Supuestos de preterición. 1) Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia. 2) No se consi-

deran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido.

Art. 189. Mención suficiente. 1. Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios. 2. Es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante. 3. No es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos. Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive. Ambos han sido reiterados sin variaciones en los arts. 503 y 504 del vigente Código Civil aragonés, Ley 10 de 10 de julio de 2008.

5 Art. 4516 16.1 Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.

6 El resto de los ordenamientos forales españoles carecen de la regulación conceptual de la preterición, y en Ibiza y Formentera se regulan con imprecisión también sus efectos.

7 *Vid*. art. 1276 del Código Civil de Colombia, art. 1218 del Código Civil de Chile, art. 1008 del Código Civil de Uruguay y arts. 3600 y 3601 del Código Civil de Argentina.

8 *Vid.* 1.1.5.

9 M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…*, *op. cit*., p. 286.

10 *Cfr.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 191; Francisco Lledó Yagüe: "La tutela de la legítima formal", Homenaje a don Antonio Hernández Gil, t. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 2526; J. A. Obarrio Moreno: *La preterición…, op. cit.*, pp. 104 y 105, y Juan Manuel Rey Portolés: "Comentario a la "vuela pluma" de los arts. de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil

en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 58, no. 549, Madrid, 1982, p. 327. *Vid.* además Anexo 1, que refleja la incertidumbre de los operadores jurídicos sobre los elementos conceptuales de la preterición de legitimarios.

[11] Como consecuencia de la indeterminación normativa de los presupuestos de la preterición, J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.,* pp. 27 y ss. ofrece una alternativa para determinar el concepto a partir de su distinción respecto a la desheredación injusta o de la delimitación de los aspectos material y formal de la legítima. *Vid*. también J. M. Garcia Moreno: *La preterición…, op. cit.,* p. 887.

[12] *Vid.* Sentencia 84 de 11 de marzo de 2008, Primer Considerando: "De tratarse de modificación de un acta de declaratoria de herederos –no preterición como indebidamente se utiliza y cuyo concepto se refiere únicamente a la herencia testada–, el Acuerdo 76 de 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, al interpretar el art. 537 de la citada Ley Procesal Civil, dejó establecido que para los casos en que se haya omitido un heredero son competentes los órganos municipales en materia civil." *Vid.* además L. B. Pérez Gallardo: "¿Cabe la 'preterición'…", *op. cit.,* pp. 171-173.

[13] *Vid*. Sentencia 220 de 23 de abril de 2007, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, Único Considerando: "Que la acción de rescisión ejercitada en este proceso y acogida por la sentencia interpelada resulta improcedente, en virtud de que ciertamente en el *sub judice* concurre la modalidad de ineficacia de los actos jurídicos consistente en la nulidad absoluta y no la rescisión; habida cuenta que esta última tiene entre sus requisitos indispensables la plena validez del acto rescindible, y así el art. 76, letra e) del Código Civil, señala que son rescindibles los actos válidamente realizados por los adjudicatarios de la herencia obviamente con posterioridad a dicha adjudicación cuando la misma se hubiere practicado con preterición de algún heredero, por lo que una recta interpretación del aludido precepto conduce a concluir que la rescisión alcanza a

los actos de dominio que válidamente hubieren realizado los adjudicatarios luego de entrar en posesión de los bienes mediante acto de adjudicación efectuado con preterición hereditaria." *Vid.* además Víctor Antúnez Rojas: "De la rescisión particional por causa de preterición de heredero", tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2004, pp. 21 y 22 (versión digital).

14 Miquel González analiza que tanto en el Derecho histórico como en el comparado resulta apreciable este divorcio entre las categorías preterición y legítima. *Vid.* J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* pp. 501 y ss.

15 M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.,* pp. 294 y 295.

16 M. Rivera Fernández: *La preterición…, op. cit.*, p. 414.

17 *Vid.* 1.1.5.

18 *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: *Los herederos especialmente protegidos…, op. cit.*, p. 289, y E. Zannoni: *Manual de…, op. cit.* pp. 558 y 559.

19 *Vid.* 3.2.1.

20 Nilda Haydeé Rizo Pérez: "Una fundamentación de los presupuestos teóricos sustentadores de la representación sucesoria como institución, en pos de la evaluación e interpretación dogmática del Derecho positivo cubano", tesis en opción del grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Santiago de Cuba, 2008 (versión digital).

21 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de Derecho Sucesorio, III: atribución de la legítima por actos *intervivos*", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 7, no. 3, 1954, p. 663.

22 *Vid.* 3.1.1.

23 *Vid*. J. M. Miquel González: "Preterición", *op. cit.*, p. 5374, y "Legítima material…", *op. cit.,* p. 542.

24 *Vid*. A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* p. 10.

25 *Vid*. J. A. Quince Fanjul: "Preterición: …", *op. cit.,* p. 116.

26 *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Significado jurídico-social de las legíti-

mas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, no. 1, Madrid, 1966, pp. 11 y 12. Afirma este autor que desde el período de la codificación civil en España se vivió un clima de polémica en torno al régimen sucesorio a elegir entre los sistemas de legítimas y el de libertad de testar. Indica que se vertieron criterios a favor de la libertad de testar de carácter individualista, familiar, político, social y empírico o práctico. A favor de las legítimas las razones son también de tipo individualistas –basadas en el principio de igualdad– propiamente jurídicas, políticas y económicas.

27 Espejo afirma que en la regulación de la preterición los principios normativos fundamentales son: protección a la legítima y respeto a la voluntad del testador, y en este sentido la regulación legal toma en consideración dos elementos heterogéneos: por un lado la consistencia o recta formación de la voluntad testamentaria (más bien su falta), y de otro la satisfacción o cumplimiento de la legítima, porque pretende integrar y proteger estos dos elementos heterogéneos. *Vid.* M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.,* p. 307.

28 *Cfr.* J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.,* p. 39. Este autor ofrece algunos fundamentos históricos para rechazar la calificación de la preterición.

29 Plantea Vallet que en el desarrollo evolutivo del concepto de preterición encontramos la interacción de esas categorías, fundamentalmente de la mención y la atribución. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Panorama…,* t. I, *op. cit.,* pp. 451 y 452.

30 *Vid.* J. M. Miquel González: "Preterición no intencional de todos…", *op. cit.,* p. 552, y "Legítima material….", *op. cit.*, p. 525. Este autor en ambos artículos estudia la preterición como institución vinculada con la sucesión intestada y no con la legítima, tomando como punto de partida su concepción y evolución históricas, su comportamiento en el Derecho comparado vigente y la regulación de sus efectos remisores a la apertura de la sucesión intestada. Esta posición, aunque no es compartida, sin duda provee sólidos argumentos. En contra, Francisco Rivero Hernández: "Preterición de hijo extramatrimonial en

sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley U/1981, de 13 de mayo (comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución,* no. 6, Madrid, 1995, p. 262, y María Amparo Moreno del Valle: "Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil,* no. 1, Madrid, 2002, p. 253.

31 J. M. García Moreno: "La preterición…", *op. cit.*, p. 624.

32 Muchos autores vinculan la preterición a la protección de la legítima formal, partiendo fundamentalmente de su concepción histórica. *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida: *Elementos…,* vol. II, *op. cit.*, p. 170; P. de P. Contreras: "Preterición,…", *op. cit.,* p. 703; M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.*, pp. 294 y 295; T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I", *op. cit.,* p. 1875; F. Lledo Yagüe: "La tutela …", *op. cit.*, p. 2523; A. Domínguez Luelmo: "Artículos 806…", *op. cit.*, p. 924. En cambio, García-Bernardo y Rivera Fernández afirman que en su última y actual etapa evolutiva la preterición protege el derecho material del legitimario. *Vid.* A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* p. 91 y M. Rivera Fernández: "30 de enero…", *op. cit.,* p. 759.

33 M. Rivera Fernández: *La preterición…, op. cit.*, p. 414 y "30 de enero…", *op. cit.,* pp. 760 y ss. Este criterio que vincula la preterición a la carencia de título sucesorio del legitimario ha sido defendido por Rivera a partir de las pautas del *iter* evolutivo de la figura y descartado precedentemente por González Palomino con la defensa de la tesis que vincula la preterición con una cuestión de contenido y no de título. *Vid*. J. González Palomino: "El acrecimiento…", *op. cit.,* p. 112.

34 Lledó ha expresado que la preterición equivale a una forma de privación total tácita de toda disposición patrimonial al legitimario a quien no se le menciona en el acto *mortis causa* o a la inexistencia de atribución patrimonial alguna *inter vivos* a favor de aquel sin mencionarle en el testamento ni tampoco hacer alusión a ninguna atribución efectuada en vida a favor del legitimario. *Vid.* F. Lledó Yagüe: "La tutela de la…", *op. cit.*, p. 2524. González Palomino sostiene que la ba-

se exclusiva y suficiente, para advertir la preterición del legitimario, es su omisión en el testamento porque no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley. *Cit. pos* M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, p. 224. Rivas Martínez estima que en una acepción amplia y vulgar la preterición es la omisión de un heredero forzoso en el testamento, y así identifica como supuestos en los que existe preterición a aquellos en los que el legitimario no ha sido destinatario de atribución alguna por título sucesorio ni por actos *inter vivos,* ni tampoco ha sido mencionado en el negocio testamentario en modo alguno. *Vid.* J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones…*, t. II, *op. cit.*, pp. 1895 y ss. Cámara Lapuente concibe a la preterición como la omisión intencional o inintencional del legitimario en el testamento, además de la ausencia de atribuciones patrimoniales en su favor realizadas mediante actos *inter vivos. Vid.* S. Cámara Lapuente: *La exclusión…, op. cit.,* p. 110. Contundentemente O'Callaghan define a la preterición como la omisión (defecto formal) de un legitimario en el testamento, sin que el mismo (defecto material) haya recibido atribución alguna –sea suficiente o insuficiente– en concepto de legítima. *Vid.* X. O'Callaghan: *Compendio de…*, *op. cit.*, pp. 270 y 271. Martínez Escobar concibe a la preterición como la omisión legitimaria total. *Vid*. M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 250. Pérez Gallardo estima que la preterición puede catalogarse como el olvido voluntario o involuntario de mención (preterición formal) o de atribución patrimonial (preterición material) a favor de alguno de los legitimarios. Por lo tanto, presupuestos de la preterición lo son: 1) existencia de legitimarios o especialmente protegidos y, en consecuencia, del deber de legítima; 2) olvido voluntario o involuntario de atribución de bienes para el pago de la legítima. *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 291; Carlos Vattier Fuenzalida: "Artículo 814", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 932; J. Bolás Alfonso: "La preterición tras..., *op.*

cit., p. 183; Rosa M. Méndez y A. Esther Vilalta: *Acciones sucesorias por preterición*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 10; C. López Rendo: "Reflexiones…", *op. cit.,* p. 40. Rivera Fernández apunta que existe preterición del legitimario cuando carece de un título sucesorio para acceder a la sucesión sin que haya existido una desheredación en forma. *Vid.* M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, pp. 420 y ss. Sobre esta última valoración ha disentido Miquel (*vid.* nota 80). En contra, *vid.* Elena García Cima de Esteve: "Argentina", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 139. Esta autora afirma que el preterido tiene que lograr ser declarado heredero para adquirir su porción.

35 Nótese como los autores en la cita anterior establecen los supuestos separados por la conjunción disyuntiva *o*.

36 En este sentido, desde 1996 se pronunció el Tribunal Supremo de España, en su Sentencia 645 de 17 de julio de 1996, Segundo Considerando: "Que la cita en el testamento con el legado es suficiente para cumplir el deber de respetar el derecho a sucesión forzosa, que corresponde a los legitimarios, los cuales, se ha dicho, tienen a su alcance la acción de complemento de legítima si no hubiere quedado cubierta esta con la disposición testamentaria."

37 La excluyen entre otros, J. B. Vallet de Goytisolo: Apuntes de Derecho Sucesorio…", vol. 7, no. 3, *op. cit.,* p. 664, y "Apuntes de Derecho Sucesorio, III: atribución de la legítima por actos *inter vivos*", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 8, no. 2, Madrid, 1955, p. 451; J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…*, vol. III, *op. cit.,* p. 436, y J. Lacruz Berdejo y F. de A. Sancho Rebullida: *Elementos…*, t. II, *op. cit.*, p. 172; M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 206; C. López Rendo:"Reflexiones...", *op. cit.,* p. 41, y E. Martínez Moya: "Puerto Rico"…, *op. cit.,* p. 815. La estiman F. Espinar Lafuente: *La herencia legal…, op. cit.*, p. 363; M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 254; J. M. Miquel González: "Preterición no intencional…", *op. cit.*, p. 536;

T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I", *op. cit.,* pp. 1875 y 1876; R. Linares Noci: "La preterición intencional…", *op. cit.,* p. 1511; J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* p. 398. El Tribunal Supremo español, el 17 de enero de 2001 dictó Sentencia (RJ 2001/997) en cuyo Cuarto Considerando se estimó que en estos casos sí se tipifica la preterición, pronunciamiento que, colocado junto con otros que resultan contrarios –*v. gr.,* Sentencia de 20 de febrero de 1981 (RJ/1981/534)– demuestra lo variable del criterio jurisprudencial español en esta calificación.

[38] En estos casos entienden que existe preterición: Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 326, y *Sistema…, op. cit.,* p. 445; M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 207; L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 592, y *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 584; J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* p. 185; F. Lledó Yagüe: *Sistema…, op. cit.,* p. 390; P. de P. Contreras: "Preterición, …", *op. cit.,* p. 706, y M. A. Moreno del Valle: "Los efectos…", *op. cit.,* p. 255. También ha calificado en estos casos la preterición la Sentencia de 12 de enero de 2000 (AC/2000/630) dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, España en su Considerando Segundo. Otros autores la excluyen. González Palomino plantea que si el testador conoce la cualidad del legitimario y lo menciona no se podría admitir la preterición, pues la mención del legitimario, en tal condición, sin atribución material alguna a su favor demuestra una clara voluntad excluyente de toda participación en la herencia por parte del testador (*cit. pos* M. Rivera Fernández: *La preterición…, op. cit.,* p. 225). Este último autor entiende excluida la preterición por medio de la simple mención del legitimario en el testamento acompañado de un título sucesorio con el que pueda hacer valer sus derechos en la herencia del causante, aun sin atribución material *mortis causa* o *inter vivos. Vid.* M. Rivera Fernández: *La preterición…, op. cit.,* pp. 420 y ss., y "Artículos 814…", *op. cit.,* p. 838. Rivero Hernández y López Rendo se decantan por la suficiencia de la simple mención para excluir la preterición.

Vid. F. Rivero Hernández: "Preterición de hijo en…", *op. cit.,* p. 262, y C. López Rendo:"Reflexiones…", *op. cit.*, p. 44.

39 *Vid*. M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 208; L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* pp. 585 y ss.; María Jesús López Frías: "Comentario a la S.T.S. de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, Granada, 2001, p. 1783. García Moreno asume que el empleo de fórmulas genéricas de mención no excluye la preterición a partir de criterio jurisprudencial de 1966 aplicable aun después de la reforma de 1981. *Vid.* J. M. García Moreno: "La preterición de herederos forzosos…", *op. cit.,* p. 905. Vattier, Busto Lago, Fernández Hierro y Fernández-Diez las admiten sin cortapisas como alternativas de suficiencia de la mención. *Vid.* C. Vattier Fuenzalida: "Artículo…", *op. cit.* p. 932; J. M. Busto Lago: "Artículos 806 al…", *op. cit.,* p. 979; J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* pp. 400 y 401, e I. Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado…, op. cit.,* p. 203. Bolás Alfonso opone que en todo caso para validar la suficiencia de estas cláusulas habrá que acudir a la presumible voluntad del testador colegida de su redacción y otros medios posibles. *Vid.* J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* p. 222.

40 En el Código Civil español puede defenderse la viabilidad de estas cláusulas a partir de lo que establece el párrafo último del art. 814 amparador de las más disímiles manifestaciones testatorias previa salvaguarda del derecho legitimario.

41 *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit*., pp. 43 y ss., y "El deber formal…", *op. cit.,* pp. 38 y ss. Lledó aboga por una interpretación de este tipo y siempre restrictiva. *Vid.* F. Lledó Yagüe: "La tutela…", *op. cit.,* pp. 2527 y ss. Albaladejo, aunque con menor restricción, sigue el criterio de la interpretación de estas cláusulas a partir de la deducible voluntad del causante. *Vid.* M. Albaladejo: *Curso de…,* vol. V, *op. cit.,* p. 392.

42 *Vid.* D. Winfried Kralik: "El deber de informar del notario", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 28 de

marzo de 1978, consultado en http: //www.vlex.com/vid/233197 el 26 de abril de 2012, pp. 1 y 2.

43 Regulada en el art. 10, inciso II) de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1984 de las Notarías Estatales.

44 Leonardo B. Pérez Gallardo: "El notario: función de autoridad pública", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Homenaje a Tatiana B. de Maekelt*, no. 148, Caracas, 2010, pp. 449 y 450.

45 *Idem.,* p. 454.

46 En esta línea fue dictada la Sentencia 645 de 28 de diciembre de 2007 por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, Primer Considerando: "No es posible soslayar que la fe pública notarial tiene una misión preventiva, por constituir los actos que la misma ampara, una forma de prueba preconstituida que solo puede ser destruida mediante prueba fehaciente e indubitada."

47 No obstante, debe tenerse en cuenta que estas cifras reflejan el estado de cosas respecto a las sucesiones deferidas y no a las aperturadas. Si se analiza el número de títulos sucesorios testamentarios inscritos en relación con el número de fallecimientos producidos en cada año, la supremacía de la segunda cifra revela que predominan los fallecimientos intestados. *Vid.* Anexos 2 y 3, y L. B. Pérez Gallardo: "El Derecho de Sucesiones en cifras…", *op. cit.,* p. 708.

48 Según la Oficina Nacional de Estadísticas, en 2010, de un total de 91 048 fallecimientos, 58 870 se produjeron en edades que superan los setenta años de vida, lo que representa un 64,66 %, y revela la longevidad de la población cubana. *Vid.* www.one.cu, Población, Tabla 3.15, consultado el 22 de abril de 2012.

49 *Vid*. Anexo 1.

50 *Vid*. H. J. Sánchez Toledo y M. E. Cobas Cobiella: *Apuntes…, op. cit.,* p. 133. Fue esta la *ratio decidendi* de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en sus Sentencias 768 de 30 de noviembre del 2005, Único Considerando: "La doctrina científica identifica plenamente el concepto de preterición de here-

deros con la omisión en el testamento de alguno o todos los herederos especialmente protegidos a los que el testador por mandato de ley estaba obligado a reservarles una porción determinada legalmente, lo que sin lugar a dudas lleva a la nulidad de la institución de herederos (...)", y 35 de 31 de enero de 2008, Único Considerando: " Debemos dejar consignado que el término preterición, en su concepción teórica básica o más elemental, equivale a la omisión de un heredero en el testamento, o sea, que la exclusión ya sea por olvido, o intencional es imputable al testador." *Vid.* además M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 230. La "omisión" es también la categoría que identifican la mayoría de los jueces y notarios encuestados como definitoria de la situación de preterición (*vid.* Anexo 1).

51 Según García Moreno, la Comisión de Codificación española contemplaba en el proyecto de artículo de concepto de preterición, a la mención con suficiencia solo atributiva. *Vid.* J. M. Garcia Moreno: *La preterición de herederos forzosos…, op. cit.*, p. 898. El legislador catalán acoge también esta tesis cuando en el art. 451, 16 apartados, 1) y 4) del Libro Cuarto del Código Civil establece la absoluta insuficiencia de la mención desprovista de atribución.

52 Afirma Lacruz Berdejo que "en todo caso la alusión al legitimario en el testamento para evitar su preterición debe ser tal que demuestre que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta a aquel legitimario concreto: ya en su individualidad subjetiva, ya en hipótesis, al menos como posible persona futura. Esto, a su vez, es suficiente, no se requiere atribución y con mayor razón vale la atribución no imputable en la legítima." *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…*, vol. III, *op. cit.*, p. 436.

53 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 21; J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones…*, t. II, *op. cit.,* p. 1899, y C. Vattier Fuenzalida, "Artículo…", *op. cit.,* p. 932.

54 En cambio no ha sido ese el criterio seguido por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano cuando en su Senten-

cia 317 de 12 de mayo 2005, Primer Considerando valora que "el heredero especialmente protegido no solo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima."

55 Martín Pérez indica que la jurisprudencia española no ha emitido pronunciamiento en cuanto a la suficiencia de la mención indirecta o referida solo a la condición familiar del legitimario sin atribución alguna, y al respecto considera que en este caso habrá que atender a lo que se deduzca del contexto testamentario que ha sido la voluntad del testador con respecto a la protección legitimaria. *Vid.* J. A. Martín Pérez: "Sección Quinta…", *op. cit.*, p. 1525. Si bien esta fórmula resulta recurrente en todos los conflictos que derivan de ambigüedades existentes en el negocio jurídico para la preservación de sus efectos conforme con la voluntad del titular, en este caso parece menos efectiva su aplicación que la variante de admitir la suficiencia sin cortapisa alguna.

56 Ha valorado Pérez Gallardo que "no es necesario que se tenga al momento de testar, suficiente con que el reconocimiento de especialmente protegido se haga con sentido de futuridad". *Vid*. L. B. Pérez Gallardo: "Cumplimiento…", *op. cit.*, p. 8.

57 Con igual criterio, *vid.* J. A. Martín Pérez: "Sección Quinta…", *op. cit.*, p. 1526. En cambio, según Lohmann, en el Código Civil peruano existe un claro deber de mención, al punto que su omisión tipifica a todas luces la preterición. *Vid*. Guillermo Lohmann Luca de Tena: "Artículo 806", *Código Civil peruano comentado,* t. IV, *Gaceta Jurídica*, 1995, p. 507 (versión digital).

58 *Vid.* 1.1.5. Tampoco parece regularlo el Código Civil español. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.,* p. 10.

59 *Vid*. L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 585.

60 En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo español en el Considerando décimo cuarto de su Sentencia de 17 de marzo de 1995 (RJ/1995/1961). En contra, Espejo, que considera que la atribución fideicomisaria viola únicamente la intangibilidad cualitativa de la le-

gítima y la preterición no es remedio para esa violación. *Vid.* Manuel Espejo Lerdo de Tejada: "Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, no. 1, Madrid, 1997, pp. 404 y 405.

61 *Vid.* L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de...,* t. II, op. *cit.,* pp. 582 y 584.

62 No hacerlo ha generado tratamientos dispares en los ordenamientos que distinguen los efectos de la preterición por olvido y por intención. *Vid.* Sentencias de 23 de enero de 2001 (RJ\2001\997), de 9 de julio de 2002 (RJ\2002\8237) y de 22 de junio de 2006 (RJ\2006\3082) del Tribunal Supremo español.

63 Con las actuales técnicas de reproducción asistida y los posibles supuestos de procreación que mediante estas tienen lugar, llega a complicarse mucho más la cuestión en su aspecto calificador por la diversidad de situaciones que se dan cuando la gestación no tiene lugar por la inseminación *in natura,* muchas de las cuales están vinculadas al conocimiento de la paternidad precisamente. *Cfr.* R. Linares Noci: "La preterición intencional…", *op. cit.,* pp. 1512 y ss. He aquí otro punto en el tablero de oposición a esta distinción.

64 *Vid.* Sentencia 13 de 26 de marzo del 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, Tercer Considerando: "Como acertadamente ha estipulado nuestra ley sustantiva civil en su art. 492, la libertad de testar encuentra su límite con la presencia de herederos especialmente protegidos, y la preterición de estos sin duda alguna conlleva, a tenor de lo previsto en el art. 495, apartado 1) del cuerpo legal en comento, a la nulidad de la institución de herederos contenida en el acto jurídico unilateral con independencia de que este olvido de mención y atribución patrimonial hubiese sido de forma voluntaria o no, pues al no hacer distinción nuestra ley en este sentido una vez presente esta figura deviene obligado el deber de legítima."

65 Tal estado de cosas se produce con la reforma legislativa que in-

troduce la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 en el Código Civil español que, al parecer, obedece a reclamos contenidos en estudios doctrinales precedentes, según se lee en el último inciso de la exposición de motivos de la norma indicada. De igual modo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en España se había pronunciado sobre la necesidad de distinguir los efectos en cada caso desde su Resolución de 14 de agosto de 1959. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.,* pp. 4, 5 y 102; J. L. Lacruz Berdejo *et al.*: *Elementos…*, vol. III, *op. cit.*, pp. 438 y ss.; L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 59; C. Vattier Fuenzalida: "Artículo…", *op. cit.,* p. 932; M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, pp. 421 y 422; F. Lledó Yagüe: "La tutela…", *op. cit.,* p. 2532. Según este autor, voces prestigiosas de la doctrina española reclamaron la distinción normativa de los efectos de la preterición según la intencionalidad del causante, de modo que la reforma legislativa de 1981 arrojó el resultado distintivo en el orden de los efectos siguiendo esta orientación doctrinal; P. de P. Contreras: "Preterición,…", *op. cit.*, p. 711. Bolás Alfonso delata que la distinción de efectos de la preterición, atendiendo a la intencionalidad del testador, altera el significado tradicional de la institución, aunque considera que en este sentido la regulación española es adecuada. *Vid.* J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* p. 204; J. M. Rey Portolés: "Comentario…", *op. cit.,* p. 324. Los legisladores forales siguen esta tendencia a excepción de Navarra. En cambio, parece no coincidir J. M. Miquel González: "Preterición no intencional…", *op. cit.*, p. 536.

66 *Vid*. Exposiciones de motivos del Fuero Nuevo de Navarra y del Código del Derecho Foral de Aragón.

67 Recientemente, ante notario cubano fueron otorgados actos jurídicos de adjudicación de participación en vivienda como pago de la legítima, entrega de legado y constitución de copropiedad por cuotas sobre vivienda, que se instrumentaron en la escritura pública notarial 59 de 5 de julio de 2012, en la que el fedatario condujo la satisfacción de

los derechos legitimarios por estos senderos. *Vid.* cláusulas Segunda, Tercera y Quinta: "Segunda: Que en la primera de las cláusulas del mencionado testamento, la testadora reconoció como heredera especialmente protegida a su hija (…), particular que me acreditan con la certificación de nacimiento de la mencionada señora, justificativa de la filiación materna, según asiento registral que obra al tomo (…), folio (…), del Registro del Estado Civil Unificado de La Habana, sito en Playa, en esta capital, expedida por la registradora del mencionado Registro el 9 de agosto del 2010, quien al momento del deceso de su madre, además cumplía con los requisitos que establece el art. 493 del vigente Código Civil, a saber: dependía económicamente de ella, y no estaba apta para trabajar, dada su declaración judicial de incapacitación, que le priva de cualquier actividad laboral socialmente útil que le permita satisfacer sus más apremiantes necesidades económicas, por lo que, en efecto, al deceso de la testadora, cumplimentaba los requerimientos legales para arroparse con la condición de legitimaria asistencial que establece el vigente Código Civil y, en consecuencia, tiene derecho a la legítima, la que en este acto, su representante legal, a su nombre y representación acepta tempestivamente por no haber tenido antes conocimiento oficial de tal condición, al amparo del art. 527.1 a) del Código Civil, a todos los efectos legales." "Tercera: Que en la Segunda de sus cláusulas la testadora nombró como legatarios de la vivienda de su propiedad, a su hijo (…) y a su nieta (…)." "Quinta: Que hasta el momento el único bien del que se tenga noticia era titular la testadora a su deceso era la mencionada vivienda," y cláusulas Sexta y Séptima en nota 336.

68 *Vid.* 1.2.3.1.

69 *Vid.* art. 494 del Código Civil cubano.

70 No obstante, *vid.* 1.1.5.

71 *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo *et al.: Elementos….*, vol. III, *op. cit.*, p. 348.

72 *Vid.* M. Albaladejo: *Curso de...*, vol. V, *op. cit.,* p. 392.

73 *Vid.* F. Moreno Mozo: "El doble…", *op. cit.*, p. 1.

74 *Vid.* M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, p. 420.

[75] En cambio, Fernández-Diez estima cosa distinta al analizar la ya rechazada preterición no intencional, cuando afirma que lo decisivo no es el hecho objetivo de la atribución patrimonial, sino el carácter subjetivo de la voluntad del causante, por lo que ni la delación intestada parcial ni la nulidad parcial de algunas disposiciones impiden que se manifieste la preterición. *Vid.* I. Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado…, op. cit.,* p. 206.

[76] *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: *Panorama…,* t. I, *op. cit.,* p. 1056.

[77] *Vid*. J. L. Lacruz Berdejo *et al*.: *Elementos*..., vol. III, *op. cit.*, p. 348.

[78] *Vid.* 2.3.4.

[79] *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 18; M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 207; S. Cámara Lapuente: "¿Derecho europeo…", *op. cit.,* pp. 1219 y 1220; I. Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado…, op. cit.,* p. 211; García-Bernardo Landeta, "La preterición…", *cit.,* p. 45; Moreno Mozo, F., "El doble…", *cit.*, p. 16; A. Méndez, R. M. y A. E. Vilalta: *Acciones…, op. cit.,* p. 14*;* T. Kipp: *Derecho…,* vol. II, *op. cit.,* p. 285, y J. Binder: *Derecho de…, op. cit.*, p. 225. Profundiza en el tema Jordano Fraga, quien explica con loable claridad y exactitud que la indignidad sucesoria del legitimario le priva de su condición y por tanto la no asignación de su porción no califica como preterición, ni siquiera cuando la causal de que se trate sobrevenga el momento del otorgamiento, o sea, el momento de la privación. *Vid.* Francisco Jordano Fraga: "Algunos aspectos del régimen de la indignidad sucesoria en relación a la legítima dentro del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. I, bajo la coordinación de J. M. González Porras y F. P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 2567.

[80] M. Rivera Fernández: La preterición…, *op. cit.,* pp. 418-420.

[81] L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 267, y L. B. Pérez Gallardo y M. E. Cobas Cobiella: "Los herederos especialmente protegidos, la nueva…", *op. cit.,* pp. 35 y 36.

[82] La doctrina reciente española admite mayoritariamente la sucesión

forzosa en el contexto de la *ab intestato. Vid.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.*, pp. 190 y 191; J. M. Busto Lago: "Artículos 806 al…", *op. cit.*, p. 966; A. Domínguez Luelmo: "Artículos 806…", *op. cit.*, p. 924. Aborda el tema en profundidad M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.*, pp. 365 y 366. Lo había negado, en cambio, en trabajos precedentes Vallet. *vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.*, p. 531.

83 *Vid.* nota 73 y Sentencia 765 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7233) Primer Considerando: "La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestado, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella." Segundo Considerando: "Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima," y Fallo: "1) que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Procuradora (…), en nombre y representación de (…), respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 22 de noviembre de 1999 que casamos y anulamos; 2) en su lugar, declaramos que el demandante, el mencionado recurrente, es heredero *ab intestato* de la causante, su cónyuge (…) y se le atribuyen dos tercios de su herencia a la que se le imputa el contenido del legado." En cambio el art. 1067 del Código Civil de Bolivia regula con acierto la cobertura legitimaria en la su-

cesión intestada: "Cuando se abre en todo o en parte la sucesión *ab intestato*, concurriendo herederos forzosos con otros llamados a suceder, las porciones que corresponderían a estos últimos se reducen proporcionalmente en los límites necesarios para integrar la legítima de aquellos, los cuales, sin embargo, deben imputar a esta todo lo que han recibido del de cujus en virtud de donaciones o legados."

[84] *Vid.* J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.*, pp. 188-190.

Capítulo III

Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición: precisiones para el Derecho Sucesorio cubano

3.1. Efectos de la preterición

La preterición genera efectos que se ubican en planos diferentes: efectos preliminares y efectos definitivos.

3.1.1. Efectos preliminares

En un plano preliminar, la total vulneración del derecho legitimario genera efectos que por sí solos no permiten al sucesor forzoso adquirir la legítima pero sí allanan el camino. Estos son los efectos o acciones impugnatorias por preterición: nulidad, reducción/rescisión, inclusión/reforma, cuyo objeto es inhibir los efectos básicos de las lesiones legitimarias cometidas a través de los actos lucrativos *inter vivos,* o las disposiciones testamentarias inoficiosas del testador y los actos particionales realizados por los sucesores sin la intervención de los preteridos y sus derivaciones. Estas últimas integran la llamada *reipersecutoriedad* sobre el contenido de la porción legitimaria no adquirida por su titular, y le permiten accionar contra los terceros adquirentes de dichos bienes, acciones o derechos.[1] Entre estas acciones se incluye también la

de oposición a la partición, bien para que se postergue al momento en que pueda intervenir el preterido, bien para que no llegue a efectuarse entre quienes la pretenden en las circunstancias vigentes en la fecha de la oposición. La enumeración de esta acción en el listado de las preliminares constituye una manifestación del principio informador de que el sujeto que ejercita una acción de largo alcance puede por ello ejercitar otra de efectos reducidos en la misma línea de intereses.

Pueden llamarse también *efectos privilegiados* por ser los únicos a los que se confiere cobertura normativa.[2] Son propios de los sistemas legitimarios de naturaleza romana porque en el modelo germano no se verifican nunca las violaciones que se dirigen a invalidar. Se concretan mediante las acciones de nulidad de las disposiciones testamentarias, reducción de las disposiciones testamentarias, nulidad o rescisión de los actos de partición y adjudicación de herencia con exclusión de los preteridos y sus derivaciones, reducción de liberalidades de cualquier tipo efectuadas en vida del causante que excedan la porción de libre disposición de su patrimonio y las de impugnación de actos simulados o fraudulentos realizados por el causante en perjuicio de la legítima. A excepción de las dos primeras, el resto coincide con las acciones de complemento en cuanto a denominación y viabilidad legal, pero difieren en cuanto a origen, porque las acciones que derivan de la preterición traen causa de la total violación legitimaria, y las segundas, de la parcial y en cuanto a objeto, porque aquellas persiguen la total adquisición de la cuota legitimaria y estas su completamiento. En el contexto de los efectos de este tipo, la discusión fundamental la suscita la repercusión de la preterición en la eficacia de las disposiciones testamentarias que violan la legítima y las fuertes críticas contra la acción de nulidad ocupan un lugar preponderante. Con el ejercicio de

estas acciones preliminares el legitimario logra suprimir los obstáculos que le impiden adquirir su porción, todos dimanantes de la actuación intencionada o errónea del testador, pero poseedores de distintas modalidades. El Código Civil cubano, en el artículo 495, establece efectos reductores y nulificantes a la desprotección legitimaria;[3] sin embargo, nada regula la normativa dedicada a los herederos especialmente protegidos en cuanto a las posibilidades de repetición contra terceros adquirentes de los bienes que integran la porción legitimaria.

Esta mixtura en el listado de las acciones preliminares ocasiona la polémica en cuanto a la determinación de su naturaleza a partir del contenido personal que les legó su antecede romano con la querella *inofficiosi testamenti,* cuyo objeto es la impugnación de los actos realizados por la persona demandada y no alcanza sus bienes directamente (acciones de nulidad y reducción de disposiciones testamentarias, de reducción de donaciones, etc.) y la naturaleza real que les imprime la reipersecutoriedad que conceden al legitimario lesionado las acciones contra los terceros adquirentes de los bienes que integran la porción legítima (acciones derivadas de los actos violatorios del causante), inherente a la titularidad de los derechos reales.

La determinación de la naturaleza imperativa, o por el contrario, dispositiva, de estos efectos ha suscitado también trascendentes valoraciones.[4] La cuestión pasa por determinar la viabilidad o no de la renuncia y negociación de sus efectos por los preteridos y su disponibilidad a cargo del testador. En ello se consolida el llamado *régimen dispositivo de la preterición.*[5]

Predomina el criterio a favor de la disponibilidad de las acciones derivadas de la preterición por sus titulares,[6] tanto a

través de transacción como de renuncia[7] a todo beneficio. Es interesante como algunos autores[8] exigen que el acuerdo evasivo de los efectos de la preterición al que arriben los implicados para que verdaderamente desplace las consecuencias legales conlleve a un resultado igual al que se lograría con la apertura de la sucesión *ab intestato.* Cuando el testador no cumple su deber de legítima, a salvo las alternativas de transacción entre los implicados, procede la defensa de la lesión por la vía que la norma establece. Estas alternativas resultan viables solo cuando no contravienen la regulación legal de las instituciones sucesorias, porque no es posible violentarla para dar eficacia a un posible acuerdo, de modo que ninguna variante, por consentida que fuere, podrá violar las normas protectoras de los acreedores del causante y de la herencia, ni las de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.[9]

Este acápite, en el contexto normativo cubano, rebasa los límites de los análisis sobre la renuncia general a determinados derechos. Se complica por el fundamento asistencial con el que se regula el derecho legitimario en el Código Civil, de tal suerte que su renuncia pudiera colisionar con su fundamento, derivando con ello en la inviabilidad de la primera; sin embargo, la deducción anterior también podría conducir al absurdo de entender que la persona no puede renunciar a lo que necesita, olvidando que si bien las normas previsoras de la legítima tienen un carácter tuitivo y en consecuencia imperativo, también los derechos que de ellas dimanan pueden renunciarse si ello no va en detrimento de otro sujeto o colectividad que no sea el renunciante mismo. Es así que al amparo del artículo 5 del Código Civil es perfectamente viable la renunciabilidad legitimaria.[10]

El criterio mayoritario se orienta también a favor de la disponibilidad del testador sobre las consecuencias de su viola-

ción legitimaria.[11] La cláusula codicilar romana pudiera ser el antecedente de esta facultad del causante.[12] La previsión testamentaria de los efectos de la preterición puede solo concretarse mediante alternativa de protección distinta a la que establece la norma en caso de sobrevenir el incumplimiento del deber de legítimas, pero sin rebasar sus límites ni alterar su naturaleza. De este modo, a partir de lo que la ley ordena, el testador solo podría establecer ciertas pautas y también cubrir con sus disposiciones lo no previsto por el legislador. Desde luego, no le es dable excluir la tipificación de la figura para evadir las consecuencias de su protección porque ello entonces equivaldría a una desheredación. Precisando: la disponibilidad a cargo del testador solo podrá evitar que los efectos reductores de sus disposiciones testamentarias o de sus actos gratuitos realizados *inter vivos* se produzcan aleatoriamente.

La norma cubana no establece el modo en el que se despliegan los efectos reductores,[13] o sea, el orden ante la diversidad, la proporción ante la multiplicidad, etc. Se lleva a vía de hecho por el juzgador aplicando los principios atinentes del Derecho de Sucesiones –fundamentalmente preservación de la voluntad del testador y protección legitimaria–, los mismos que avalan la posibilidad de que el causante intervenga porque no existe imperatividad normativa limitante de la intervención volitiva, ahí donde no existe regulación alguna.

La indisponibilidad legitimaria es, sin duda, la regla en este tipo de sucesión. El causante no puede determinar quiénes son sus legitimarios, qué cuantía integra la legítima, ni qué acciones de defensa corresponde a sus titulares. En cambio, sí que le es dable mejorar –en los ordenamientos que conciben la figura–, decidir el contenido de la porción en sus límites cuánticos, elegir el título por el que la atribuye,[14] perdonar al

legitimario indigno y también preferir cuál de sus legados o actos de liberalidad deben reducirse preferentemente, sin que pueda por ello impedir que se complete la porción legitimaria. No se produce con ello infracción alguna y, por el contrario, el tribunal encontraría una valiosa guía que la norma no le proporciona. Ahora bien, estas facultades dispositivas del causante tienen dos límites fundamentales:[15] a) la norma, que establece el principio de intangibilidad legitimaria, de suerte que cualquier alternativa del causante tiene que ser "a salvo la legítima"; b) la certidumbre de su manifestación en cuanto a que no quede duda alguna de la voluntad del testador expresada en la disposición modificativa de los efectos legales. No obstante, valga no confundir certidumbre con atribución concreta porque en este caso quedaría *per se* excluida la preterición.

Cuando las disposiciones del testador llegan a concebir concretas alternativas de atribución, tiene lugar el cumplimiento del deber legitimario que excluye la preterición, y para que puedan disponerse los efectos de las instituciones antes estas tienen que tipificarse. Así las cosas, la facultad de disponer del testador en estos casos oscila entre los límites que imponen la intangibilidad legitimaria, la certidumbre de su voluntad y la ausencia de atribución concreta como alternativa. Deben entonces distinguirse los siguientes supuestos:

- Cuando el testador dispone que en caso de tener heredero especialmente protegido la atribución de porción o bienes concretos: no existe preterición porque el causante ha cumplido el deber legitimario y, por tanto, no puede hablarse de disponibilidad de unos efectos que no se producen.
- Cuando el testador dispone que, en caso de quedar

preterido algún heredero especialmente protegido, se reduzcan ciertos legados antes que otros, o los legados antes que la institución de heredero, o la institución de herederos de uno en lugar de otro legitimario, es este un típico supuesto de disponibilidad a cargo del testador de los efectos de la preterición.

La evasión de los efectos preliminares de la preterición, tanto por el testador como por los implicados, no violenta la naturaleza protectora de la preterición porque sus derivaciones no deben limitar a ultranzas la eficacia de las disposiciones del testador.[16]

Al revertir la lesión, sin afectar el contenido del testamento, se dotará de igual protección al preterido sin incidencias restrictivas de la última voluntad del causante, estado de cosas muy favorable para la situación de que se trata. En otro caso la satisfacción legitimaria quedará al margen, pero a cuenta de los titulares de los derechos en juego. Por otro lado, tendríamos a un sujeto afectado en mejor situación si concedemos estas alternativas, porque lograría con estas acortar el camino que le conduce a la adquisición definitiva de su porción. Eso sí, la renuncia al ejercicio de las acciones de defensa a cargo de sus titulares ha de ser siempre expresa, la conducta tácita en este sentido no conduce a la presunción de abdicación.

Por último, no quebrantan la intangibilidad legitimaria porque esta se concibe como principio que garantiza la realización de los derechos que se protegen con la sucesión forzosa, pero no los somete a su vigencia. Es por ello que la indisponibilidad que para el testador supone este principio se suscita solo respecto a la limitación de orientar la cuota legitimaria hacia quienes no sean legitimarios, y solo sobre ella recae el carácter intangible. En los casos de la disponibilidad

a cargo del testador, la intervención notarial, en el ámbito de la redacción de las cláusulas del negocio testamentario atinentes, es determinante para la viabilidad de la intención del otorgante. Es así que la precisión de la escritura, precedida de la instrucción al autor del negocio en cuanto a las previsiones legales y las consecuencias de las manifestaciones testamentarias, constituye el vehículo idóneo para la ejecutabilidad de estas atípicas disposiciones; sin embargo, la previsión del artículo 495 del Código Civil cubano no parece dar cobertura a ninguna de las alternativas que conducen a este resultado, y tampoco la judicatura se ha pronunciado al respecto.

No obstante, asumir a partir de ello la total indisponibilidad de los efectos de la preterición conduce al absurdo de privarles también de la facultad de renunciar a la satisfacción de su derecho. Así, una mera renuncia a las derivaciones no debiera encontrar reparos, y en cambio pudiera ampararse en la renunciabilidad genérica de los derechos de contenido o incidencia patrimonial a la que el propio cuerpo normativo da cobertura; empero, cualquier transacción encaminada a evadir el efecto nulificante mediante alternativa que reporte la satisfacción legitimaria de manera distinta, sí parece estar desterrada de la regulación cubana.

La legitimación para el ejercicio de las acciones impugnatorias motiva interesantes análisis, sobre todo en el entorno de una protección legitimaria de asistencia. En el orden de la legitimación activa, la adición del presupuesto de dependencia económica del causante engrosa sus requisitos porque el preterido deberá demostrar, previo a la prueba de su lesión, su especial condición subjetiva, o sea, su condición de heredero especialmente protegido. En este sentido el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección será ejercido por el juez como cuestión preliminar a la es-

timación de la demanda. La pasiva señala a todo el que fue beneficiado con contenido legitimario a través de los actos dispositivos del causante, o posteriores de los herederos y sus derivaciones.

Nulidad de las disposiciones testamentarias

El Código Civil cubano prevé como efecto primario de la preterición la nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria.[17] De esta regulación se discute su efectividad, forma en la que opera, la legitimación activa para su ejercicio y su repercusión en la eficacia de disposiciones testamentarias anteriores. A pesar de que las normas reguladoras no dejan margen a ello, se formulan valoraciones en torno a que el resultado nulificante debe restringirse solo a cuánto perjudique a los preteridos en su cuota intestada.[18] Ello como consecuencia de la indebida interpretación que deriva a la sucesión sin testamento. También ha sido analizada la operatividad de la consecuencia nulificante de la preterición legitimaria por lo controversial de si se trata de una nulidad *ipso iure,* es decir, que no requiere pronunciamiento judicial o si, por el contrario, ocurre solo a partir de resolución judicial declarativa.[19]

Se cuestiona luego su ejercicio a cargo de los herederos instituidos que no ostenten la condición legitimaria, y también a cargo de los legitimarios instituidos herederos testamentarios o legatarios dada su vinculación a la voluntad del causante, como sucesores al fin, y la posible influencia de su ejercicio en la esfera jurídica de estos sujetos. Valga para esclarecer en ambos casos lo que resuelve la Dirección General de los Registros y del Notariado en España.[20]

Tras el resultado impugnatorio, habrá que atender a su repercusión en la vigencia de disposición testamentaria ante-

rior, tácitamente revocada por la que deviene ineficaz. Solo se suscita ese debate en los supuestos de revocación tácita. En los de revocación expresa no hay duda porque no alcanza la consecuencia nulificante de la preterición a la cláusula revocatoria o porción clausular contentiva de la voluntad revocatoria. En cambio, la tácita derogación del testamento anterior tiene lugar justamente a partir de disposiciones testamentarias patrimoniales incompatibles con las precedentes. Este análisis se genera cuando la cláusula patrimonial incompatible con el contenido del testamento anterior es la de institución de heredero, por ser la que soporta los efectos nulificantes de la violación legitimaria.

La posición que se asuma dependerá, en primer orden, de la naturaleza que se atribuya al más radical de los efectos de la preterición –en el sentido de determinar si se trata o no de una auténtica acción de nulidad, devenida de la infracción de la norma prohibitiva que establece el deber de legítima– y luego del alcance que la norma le conceda. Además, habrá que atender a la regulación de la revocación como causal de ineficacia testamentaria que cada ordenamiento contenga. El artículo 479 del Código Civil cubano sigue la teoría rígida de la revocabilidad testamentaria cuando su apartado segundo establece que el mero otorgamiento de negocio testamentario posterior revoca al anterior. Esto permite sostener la vigencia de los efectos revocatorios del testamento, cuya cláusula de institución de heredero haya sido anulada por preterición, respecto a cualquier disposición testamentaria otorgada con anterioridad por el mismo causante.[21] La ineficacia testamentaria que la preterición genera se circunscribe a la institución de heredero sin participación en el otorgamiento del negocio mismo, y por tanto la voluntad subyacente en la existencia del negocio asegura la eficacia revocatoria. Aunque el tema

es controvertido[22] y genera posiciones que contienen contundentes argumentos encontrados, la asumida, además de sustentable desde el ordenamiento positivo cubano, es también la más favorable para el preterido, quien en caso de recobrar eficacia disposiciones testamentarias anteriores, estará obligado a impugnar la cláusula de institución de herederos en caso de haber sido en esas preterido también.

El mismo estado de cosas se produce en los casos en los que el testamento impugnable por preterición lo es también por otras causales sustantivas o negociales que invalidan el otorgamiento mismo, y su nulidad llega a estimarse por resolución judicial. De tal suerte, el efecto revocatorio del testamento anulado no conserva vigencia, y por tanto el testamento otorgado precedentemente recupera eficacia, obligando al legitimario a continuar impugnando su clausulado de haber sido preterido también previamente.[23]

Reducción de las disposiciones testamentarias

La reducción de las disposiciones testamentarias es el efecto estandarizado en la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos y también el predominante en el Código Civil español. Se establece a través de la equiparación de los efectos de la preterición a los de la debida protección testamentaria de los legitimarios[24] o de la reforma, ajuste o reducción de las disposiciones testamentarias violatorias,[25] sin cercenar la voluntad del causante. El modelo de la equiparación proporciona al preterido una tutela equivalente a la que goza el legitimario protegido, sin necesidad de ejercitar acción alguna de defensa. Los ordenamientos que lo adoptan parecen asumir que la omisión del legitimario es un reconocimiento tácito de la asignación a que la ley obliga. De esta variante se analiza la naturaleza de la protección que se está proporcionando y la

forma en la que se hace efectiva, o sea, la vía por la que llega a adquirir el preterido su porción. Se plantean tres variantes: 1) adquisición automática; 2) adquisición a través de la acción de petición de herencia; 3) adquisición a través de la acción de reforma. Zannoni[26] se decanta por la segunda.

No obstante, en estos sistemas también debe acudirse a la acción de reforma cuando el testador, a la vez que omite al legitimario, realiza liberalidades en vida o atribuciones testamentarias particulares que afectan la legítima estricta o rigurosa. Mediante la reforma o reducción la ley concede la posibilidad de obtener que se ajuste el testamento cuando el testador no ha respetado la legítima, permitiendo que estas asignaciones forzosas se cumplan y también las disposiciones testamentarias si algo quedare. Con el efecto reductor además, se resuelve retroactivamente el dominio de terceros sobre bienes o derechos integrantes de la porción legitimaria transgredida, a cuyo tenor sobreviene la obligación de aquellos de restituir el bien, y de ahí la reipersecutoriedad de sus resultados.[27]

Cuestión bien debatida por los estudiosos del régimen jurídico de la reforma testamentaria como medio de defensa legitimario es la que atiende a su naturaleza. Resulta convincente la valoración de Fornieles[28] cuando concluye que presenta una naturaleza dual, conformada por un aspecto personal derivado de la nulidad de los actos del causante, cuyo resultado excede la parte de libre disposición y por otro real, dados sus efectos reivindicatorios frente a terceros.

En el terreno de la reipersecutoriedad del resultado de la acción de reducción se debate si se logra completar la porción del lesionado *in natura* o a través del reintegro de valores. Zannoni y M. Ferrer[29] estiman que el resultado reductor debe revertir la lesión legitimaria *in natura*; sin embargo, en

atención a que se producen derivaciones que afectan a terceros adquirentes de buena fe cuando el resultado reductor se consigue después de efectuada la partición, deben valorarse las ventajas del reintegro de valores por las gravosas consecuencias que la satisfacción *in natura* puede ocasionar a los poseedores de los bienes que integran la porción legitimaria.

Los ordenamientos que establecen la reducción o reforma testamentaria se han encargado, además, de la ineficacia de los actos ulteriores mediante la previsión de la reipersecutoriedad de esta acción o de sus efectos reivindicantes frente a terceros. Tales previsiones suponen una valiosa alternativa de protección que la norma proporciona al preterido al viabilizar sus facultades de accionar directamente sobre los bienes que integran su porción y que no encuentra paralelo en nuestro ordenamiento tras el fatídico resultado nulificante. El preterido en Cuba deberá accionar sucesivamente para privar de eficacia los actos del testador violatorios de su legítima, iniciando la impugnación de la cláusula de institución de heredero testamentaria su orden de actuación, seguida de la reducción de legados en la medida precisa y, de ser necesario, habrá de proseguir con las pretensiones impugnatorias de los actos ulteriores del testador.[30] El Derecho positivo cubano no prevé variante alguna que, tras la declaración judicial de nulidad, permita al preterido obtener la adquisición de su porción por el simple reclamo del reintegro de los bienes que la componen, sino privando de eficacia el acto jurídico determinante de la posesión a cargo de quien deberá ser demandado. El resto de las acciones preliminares operan, aunque con mayor alcance, de igual modo que cuando tienen fines de complemento.[31]

3.1.2. Efectos definitivos

Planteamiento de la cuestión

Tras el ejercicio exitoso de las acciones por preterición se despliega un segundo conjunto de efectos mucho menos explorados por los estudiosos del tema. Los efectos definitivos son los que permiten al legitimario adquirir lo que por legítima le corresponde tras el éxito de los efectos preliminares. Se ha visto que en los sistemas legitimarios configurados como un límite a la libertad de testar, la delación forzosa no atribuye la porción legitimaria, simplemente la ofrece, y luego, por otro cauce. deberá hacerse efectiva la adquisición. Esos otros cauces son los efectos definitivos de la preterición, que se concretan en el título sucesorio por el que finalmente acude a la sucesión el preterido y en el título adquisitivo de su porción.

La forma en la que se conciben estos efectos debe estar en perfecta armonía con la concepción de la sucesión forzosa que cada ordenamiento adopte, y este es el hilo conductor más seguro para la regulación de un sistema coherente. Estos efectos han sido poco tratados por los teóricos. También los códigos civiles cubano y español carecen de precepto de este tipo, y ello pudiera estar determinado por la contundencia de su antecedente romano, orientado a la sucesión intestada como consecuencia de la ineficacia de las disposiciones testamentarias que producía la preterición.

Desde el surgimiento de la institución, sus consecuencias preliminares fueron anulatorias de la voluntad testamentaria, primero total y luego gradualmente. De ese modo se daba tutela al preterido con la apertura de la sucesión intestada que constituía el invariable escenario de satisfacción definitiva. Antes de la Novela 115 de Justiniano la preterición se tipifi-

caba en los casos de omisión testamentaria, y su efecto era la nulidad total del testamento y apertura de la sucesión intestada. Durante toda la vigencia de la Novela, la preterición se producía cuando no se instituía heredero al legitimario y provocaba la nulidad de la cláusula de institución también con la apertura de la sucesión intestada. A partir de la abolición del requisito de institución hereditaria, fundamentalmente desde el ordenamiento de Alcalá, comienza a variar el supuesto de hecho de la preterición en los ordenamientos posteriores, pero se mantiene su consecuencia nulificante y la remisión a la *ab intestato*.[32]

En idéntica situación se encuentran los artículos 503 al 508 del Código del Derecho Foral de Aragón; el 451 16 del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña; del 258 al 261 de la Ley de Derecho Civil de Galicia y la Ley 271 del Fuero Nuevo de Navarra. De igual modo se comporta la regulación de los códigos civiles de Bolivia, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina, Ecuador y Venezuela, que se limitan según el caso, a diseñar las acciones de reforma o reducción (efectos preliminares) sin que en ningún precepto se conciba el título o modo por el que el legitimario preterido adquiere, una vez ejercitadas con éxito, las acciones por preterición.

A diferencia de lo planteado en el subepígrafe precedente en cuanto a la disponibilidad de los efectos preliminares, el terreno de los definitivos sostiene un análisis muy distinto. Si las definitivas derivaciones de la total violación legitimaria están precedidas por el ejercicio de las acciones de impugnación que eliminan los impedimentos para la adquisición de lo que corresponde al preterido, no debe validarse la renunciabilidad del derecho de opción que se confiere al preterido a partir del título correspondiente, ni de la final adquisición de la porción. Ello sugiere la conclusión de que el preterido que

impugna los actos violatorios del causante, con el ejercicio de las acciones conducentes a estos fines, ejecuta actos concluyentes de su intención de aceptar la herencia. Es por ello que, aunque la inexistencia de título sucesorio que materialice la delación al tiempo del ejercicio de las acciones preliminares impida imputarle la condición de heredero, siquiera de legitimario mediante la aceptación tácita, tampoco resulta viable la renuncia a adquirir tal condición. Constituye una total inconsecuencia que el preterido impugne los actos del testador o de terceros que vulneran el derecho a adquirir su legítima y, tras el triunfo impugnatorio, renuncie a tal adquisición. El principio que prohíbe la actuación contraria a los actos propios válidamente realizados lo impide en primer orden. Si bien el carácter dispositivo de los efectos preliminares coadyuva a una equilibrada coexistencia entre la libertad de testar y la limitación que la sucesión forzosa supone, la irrenunciabilidad de los definitivos completa la proporción en la balanza medidora. Desde luego, tal estado de cosas se produce solo cuando coinciden titulares del ejercicio de las acciones de impugnación y ulteriores renunciantes. El preterido que no impugna tácitamente renuncia a ello, y desde esa ubicación le es dable repudiar también las derivaciones finales. Por último, admitir la disponibilidad de estos efectos a cargo del testador conduce a un contrasentido si se tiene en cuenta que ellos permiten la adquisición definitiva de la porción al preterido, y cualquier previsión testamentaria de este tipo equivaldría a la exclusión de la preterición y no al acomodo de sus efectos a la voluntad del causante.

Debate doctrinal

En Cuba, como fue analizado,[33] la indebida derivación interpretativa de los efectos definitivos de la preterición, es de-

cir, la vía por la que el preterido adquiere su porción, apunta a la apertura de la sucesión intestada en la que podrá adquirir parte del caudal solo como un heredero legal más.[34]

Rivera Fernández[35] asocia la preterición a la ausencia de un título sucesorio atributivo, y con ello justifica el porqué del efecto nulificante que ocasiona que se abra la intestada y por esa vía adquiera la herencia a título de heredero legal. Miquel González,[36] refiriéndose a la preterición intencional, se plantea la interrogante de si se abre hoy la sucesión intestada para que por su conducto adquiera el preterido o la expresión *se reducirá la institución de heredero* significa que el legitimario preterido exige directamente la legítima al instituido sin anular nada. Responde que una u otra derivación dependerá de la deducible voluntad del testador.

Vallet de Goytisolo[37] afirmó que, frente al sistema en que la ley atribuye directamente la titularidad o cotitularidad de un contenido, existe otro en el cual la ley no dispone directamente de ese contenido, sino que determina la existencia de un deber del causante y lo refuerza y asegura con una limitación de las facultades dispositivas de este, que sanciona con un conjunto de normas cuya fuerza radica en la invalidación de las disposiciones que violen aquel deber. Concluye en este orden que la adquisición del legitimario llega a través de estas sanciones como consecuencia de las invalidaciones producidas que dejan paso en todo, o en parte, a su derecho *ab intestato* o a la disposición testamentaria ordenada a su favor, pero liberada de toda limitación.

En cambio, contundentemente afirma Espejo Lerdo de Tejada[38] que en el Derecho español la violación de la legítima no da paso a la sucesión intestada sobre la base de criterios de independencia de la sucesión legitimaria a los efectos de su protección.

Tratamiento judicial en Cuba

En el período de comprendido entre enero de 2005 y junio de 2012, en la parte dispositiva de las sentencias del más alto foro cubano no se ha hecho mención a la apertura de la sucesión intestada tras la nulidad de la institución de herederos por preterición u otro efecto definitivo, como el derecho a percibir la cuota el preterido, la forma de adquirirla, etc.[39] La respuesta al interrogante de por qué tiene lugar tal estado de cosas conduce a las siguientes variantes:

- Por la observancia del principio de congruencia a cuyo tenor no puede el juzgador rebasar los límites del *petitum* en su dictado, y por tanto solo ha de pronunciarse en cuanto a los efectos preliminares de la preterición que le han sido instados.
- Por cuestiones relativas a la competencia por razón de la materia, en el sentido de que el foro que conoce de las acciones impugnatorias no es luego el competente para emitir pronunciamiento relativo a la apertura de la sucesión *ab intestato* que comúnmente se atribuye al ámbito de facultades del notario o a tribunales de primera instancia.

En Cuba las acciones impugnatorias por preterición integran la competencia de las Salas de lo Civil y lo Administrativo de los tribunales provinciales populares y se tramitan por los cauces del proceso ordinario. *Vid*. artículo 6.6 (modificado por Decreto Ley 241 de 2006) en relación con el 223.3, ambos de la Ley 7 de 19 de agosto de 1977 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, mientras que la declaración de herederos *ab intestato* corresponde a la competencia de las secciones civiles de los tribunales municipa-

les populares por los cauces del proceso sucesorio de declaración de herederos. *Vid.* artículo 5.5 en relación con el 535 del mismo cuerpo legal, este último modificado por Ley 50 de 1 de marzo de 1985 de las Notarías Estatales, que traslada al ámbito de atribuciones notariales la autorización mediante acta de notoriedad del título sucesorio *ab intestato,* excepto en los supuestos de manifiesta contradicción de partes, de producción de perjuicios a terceros o de emisión de dictamen contrario a cargo del fiscal.

- Por razones de incertidumbre en cuanto al destino final o los efectos definitivos de la preterición, que puede seguramente dimanar incluso de la omisión normativa al respecto.

Jurisprudencia española

En cambio. los pronunciamientos jurisprudenciales españoles sobre los efectos definitivos de la preterición sí han sido emitidos aunque en orientaciones divergentes. Transitan por las sendas de no disponer efecto alguno, disponerlo solo en parte en lo que a la genérica apertura de la sucesión intestada se refiere o disponerlo totalmente en cuanto a la declaración de herederos *ab intestato,* e incluso, a la adjudicación de los bienes que integran la legítima.[40] Ello impide catalogar con contundencia el criterio judicial en cuanto a los efectos definitivos de la preterición, aunque pudiera formularse, *prima facie,* que ha predominado la tendencia a remitir al preterido a la sucesión intestada en busca de titulación sucesoria que le permita adjudicarse lo que por legítima le corresponde, con la característica de que en algunos casos en la misma resolución judicial, a la vez que se le remite, se le declara sucesor *ab intestato* y se le atribuye su porción, simplificando con ello los

cauces de la satisfacción del preterido. Valgan los argumentos para la comprensión de la inexistencia de pronunciamientos judiciales de este tipo en Cuba para explicar las variaciones de los tribunales españoles.

De este modo se agrava la incertidumbre que dimana de las omisiones normativas. Los artículos 814 y 495 del Código Civil español y cubano, respectivamente, únicamente prevén los efectos preliminares de la preterición. De aquí surgen las enconadas polémicas en torno a la adquisición definitiva de la legítima, enriquecidas en España tras la reforma legislativa introducida por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y que encuentra su punto más álgido en las orfandades normativas de la dinámica legitimaria en la sucesión intestada.

Este análisis pretende solo allanar el camino atestado de incertidumbres hacia las definitivas derivaciones de la preterición, intentando encontrar, al menos referativamente, alguna pisada segura en el terreno forense. Es comprensible, sin embargo, que existen razones de peso para el silencio del foro en este aspecto.

La laguna normativa en el plano de los efectos definitivos de la preterición alumbra una significativa carencia en la construcción teórica de la figura, dejando a oscuras el final del camino por el que ha de transitar el preterido y trascendiendo a la ruptura de la equidad entre los regímenes legales que han de preverse para dar cobertura a la tutela de los legitimarios protegidos por el testador, y a aquellos que no habiéndolo sido, han ejercitado con éxito las acciones impugnatorias previas. Perdido este imprescindible equilibrio en la regulación jurídica de la protección legitimaria, se pierde también la esencia de la tuición a que está convocada.

3.2. Bases para la adecuada previsión normativa de los efectos de la preterición

En el análisis de la dualidad de efectos que la preterición genera surge la interrogante acerca de si es correcto conminar al preterido al ejercicio de un conjunto de acciones previas que le permitan luego adquirir su porción, o si es preferible concederles la titularidad de acciones de reclamación directa, evitando el rodeo impugnatorio.[41] Constituye esta disyuntiva el punto de partida propicio para la adecuada configuración del sistema de efectos de la institución, porque de ellos depende la armónica interrelación de los principios de libertad de testar y protección legitimaria.

La desconexión entre el presupuesto asistencial de la legítima cubana y su implementación mediante un sistema de reglamentación negativa, la infeliz traspolación de los efectos del incumplimiento del deber de la legítima española sin tener en cuenta sus nuevas particularidades y las deficiencias de la regulación normativa permiten concebir, sistematizar y aplicar alternativas de protección distintas a las que informan las vigentes interpretaciones e, incluso, a las previstas en sus antecedentes históricos españoles.

En la renovación del sistema de efectos de la preterición deberán tenerse en cuenta la autonomía de la sucesión forzosa y la naturaleza protectora de la intangibilidad legitimaria que tiene la figura a la vez que moderadora de este último principio con el de libertad de testar.

En el orden de los efectos preliminares se torna bien compleja la renovación porque, dada su previsión legislativa, únicamente puede replantearse a partir de reformas normativas. En cambio, la generalizada ausencia de regulación de los efectos definitivos de la preterición permite, como parte de su

construcción teórica, estructurarlos con propósitos encaminados a su adecuado despliegue de cara a la optimización de la protección a la que deben dirigirse. Las siguientes propuestas aportan la solución de protección legitimaria a la que debe aspirarse, pero subsiste el problema de la desacertada restricción a la voluntad del causante que provocan los efectos preliminares nulificantes en algunos ordenamientos como el cubano y en menor medida el español. Es así que la coordinación de la aplicación de los principios de *favor testamenti* y de intangibilidad de la legítima se alcanza solo en un porcentaje medio.

3.2.1. Articulación de los efectos preliminares: especial referencia a los supuestos de la violación de la legítima individual

En cuanto a los efectos preliminares, como alternativa de *lege ferenda* se sugiere la sustitución normativa de la acción de nulidad de las disposiciones violatorias de la legítima por la de su reducción, reforma o ajuste a la porción de libre disposición, en todos los casos, sin importar el tipo de preterición de que se trate ni el número de legitimarios perjudicados. Ello produciría mejor compensación al preterido con menor incidencia en la limitación de la libertad de testar y la modificación testamentaria, pero la efectividad de esta propuesta requiere la positivisación del orden en el que ha de operar la reducción. Entre tanto, la aplicación del apartado primero del artículo 495 del Código Civil cubano bien puede implementarse siguiendo las ya vistas conclusiones de Pérez Gallardo.[42]

La nulidad de las disposiciones testamentarias constituye un desdichado efecto de la preterición. Impacta desgarradoramente la voluntad del testador contenida en las cláusulas a

las que alcanza, sin reportar un tributo proporcional al preterido.[43] La supresión de los estorbos primeros que supone la preterición para la satisfacción del derecho legitimario no requiere tal incidencia, ni siquiera como apuntaba Rivera Fernández[44] para propiciar la atribución de un título sucesorio al preterido.[45] Téngase en cuenta el desentone que genera la previsión normativa de la nulidad de las disposiciones testamentarias, cual expresión más nítida de la inobservancia de la voluntad del causante en el contexto de un sistema legitimario romanista, en el que la protección a los sucesores forzosos opera como límite a la libertad de testar, intentando evadir los drásticos impactos que en ella produce el sistema legitimario de reserva legal. Añádase el desafortunado arrastre interpretativo de la derivación a la intestada que ocasiona el resultado nulificante por los conflictos que supone la sucesión legitimaria en el azaroso terreno del *ab intestato.* La subsistencia de esta previsión normativa obedece, sin duda, a razones de orden histórico más que necesario, que hoy han perdido toda vigencia porque se basaban en la necesidad de la continuación de la familia en el *sui* sin posibilidad alguna de que el causante lo impidiera, dada la oponibilidad del resultado nulificante.[46]

Las restantes acciones preliminares no son portadoras de estos inconvenientes, pero al resultar incompletas sus regulaciones normativas presentan otros a los que es necesario atender. La acción de reducción de legados, regulada en el artículo 495 apartado primero del Código Civil cubano, constituye uno de estos casos. El legislador establece que ante la preterición "valen los legados en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente." Esta formulación da cabida a las dudas de cómo organizar la reducción, y luego cómo encauzar la validez de los

legados que excedan en todo o en parte la cuantía de libre disposición. Habrá que remitir ante este escollo a la acción de rescisión. Los requisitos doctrinales de esta causal de ineficacia negocial por disconformidad con la ley se manifiestan en el supuesto analizado, en cambio el legislador cubano no prevé a la preterición como causal rescisoria del acto jurídico que la supone. Por demás, estas causales se establecen bajo el sistema de *numerus clausus,* pero también rige en su previsión el principio de subsidiariedad que informa a este tipo de ineficacia, y ello podría ser la brecha para la viabilidad de la propuesta. La coincidencia cronológica de las particulares atribuciones testamentarias, aun cuando se hayan dispuesto a través de varios testamentos vigentes a la muerte del otorgante,[47] dando lugar al fenómeno de la sucesión *per relaciones,* sugiere que su reducción se produzca a prorrata, salvo que el testador haya impuesto el orden del reajuste.[48]

La dinámica de la transmisión *mortis causa* indica el camino a seguir para establecer el orden de reducción de las disposiciones testamentarias y liberalidades que quebrantan el derecho legitimario. La primera reducción deben soportarla las atribuciones testamentarias, antes la institución de heredero y luego los legados del modo indicado. Ante la insuficiencia de estas contracciones preliminares corresponde reducir las liberalidades efectuadas en vida del testador, y para ello sí habrá que atender a la fecha de su realización para reducir en orden inverso a su cronología, de modo que comenzará por rescindirse el acto efectuado en fecha más próxima a su muerte y, en ese orden invertido, debe continuar el proceso reductor hasta la total integración de la porción del preterido.[49]

Cuestión trascendental en la construcción teórica de estos efectos es la estimación de que el ejercicio triunfante de las acciones, a través de las cuales se concretan, deviene la titu-

lación sucesoria legitimaria de la que carecía el preterido previo a su actuación. En ello estriba la solución de continuidad entre unos y otros efectos de la preterición. Los preliminares, al estar con mayor o menor acierto regulados por la norma, constituyen previsiones por las que habrá de estarse para el logro de la reversión de las lesiones legitimarias, pero han de tenerse muy en cuenta las insuficiencias de su articulación al concebir las derivaciones definitivas.

Ha dicho García Moreno[50] que el preterido, una vez que obtiene el título con el que acceder a la herencia del causante, se configura como titular de una acción de reclamación de la legítima que pretende corregir la actuación voluntaria del testador. También afirma Peña Bernaldo de Quirós[51] que la sentencia estimatoria de la petición del legitimario declara el carácter y alcance de la cualidad de heredero forzoso, y consiguientemente la nulidad total o parcial de la disposición testamentaria que se oponga a ello, de modo que si la partición de la herencia no se hubiere efectuado, esta operación habrá de atenerse a dicho título sucesorio. Es así que la resolución judicial que ponga fin al proceso cuyo objeto sean las acciones de defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima ha de ser considerada título sucesorio a favor del preterido, y para ello debe el juez en su parte dispositiva realizar especial mención a esta condición. La optimización de la regulación de los efectos preliminares de la preterición es por tanto posible a partir de los siguientes presupuestos:

a) Circunscripción de estos efectos a la impugnación de los actos y disposiciones del causante violatorios del deber legitimario, sin conminar al preterido al ejercicio de ninguna acción declarativa de su titulación sucesoria.
b) Equiparación de la sentencia estimatoria de las accio-

nes impugnatorias a la titulación sucesoria de la que carece el preterido por haber incumplido el testador el deber de otorgársela.

c) Concepción dispositiva de su ejercicio a cargo del legitimario lesionado.

d) Regulación de las acciones preliminares en orden de prelación, bien remitiendo a las acciones de ineficacia del acto jurídico previstas en el Libro Primero del Código Civil o estableciendo una propia para la ineficacia que produce la preterición. En el primer caso sería recomendable remitir a la acción de nulidad prevista en los apartados e) y f) del artículo 67 solo para la impugnación de los actos simulados por el testador en fraude de la legítima, pero en el resto de los supuestos es preferible acogerse a la regulación de la acción de rescisión. En el segundo caso la regulación de una acción reductora de las disposiciones testamentarias y los actos lucrativos del testador violatorios de la legítima perfecciona la alternativa protectora dadas las particularidades del supuesto de hecho que la genera, su objeto, fundamento y efectos ulteriores que la diferencian de la genérica acción de rescisión.

Particular atención en este estudio merece el análisis de los supuestos de preterición de solo parte de los legitimarios por la influencia de esta situación en la previsión de sus efectos. En estos casos el testador no viola la legítima global, sino la individual de los preteridos. Tal estado de cosas reclama un tratamiento distinto al de la preterición de todos los legitimarios porque la vulneración del preterido ha de revertirse con cargo solo a la porción legitimaria destinada a los sucesores forzosos protegidos.[52] De este modo deben reducirse las porciones indi-

viduales de los últimos exclusivamente, sin incidir en las disposiciones del causante sobre la parte libremente disponible de su caudal. Si bien se ha rechazado la clasificación de la preterición en atención a la intencionalidad o no del testador y al tipo de deber incumplido, se advierte la necesidad de atribuir efectos distintos a los supuestos de violación de la legítima global e individual en el plano preliminar.[53] Así, las acciones impugnatorias en el supuesto analizado debieran alcanzar únicamente a la reducción de las porciones resultantes de la división de la legítima global entre los protegidos o a su indivisión cuando solo uno lo haya sido, sin invasión admisible en el resto del caudal. La preterición de solo algunos de los legitimarios puede producirse en tres supuestos fundamentales:

1. Otorgamiento de testamento en el que se protege a algunos de los legitimarios a partir de la condición de herederos especialmente protegidos y queda preterido el resto.
2. Otorgamiento de testamento en el que se protege a algunos de los legitimarios a partir de la institución de herederos voluntarios y queda preterido el resto.
3. Otorgamiento de testamento en el que se protege a algunos de los legitimarios a través de legados y queda preterido el resto.

La claridad de la alternativa de reducción ya planteada resulta perceptible sin inconvenientes en el primero de los supuestos anteriores. En cambio, en los últimos dos casos se torna bien compleja la determinación de la variante de protección idónea. En ambos casos debe orientarse la solución hacia la inclusión exclusivamente, que se produce a través de las reducciones de las disposiciones atributivas a favor de algunos legitimarios para dar cobertura a la pro-

tección de todos ellos, sin perjuicio de que se reduzcan las disposiciones voluntarias del testador, pero con el objetivo de la integración de la cuota legitimaria y no de revertir la preterición en sí misma. Tal estado de cosas tendrá que producirse también bajo la titulación sucesoria que otorga al preterido el ejercicio de la acción de reducción, desplegado como efecto preliminar.

Ahora bien, estas consideraciones serán de *lege ferenda* en tanto existan previsiones como las que contiene el artículo 495 del Código Civil cubano, que equipara los efectos de la preterición de alguno a la de todos los legitimarios y regula el impacto de las violaciones a la legítima estrictamente individual en la parte de libre disposición.[54] Valga como paliativo que Pérez Gallardo[55] ha concluido que en el ordenamiento cubano la nulidad de la cláusula de heredero debe entenderse únicamente referida a la institución de herederos voluntarios, dejando a salvo las atribuciones a título de herencia a favor del resto de los legitimarios como pago de sus legítimas individuales. Esta alternativa es la única viable dado el efecto nulificante que con aciago impone el legislador. Es sustentable además a partir de la imposición que la legítima supone, capaz de generar la presunción de que todos los títulos de los que se vale el testador para satisfacerla integran el cumplimiento de su obligación, y por tanto no se afectan por las previsiones de nulidad, concebidas para los actos violatorios del deber legitimario, entre los que no se incluyen aquellos.[56]

3.2.2. Previsión de los efectos definitivos

Al retomar la planteada independencia de la sucesión legitimaria con su correspondiente titulación, el preterido, una

vez que ejercita con éxito la acción de nulidad y las restantes impugnatorias, tomando como título sucesorio la sentencia firme estimatoria de sus pretensiones, podrá, sin ostentar la condición de heredero legal, adquirir su porción legitimaria ante notario en los casos de aquiescencia al respecto o en proceso sucesorio particional.[57] En el primer caso la escritura pública notarial de adjudicación de herencia sería el título adquisitivo, y en el segundo la resolución judicial firme que ponga fin al proceso. Ello no evade la previsión del efecto nulificante, solo lo adecua al fin con el que la propia norma lo ha previsto.

La causa de pedir en los procesos, cuyo objeto lo constituyen las pretensiones impugnatorias de las disposiciones testamentarias por preterición, está orientada a paliar los efectos de la lesión y no directamente a la obtención de la titulación sucesoria de la que el preterido carece. Así las cosas, no es preciso que en la resolución que ponga fin al proceso estimando la demanda se emita pronunciamiento alguno en cuanto a la titulación que produce, porque ella se erige como efecto indirecto del resultado del proceso, propiciando el llamamiento a favor del heredero especialmente protegido preterido. Los pronunciamientos judiciales específicos en este orden viabilizarían la alternativa planteada y serían admisibles porque no afectan la congruencia que ha de cuidar el juzgador, pero la procedencia de lo propuesto no queda sujeta a ellos.

Muy interesante se presenta la cuestión de si se trata de un conflicto judicial sucesorio *ab intestato* o de testamentaría. Resulta que nuestro ordenamiento procesal solo conciben los juicios sucesorios particionales de estos dos tipos, como reflejo de la clásica escisión de la sucesión *mortis causa* en testada e intestada;[58] sin embargo, se plantea también esta disyuntiva en los supuestos de sucesión mixta en los cuales

sucesores testamentarios e intestados del mismo causante se disputan la partición hereditaria. En aras de que este detalle no obstruya la propuesta de orden procesal, valga la siguiente variante: si tras la nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria, operada *ex* artículo 495 del Código Civil, existiere desacuerdo de cualquier índole entre los legitimarios con trascendencia a la partición de la porción legitimaria, debe:

1. Acudirse a un proceso sucesorio de testamentaría ante las secciones civiles de los tribunales municipales populares, en los supuestos de conflictos entre los legitimarios internamente en lo que a la determinación de las legítimas individuales se refiere, y en los de vigencia de la institución de legados, sobre todo si el conflicto particional versa sobre la composición de la legítima global y los legatarios lo son en parte alícuota del caudal.
2. Acudirse a un proceso sucesorio de operaciones divisorias del caudal hereditario, que es el nombre que recibe el particional *ab intestato,* si no existieren disposiciones testamentarias vigentes de atribución patrimonial. y por tanto la parte de libre disposición tras el cobro de la legítima debe corresponder a los herederos legales cuando los conflictos rebasen los de determinación de las legítimas individuales.

La apertura de la sucesión intestada debe producirse solo para la adquisición de lo que pudiera quedar disponible tras el resultado de la nulidad de la institución de heredero testamentario, y la adquisición de la porción legitimaria por el preterido, y en todos los casos en los que tenga lugar tal estado de cosas deberán concurrir con el preterido los sucesores

legales al otorgamiento de los actos de adjudicación notarial o deberán ser partes en el proceso particional judicial que corresponda.

Los efectos de la preterición no deben dirigirse a atribuir al preterido un título sucesorio, sino a propiciar que adquiera la legítima, y ello puede lograrse tras el éxito de las acciones impugnatorias por preterición, sin necesidad de obtener el título sucesorio *ab intestato* porque existe una delación propiamente legitimaria, y la titulación que la hace efectiva dimanaría en este caso de la firmeza de la sentencia que estime las acciones preliminares al estar regulado el contenido del llamamiento forzoso en la norma.

La teoría clásica de los títulos sucesorios los representa por medio del testamento y la declaratoria de herederos; sin embargo, ello no resulta óbice para la defensa de la titulación sucesoria del preterido a través de la sentencia estimatoria de las acciones por preterición, porque el título sucesorio ha de devenir instrumento para el ejercicio del derecho de opción hereditaria, y la sentencia puede serlo porque ineludiblemente ha de ser notificada a todas las partes del proceso entre las que figurarán siempre los preteridos. Además, la sentencia es inscribible en el Registro de actos de última voluntad y declaratoria de herederos. En este sentido no han de frenar concepciones teóricas que al esbozarse no han ahondado en las particularidades de la sucesión legitimaria, la posibilidad de dar cabida a la titulación legitimaria propia del preterido, que permita dar una respuesta satisfactoria a su derecho cuando ha sido violado.

En la práctica forense en Cuba, por demás, cobra vida una titulación sucesoria formal a favor de herederos legales indebidamente excluidos del título sucesorio *ab intestato* mediante las sentencias que se dictan en procesos ordinarios[59]

por las secciones civiles de los tribunales municipales populares, a cuyo tenor se modifica el juicio de notoriedad notarial contenido en las declaraciones de herederos previamente autorizadas por fedatarios públicos para disponer la inclusión de aquellos que no fueron en su momento llamados. No existe margen a la duda de que se viabiliza así la obtención de un título sucesorio distinto al testamento y a la declaración de herederos, y ello no ya en el ámbito de disquisiciones teóricas, sino en el concreto escenario de la aplicación del Derecho nacional.[60]

Nótese, además, cómo no se cuestiona en ningún ámbito la necesidad de la titulación legitimaria del preterido en los casos en los cuales los efectos preliminares han sido reductores y no nulificantes, o sea, cuando se satisface su derecho mediante la reducción de disposiciones testamentarias[61] de actos efectuados en vida del testador a título gratuito o mediante los ajustes que acuerdan los implicados tras la preterición, o que previene el testador para evadir los efectos preliminares invalidantes de su voluntad. En todos estos casos el preterido adquiere como legitimario en atención a una titulación propia[62] que únicamente se entiende procedente de la norma en cuanto a contenido y de las sentencias que estimen la reducción, de los acuerdos o de las previsiones testamentarias –según el caso– en cuanto a forma. Es la independencia de esa titulación la que permite tal estado de cosas, aunque pasa inadvertida y aunque también tribute que la reducción de disposiciones testamentarias no está prevista como una de las causas de apertura de la sucesión intestada.[63]

La titulación legitimaria no es una construcción a ultranza para la salvaguarda del preterido, sino, por el contrario, una institución propia y fundamental de la sucesión forzosa.[64] Rige cualquiera que sea la vía por la que el legitimario realiza

su derecho, sea la escogida por el testador o la que la norma establece en su defecto, por lo que es a su amparo que debe desplegarse la debida tutela al sucesor forzoso. El contenido del título legitimario está regulado por normas de *ius cogens,* y por tanto prevalece frente a cualquier otra titulación sucesoria que pueda ostentar; sin embargo, la falta de previsión normativa en este sentido hace tambalear en la operatividad jurídica todos estos elementos.

Se yergue además como puntal para el sostén de este análisis que las acciones de complemento tienen naturaleza exclusivamente rescisoria o reductora. Su resultado se limita a la disminución de los efectos de los actos que violan la legítima, pero no llegan a atribuir nada al legitimario afectado. La adquisición se materializa posteriormente ante notario o tribunal a partir de la sentencia estimatoria de las acciones de complemento,[65] exigida no como título sucesorio del legitimario, sino como prueba de la ineficacia del acto que quebranta la intangibilidad de la legítima y permite el reintegro del contenido restante de la porción no disponible.[66] Tal estado de cosas tiene lugar siempre de este modo, incluso cuando la atribución insuficiente se produce por título sucesorio distinto al de legitimario (legatario o heredero voluntario) y hasta por actos *inter vivos*, sin que el legitimario, por tanto, tenga titulación sucesoria alguna distinta a la de simplemente legitimario.[67] Lamentablemente estas luces no alcanzan a alumbrar las vías de adquisición del preterido.

De igual modo la eficacia de los legados que no excedan la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente es otro de los efectos de la preterición más allá de las acciones impugnatorias, por lo que pudiera tratarse más bien de un efecto definitivo. De su previsión por el legislador cubano en el artículo 495 pudiera interpretarse que fue

ratio legis de la supervivencia de las atribuciones particulares, la regulación de la acción de nulidad solo para propiciar el pago de la legítima al preterido, produciendo la apertura de la intestada únicamente para el exceso de la libre disposición resultante de la nulidad tras el cobro de la legítima y la adquisición de los legados. Aunque el precepto no contiene una formulación que permita el despliegue de análisis concluyentes, sí los aproxima a un posible desentendimiento del legislador, sobre la procedencia de la apertura de la sucesión intestada como alternativa de protección legitimaria, al hacer referencia a la porción de la que el testador no puede disponer libremente y ser esta última apreciable solo bajo las égidas de las sucesiones testada y legitimaria.

En otro orden, la acumulación de los pronunciamientos sobre las acciones impugnatorias y la adquisición legitimaria en una misma resolución judicial se muestra improcedente por razones de estricto orden procesal que impone la norma actual.[68] Es además incorrecto que se dispongan judicialmente las vías de adquisición de la porción legitimaria del preterido durante los trámites de ejecución de las sentencias que estiman las acciones por preterición, y por tanto modifican por nulidad o rescisión las cláusulas testamentarias. También en el proceso de ejecución el tribunal ha de observar una estricta e importantísima postura congruente, y en modo alguno puede ejecutar acciones no contenidas en la parte dispositiva de su resolución ya firme.

En estos trámites procesales solo puede hablarse de la indeclinable ejecutoria de oficio que han de librar los tribunales una vez firmes sentencias de este tipo, consistente en la remisión de copia certificada al notario autorizante del testamento modificado y al Registro de actos de última voluntad para que se hagan las anotaciones pertinentes. En el caso de

Cuba ello no constituye dilema alguno dada la regulación del artículo 4 del Decreto Ley 117 de 19 de octubre de 1989[69] que pone en funcionamiento este Registro y ordena su dinámica, contentiva del carácter inscribible de todo acto de última voluntad y sus modificaciones.

Esta propuesta posibilita, sin quebrantar norma ni principio alguno, proveer al legitimario preterido de igual posibilidad de satisfacción de su derecho lesionado que la que se concibe para el protegido por el testador. Así encuentra aplicación el principio informador de la sucesión forzosa y consagrado en algunos ordenamientos[70] de que "la preterición no perjudica la legítima" porque el legitimario protegido y el preterido gozarían de la misma tutela a sus derechos, y ello constituye el pilar fundamental de la efectiva protección en el sistema legitimario romano. Por último, en la articulación de los efectos definitivos de la preterición deben tenerse cuenta los siguientes aspectos:

a) Necesidad de su regulación expresa.
b) Articulación sustentada en la independencia de la sucesión forzosa capaz de reportar un título sucesorio propio al legitimario justificativo de su adquisición.
c) Admisión de la adquisición definitiva de la porción legitimaria del preterido a partir de la vigencia de su titulación sucesoria, sin acudir a la sucesión intestada, mediante escritura pública notarial de adjudicación de herencia, autorizada por notario público en los casos de aquiescencia al respecto o a través de resolución judicial firme que ponga fin al correspondiente proceso sucesorio.
d) Regulación imperativa de este sistema de efectos.
e) En ausencia de litis, el ejercicio judicial de las accio-

nes preliminares ha de ser tenido en cuenta como presupuesto indispensable, y de resultar un contexto de conflicto, las acciones preliminares constituirán cuestiones prejudiciales del proceso de adjudicación de la legítima.

Retomando la idea inicial de este epígrafe, y luego de haber formulado las propuestas para la adecuada regulación normativa de cada grupo de efectos, valga sentar que primero la reglamentación negativa del sistema legitimario romano, y luego la disponibilidad de los efectos preliminares de la preterición, conducen a la necesidad de que se ejerciten con éxito las acciones impugnatorias de las disposiciones inoficiosas del causante como presupuesto de la delación legitimaria a favor del preterido. Solo el pronunciamiento judicial atinente, a falta de alternativa convenida entre los implicados, destruye la eficacia y con ello la aparente legalidad de los actos del causante violatorios de la intangibilidad de la legítima, a la vez que constituye título demostrativo del llamamiento del preterido a la sucesión forzosa. Es así que se logra la complementación, nunca exclusión, de los sistemas de efectos, de tal suerte que el ejercicio de las acciones preliminares no permite la directa adquisición de la porción que proporcionan los efectos definitivos, cuyo despliegue, sin embargo, se produce solo a consecuencia del exitoso ejercicio de las indicadas acciones.

Notas

1 *Vid*. Carlos Augusto Sotomayor Bernos: "Perú", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del

Notariado Español, Madrid, 1995, p. 781; R. Suárez Franco: *Derecho de…, op. cit.*, pp. 320 y 321, y E. García Cima de Esteve: "Argentina"…, *op. cit.*, p. 139. Esta autora afirma que el legitimario que insta la reducción tiene reconocida la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de bienes afectados por el ejercicio de esta acción.

2 El legislador cubano lamentablemente los regula desde la óptica de la eficacia testamentaria y no en dirección a la protección del preterido.

3 Igual fórmula contiene el art. 814 del Código Civil español. Los legisladores forales en España se han decantado entre varias alternativas: En Aragón, los arts. 507 y 508 prevén efectos reductores; en Cataluña, el art. 422 7 establece una suerte de ineficacia por preterición que no llega a calificar; en Galicia, mediante fórmula muy parecida a la del Código Civil español, el art. 258 al parecer atribuye efectos reductores de las disposiciones testamentarias a la preterición intencional, y el art. 259, efectos nulificantes de la institución de herederos y reductores del resto de las cláusulas a la preterición no intencional y en Navarra, el art. 271 para todos los tipos de preterición dispone solamente la nulidad de la institución de heredero testamentaria.

4 *Vid*. Resolución de 4 de mayo de 1999 (RJ\1999\3251) de la Dirección General de los Registros y del Notariado que establece que "ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General (…), que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina –conforme al art. 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981– la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que estos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues 'los in-

teresados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia', y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia." Constituyen antecedentes de esta Resoluciones las dictadas por la misma entidad el 20 de mayo de 1989, el 30 de junio de 1910, el 31 de enero de 1931 y el 10 de mayo de 1959.

5 En los sistemas legitimarios de naturaleza germana es viable la renuncia incluso anticipada al fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre este y sus reservatarios, *v. gr.,* párrafos 2346 y 2348 del BGB. Algunos ordenamientos forales en España, influenciados por este sistema, la admiten igualmente, no obstante su esencia romanista y la prohibición que al respecto rige en los sistemas de ese corte. *Vid.* leyes 155 y 156 del Fuero Nuevo de Navarra y el art. 177.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón. S. Cámara Lapuente: "¿Derecho europeo…", *op. cit.,* p. 1220.

6 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit.*, p. 41, y "El deber formal…", *op. cit.*, p. 78 y ss.; M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* p. 887; M. Martínez Escobar, *Sucesiones testada…,* tomo I, *cit.* pp. 253 y ss.; J. J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones…*, t. II, *op. cit.,* p. 1922. Afirma este autor que no es necesario que se declare judicialmente la nulidad de la cláusula testamentaria de declaración de herederos cuando: "los designados y los preteridos se distribuyen la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada (...); los interesados al amparo del art. 1058 del Código Civil español, prescinden de las disposiciones testamentarias y acuerdan distribuirse los bienes conforme les convenga y cuando el preterido renuncia a impugnar la institución testamentaria (…) así parece admisible también que queda sanada la preterición si el preterido se contenta con cualquier otra solución transaccional, incluso inferior a sus derechos legitimarios."; F. Lledó Yagüe: "La tutela…", *op. cit.,* p. 2543; L. Ro-

ca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 595; J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* p. 225; R. M. Méndez y A. E. Vilalta: *Acciones...*, *op. cit.,* p. 14; C. Vattier Fuenzalida: "Artículo…", *op. cit.,* p. 933; J. M. Fernández Hierro: *La sucesión…, op. cit.,* p. 402; T. Kipp: *Derecho…,* vol. II, *op. cit.,* p. 285; M. Ferrer: "Artículos 3591…", *op. cit.,* p.166; L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 598, y J. Binder: *Derecho de…, op. cit.*, pp. 224 y 225.

7 Fornieles indica que esta renuncia solo puede validarse cuando sea expresa. *Vid*. S. Fornieles: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* p. 92. Según Jiménez González, la renunciabilidad de los efectos de la preterición es posible a través de la confirmación por parte del legitimario de los actos y disposiciones del testador violatorios de su derecho. *Vid.* V. M. Jiménez González: "Paraguay"…, *op. cit.*, p. 759.

8 *Vid.* J. A. Martín Pérez: "Sección Quinta…", *op. cit.*, p. 1528*;* M. J. López Frias: "Comentario…", *op. cit.*, p. 1785.

9 Sobre el tema, *vid*. María del Carmen Gete-Alonso y Calera: "Legítima", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* no. 12, Madrid, 1986, pp. 3851-3860, y Sentencia de 20 de junio de 1986 (RJ\1986\4558) del Tribunal Supremo español que en sus Considerandos séptimo y octavo contiene algunas interesantes valoraciones.

10 *Vid*. L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 265. No obstante, valga la contundencia del razonamiento en contra, orientado hacia las implicaciones de orden público que produce la renunciabilidad legitimaria en un régimen asistencial y sobre todo en el que rige un sistema de asistencia social que vería engrosados sus deberes de patrocinio, por la voluntaria colocación de un sujeto en situación de precariedad económica irreversible, a partir de la renuncia a su condición legitimaria.

11 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Artículo 814", *Comentario del Código Civil*, bajo la coordinación de Cándido Paz-Ares Rodríguez y Luis Díez Picazo, t. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2008 y 2009, y "La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981", ponencia desarrollada ante el Pleno de Aca-

démicos de Número durante 1982, Madrid, pp. 110 y 111; L. Diez-Picazo y A. Gullón: *Instituciones…,* vol. II, *op. cit.,* p. 327*;* M. J. López Frías: "Comentario…", *op. cit.*, pp.1783 y 1784; J. M. Rey Portolés: "Comentario…", *op. cit.,* p. 359; C. López Rendo: "Reflexiones…", *op. cit.*, pp. 40, 53. Torres García y Domínguez Luelmo dejan muy claro que la indisponibilidad de la legítima para el testador se produce solo respecto a la limitación de no disponer de la porción legitimaria, sino a favor de los legitimarios. *Vid*. T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima… I", *op. cit.*, p. 1843; F. Lledó Yagüe: "La tutela…", *op. cit.,* p. 2527. García Moreno en cambio ofrece una valoración diferente de la cuestión. *Vid.* J. M. García Moreno: "La preterición...", *op. cit.,* pp. 685 y 686. Fernández-Díez y Bolás Alfonso van más allá en la concepción de este poder dispositivo del causante cuando afirman que en testamento puede prever consecuencias distintas de las legales para la preterición en los supuestos en los que no haya incumplido con intención su deber legitimario. *Vid.* I. Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado…, op. cit.,* pp. 220 y 259, y J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.*, p. 196. En todos estos criterios se han apoyado sus autores en la regulación del último párrafo delart. 814 del Código Civil español: "A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador". No obstante se han vertido criterios contrarios. *Vid*. R. M. Méndez y A. E. Vilalta: *Acciones…, op. cit.,* pp. 14 y 15, y J. M. Busto Lago: "Artículos 806 al…", *op. cit.,* p. 963.

12 J. B. Vallet de Goytisolo: "El deber formal…", *op. cit.,* p. 76, y "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, no. 4, Madrid, 1951, p. 1350.

13 En cambio, el art. 3602 del Código Civil argentino se ocupa del tema.

14 *Vid*. Mikel M. Karrera Egialde: "Sentencia de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415)", *Cuadernos de Jurisprudencia Civil,* no. 88, Madrid, 2012, pp. 116 y 117.

15 R. Linares Noci: "La preterición intencional…", *op. cit.,* pp. 1579 y ss.

16 Coadyuva también a la valía de la disponibilidad a cargo del testador, el paralelismo que puede establecerse con la admisibilidad de la

exclusión testamentaria de los sucesores legales, de modo que si el testador puede alterar el orden de llamamientos a su herencia intestada, cuyos preceptos reguladores, aunque supletorios son también imperativos, por los mismos fundamentos –adicionando solo que se procuraría por este conducto una variante de protección al preterido– debe concederse al testador la facultad de influir en las consecuencias del incumplimiento de su deber legitimario. Esta facultad del testador ha sido incluso regulada por el Código Civil alemán en su párrafo 1938, de modo que su viabilidad rebasa el ámbito de los análisis doctrinales. *Vid.* S. Cámara Lapuente: *La exclusión…, op. cit.,* p. 28.

17 Prevén la acción de nulidad de la institución de heredero testamentaria el Código Civil español para los supuestos de preterición no intencional de los hijos y demás descendientes, art. 814; el Código Civil de Perú en su art. 806, aunque este último con una redacción que deja margen a la duda de si se trata en efecto de la previsión de la nulidad parcial de la cláusula o de su reducción. También el art. 742 del Código Civil puertorriqueño establece la nulidad de la institución de heredero. *Vid.* E. Martínez Moya: "Puerto Rico"…, *op. cit.,* p. 814.

18 J. M. Miquel González: "Preterición no intencional de todos…", *op. cit.* p. 552; "Preterición", *op. cit.*, p. 5364; y "Legítima material…", *op. cit.,* p. 530.

19 *Vid.* notas 167 y 168. Recientemente la última posición dictaminada por la Dirección General de los Registros y del Notariado el 13 de septiembre de 2001 (RJ\2002\2410) se decanta por la inviabilidad de la procedibilidad de oficio de la nulidad derivada de la preterición: "La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código Civil prevé para el caso de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, la 'anulación' de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y este término con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que

incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del *ius discendi nullum* por la querella *inofficiosi testamenti*. En segundo lugar, habrá de observarse que el art. 814 del Código Civil, al declarar la anulación de todo el contenido patrimonial del testamento que incide en preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, no hace distinción de supuestos, de modo que el significado que se atribuya al término *anulación* deberá aplicarse a todos, y es evidente que para muchos de ellos resulta incuestionable que la ineficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisará, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad. En tercer lugar, el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (*cfr.* art. 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (*cfr.* art. 658 del Código Civil), más parece avalar la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, que la solución contraria (…). Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si, en el pleito consiguiente, la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia." García-Bernardo la considera una acción de nulidad que requiere ser declarada, pero mediante interesante posición, aunque no compartida; estima que en ocasiones requiere pronunciamiento judicial a instancia de parte interesada y en otros no es necesario y procede declararse de oficio. *Vid.* A. García-Bernardo Landeta: "Preterición formal…", *op. cit.*, pp. 375 y 376.

[20] *Vid*. Resolución 1 de 13 de octubre de 2005 de la Dirección General

de los Registros y del Notariado de España que en su cuarto apartado establece que "respecto de la primera cuestión es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (elaborada en sede de preterición pero aplicable a otros supuestos de nulidad de disposiciones patrimoniales testamentarias) que los herederos pueden apreciar la existencia de causa de nulidad de una disposición y actuar en consecuencia con el fin de salvaguardar derechos dignos de tutela, evitar largas dilaciones y los costes que pueden llegar a agotar el caudal hereditario. Para que ello sea posible es preciso contar con el consentimiento de los eventuales perjudicados por una declaración de nulidad, pues con ello se cierra el círculo de legitimaciones que serían precisas en un procedimiento judicial." *Vid*. también G. Ortega Pardo: "Heredero testamentario…", *op. cit*., p. 346.

21 *Vid*. M. A. Moreno del Valle: "Los efectos…", *op. cit.,* pp. 258 y 259.

22 En una segunda línea de análisis pudieran posicionarse argumentos atinentes a que solo puede entenderse que, tras la nulidad de la cláusula de heredero testamentaria, el testamento anterior resulta eficaz si había sido revocado por su incompatibilidad con la cláusula de institución de heredero devenida nula por la impugnación del preterido, dados los efectos retroactivos de esta causal de ineficacia negocial. Aunque la voluntad derogatoria haya quedado implícita en el segundo otorgamiento, si estuvo contenida solo en la cláusula de institución de heredero, la carencia de efectos que la nulidad reporta al negocio que invalida, impide cualquier intento de preservación de la voluntad revocatoria.

23 En este sentido, desde el 13 de enero de 1918 el Alto Foro cubano en su Sentencia 11, al privar de acción a una hermana del testador, como su pariente más cercano, para pedir la nulidad de un testamento, porque con la declaración de dicha nulidad no adquiría la condición de heredera *ab intestato* del causante, por existir un testamento anterior. *Vid.* M. Martínez Escobar: *Sucesiones testada…,* t. I, *op. cit.,* p. 148, que además afirma: "Si el testamento revocatorio es declarado nulo en su totalidad, como consecuencia de la nulidad declarada, readquiere su eficacia el revocado. La nulidad alcanza a la revocación.

Desapareciendo el último testamento resurge la situación anterior que existía al otorgarse."

24 *V. gr.*, art. 1218 del Código Civil de Chile, arts. 3600 y 3601 del Código Civil de Argentina, art. 1276 del Código Civil de Colombia y art. 1008 del Código Civil de Uruguay. Suárez Franco afirma que en Colombia el preterido no necesita reformar el testamento porque el art. 1276 del Código Civil lo reconoce como instituido, y por tanto la reforma se produce solo para el complemento. *Vid*. R. Suárez Franco: *Derecho de…, op. cit.*, pp. 305 y 306. Por su parte, García Cima de Esteve asegura que en el contexto jurídico argentino se ejercita la acción de reforma o reducción solo para remediar las lesiones legitimarias producidas por liberalidades efectuadas en vida del testador. *Vid.* E. García Cima de Esteve: "Argentina"…, *op. cit.*, p. 139. Según Armella, en Colombia el preterido no tiene más que intervenir en el proceso judicial sucesorio para lograr adquirir su porción, y solo en aquellos casos en los que el ejercicio de las acciones sean ejercitadas por el preterido después de la partición es que deberá promover un proceso sucesorio. *Vid.* Cristina Noemí Armella: "Colombia", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 382-383. Bonilla Anido deja claro que la equiparación que establece el legislador uruguayo entre el legitimario omitido y el protegido por el testador se produce solo a los efectos de atribuirle *ex lege* la titulación de legitimario al preterido, pero la integridad de su porción tiene que lograrla mediante el ejercicio de las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima. *Vid.* R. Anido Bonilla: "Uruguay"…, *op. cit.,* pp. 912 y ss.

25 *V. gr.*, art.1261 del Código Civil de Ecuador, art. 888 del Código Civil de Venezuela y art. 1068 del Código Civil de Bolivia. En el caso del ordenamiento ecuatoriano, afirma Ycaza Garcés que tras la reforma el preterido adquiere por los cánones de la sucesión intestada, análisis enrevesado si se atiende a que precisamente la reforma permite

reducir las disposiciones testamentarias para la satisfacción del preterido sin desmembrar innecesariamente la voluntad del causante. *Vid.* Francisco Xavier Ycaza Garcés: "Ecuador", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, p. 509.

26 *Vid.* E. A. Zannoni, *Manual de…, op. cit.,* p. 559. Considera Caravia Díaz que a través del ejercicio de la acción de reforma los herederos preteridos recibirán su legítima como verdaderos legitimarios, pues no devienen herederos legales ni testamentarios. *Vid.* E. Caravia Díaz: "Efectos de la preterición…", *op. cit.,* p. 79.

27 *Vid.* nota 151.

28 S. Fornieles: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* pp. 97 y ss.

29 *Vid.* E. A. Zannoni: *Manual de…, op. cit.,* p. 517, y F. A. M. Ferrer: "Artículos 3591…", *op. cit.,* pp. 173 y ss.

30 J. K. Fernández Martell: "La reducción…", *op. cit.,* pp. 21 y ss.

31 *Vid.* 1.2.2. y M. Albaladejo: *Curso de…,* vol. V, *op. cit.* pp. 392 y 393. *Vid*. además la propuesta que en este sentido ofrece J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit*., pp. 5344 y 5345.

32 *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.,* p. 480; Juan Alfredo Obarrio Moreno**: "**La preterición en los *Commentaria* del jurista Cerdán de Tallada", *Revista General de Derecho Romano,* no. 11, Madrid, 2008, p. 6, y *La preterición…, op. cit,*. p. 74, y A. García-Bernardo Landeta, "La preterición…", *op. cit.,* p. 91. Sin embargo, desde el propio Derecho romano Fernández Camus considera que la nulidad testamentaria por violación de la legítima tiene como límite el interés del querellante y, obtenido su resultado, por sentencia se ordena la restitución y se condena al demandado siguiendo las reglas establecidas para la acción de petición de herencia. Aunque Justiniano no llegó a compilar este particular, según el indicado autor, el análisis de los textos de la época conduce a la conclusión de que aperturar la intestada es una teoría exagerada porque va más allá de la intención de los legisladores de la época. *Vid.* E. Fer-

nández Camus: *Varias conferencias…*, *op. cit.,* p. 182.

[33] *Vid.* 1.1.5.

[34] En cambio, en el Código Civil español pueden presentarse dos situaciones en dependencia de la intencionalidad o no de la desprotección. Coinciden buena parte de los autores en que si se ha preterido erróneamente a los descendientes, habrá que abrir la intestada, con el debate de si se hace para conferir la total cuota *ab intestato* (*vid*. M. de la Cámara Álvarez: *Compendio …, op. cit.*, p. 215; F. Lledó Yagüe: "La tutela…", *op. cit.,* p. 2548; M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, p. 426; L. Roca-Sastre Muncunill: "Casuística legitimaria…", *op. cit.,* p. 596; José María Miquel González: "Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio 2002 (RJ 2002, 8237)", *Revista De Derecho Patrimonial*, no. 10, Madrid, 2003, p. 439; J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.*, p. 227; M. A. Moreno del Valle: "Los efectos…", *op. cit*. p. 264; S. Espiau Espiau: "Nulidad de…", *op. cit.,* p. 610, e I. Garrote Fernández-Diez: *El testamento viciado…*, *op. cit.*, p. 219), la legítima estricta (*vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: *Observaciones…*, *op. cit.,* p. 45, y Sentencia de 13 de julio de 1985 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español (RJ\1985\4052), Cuarto Considerando: "Está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio, y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el art. 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que reconoce actualmente el Código Civil español en la redacción dada al precitado art. 814 por la Ley 11/1981 de 13 de mayo."), la larga (*vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Observaciones…*, *op. cit.,* p. 57.); si se apertura solo con respecto al preterido (*vid.*

T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I", *op. cit.*, pp. 1850 y 1851, y J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.*, p. 527), a todos los legitimarios o a todos los sucesores legales y en estos tres casos si se hace respecto a la legítima individual vulnerada (*vid*. M. Peña Bernaldo de Quirós, *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: *Observaciones…, op. cit.,* p. 44.) o a la global. Sin embargo, no existe igual consenso en los supuestos en los cuales ha existido preterición no intencional del resto de los legitimarios o intencional de cualquiera de ellos, pues se debaten los autores entre la apertura de la intestada (*vid.* J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* pp. 224 y 225, y A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* pp. 63 y 64.) y la determinación del título directo de adquisición de su porción sin tener que acudir a otro tipo de sucesión. Por este criterio parecen haberse decantado el Tribunal Supremo español en el Tercer Considerando de la Sentencia 981 de 7 de octubre de 2004 (RJ/2004/6230) y la Audiencia Provincial de Madrid, esta última cuando en casos en los que estimó intencionalmente preteridos a legitimarios dictó la Sentencia de 23 de junio de 1999 cuyo fallo dice así: "Debiendo declarar como herederos forzosos de don J. del V. A. por mitad y por partes iguales a don L. del V. B. y a doña M. A. P., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge viudo," y la 129 de 10 de marzo de 2005 "en el único sentido de declarar el derecho de las demandantes Dª. Araceli y Dª. Mónica a la cuota que les corresponda sobre el tercio de legítima estricta en la herencia de sus difuntos abuelos, lo que comporta la estimación en parte de la demanda en su día deducida," conclusión a la que se arriba a partir de los pronunciamientos de reconocimiento directo de los derechos legitimarios de los preteridos sin atender a condición sucesoria distinta. Igual criterio negativo de la apertura de la intestada sostienen Roca-Sastre Muncunill, Reverte y Rivera que afirman que en estos casos la ley configura un título autónomo con el que el preterido pueda acceder a su cuota. *Vid*. L. Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de…,* t. II, *op. cit.,* p. 592; A. Reverte Navarro: "Reflexiones...", *op. cit.,* p. 4147, y M. Rivera Fernández, "Ar-

tículos 814…", *op. cit.,* p. 842.

35 *Vid*. M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, p. 423.

36 *Vid*. J. M. Miquel González: "Legítima material…", *op. cit.,* pp. 532 y 533.

37 *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit.*, pp. 38 y 39.

38 *Vid*. M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…*, *op. cit.*, p. 369.

39 La Sentencia 422 de 18 de noviembre de 2011 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular resuelve recurso de casación en el que precisamente se fundamentaba el quebrantamiento en la declaración de heredero especialmente protegido del preterido que en la sentencia interpelada se dispuso, en lugar –según el casacionista– de disponerse la apertura de la sucesión intestada y al respecto se consideró en la indicada resolución, pero nada fue dispuesto por el tribunal. *Vid.* el Único Considerando y el fallo de la Segunda Sentencia: "Acreditado como se encuentra en las actuaciones la existencia de una menor hija del causante que por consiguiente con relación a él adquiere la categoría de heredera especialmente protegida que prevé el inciso a) del apartado 1) del art. 493 del Código Civil, al ser desconocida en el testamento que otorgó a favor de persona distinta, ello deviene clara situación de preterición que invalida dicha institución y que obliga acudir a la persona interesada a los trámites de la herencia intestada, lo que no desvirtuado con las pruebas aportadas por la demandada en el proceso, obliga resolver como se dirá: FALLAMOS: Declaramos CON LUGAR la presente demanda en proceso ordinario establecida por (…) en representación de su menor hija (…) contra (…), y consecuentemente se anula el acto de institución de herederos contenido en la Escritura 215 de 7 de mayo de 2004 sobre testamento otorgada por (…) ante la notario (…), el que queda sin valor ni efecto alguno." Años antes la misma Sala en su Sentencia 120 de 28 de febrero de 2005 en su Único Considerando refleja que por derivación de la precedente nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria se produjo la apertura de la sucesión intestada, solo como elemento de hecho y no de Derecho incorporado a la resolución judicial: "Lo cierto es que por sentencia firme se dispuso la nulidad

del acto jurídico consistente en testamento notarial contenido en la Escritura número (...) otorgada (...) por el hecho de haberse infringido lo concerniente a la designación del heredero especialmente protegido, en este caso un hijo menor de edad, por lo que intrascendente resulta que con posterioridad a la firmeza de dicha sentencia dicho menor hubiere abandonado el país definitivamente, pues para entonces ya había surtido todos los efectos legales en cuanto a la nulidad del mencionado instrumento, abriéndose así la sucesión intestada como en efecto fue verificado, alcanzando por tanto tal nulidad a los actos realizados en virtud del instrumento declarado nulo, en este caso, el acto jurídico de Aceptación y Adjudicación de Herencia contenido en la correspondiente escritura, respecto al cual se interesó su nulidad en el presente proceso."

40 En 1985 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español emitió pronunciamiento contenido en la Sentencia de 13 de julio (RJ\1985\4052) que decantó por lo inadecuado de acumular en un solo dictado pronunciamientos relativos a los efectos preliminares y a los definitivos cuando en su Tercer Considerando se afirma: "Instada por la demandante, ahora recurrida (...), declaración de ser ella única y universal heredera *ab intestato* del causante (…), en el concepto de hija natural de este, 'sin perjuicio de obtener previamente la declaración de este derecho, mediante el oportuno expediente judicial; todo ello por efecto de la anteriormente aludida preterición' –refiérese a la de dicha demandante (…) sobre la que se ha solicitado declaración en el pedimento A) (…) y declarado abiertamente en la sentencia recurrida 'única y universal heredera abintestato del causante (…) a su hija natural (…), sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo (…)', sin obtención previa de ese derecho mediante el oportuno expediente judicial, al que ese pronunciamiento se supeditaba, ciertamente conduce a la apreciación de la situación de incongruencia denunciada, pues que se concede en realidad más de lo cualitativamente pedido, ya que se hace la declaración de derechos sucesorios en una amplitud –único y universal heredero– que

requería su previa declaración en el procedimiento adecuado, cual es el de declaración de herederos, que si ciertamente puede obtenerse en juicio declarativo, ha de ser con adaptación a las exigencias prevenidas en la Sección II, del título IX, del libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre ellas la información testifical y preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, y dictamen de este, cual exige con relación a los que pretenden ser descendientes del finado el art. 980, en concordancia con el 979, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha sido omitido en el juicio en cuestión, creando un aspecto impeditivo de pronunciamiento en él de declaración de tal naturaleza." Cuarto Considerando: "Aun en el supuesto de que se cumpliesen las demás exigencias que el legislador requiere para la declaración de herederos de descendientes en concurrencia con cónyuges, a fines de determinación de sus derechos hereditarios, y el alcance que los mismos pudieran tener con proyección al cónyuge supérstite declarado heredero en testamento con preterición de hija natural reconocida, la indicada circunstancia de haberse omitido al Ministerio Fiscal, en el juicio motivador de esta resolución, cual en todo caso es preceptivo según viene dicho por expresa disposición del art. 980 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es asimismo revelador de una clara situación en orden al relacionado pedimento B) de la súplica del escrito inicial de demanda, reiterado en réplica, generante de excepción al respecto de litis consorcio pasivo necesario, y que por venir subordinada a tal pedimento alcanza a lo solicitado en el pedimento C) de la propia demanda, también reiterado en réplica, y cuya situación excepcionante obstativa es apreciable de oficio según reiterada doctrina jurisprudencial –Sentencias de esta Sala, entre otras, de 29 de mayo de 1981 (RJ 1981\2145), 9 de marzo, 15 de abril y 5 de diciembre de 1982 (RJ 1982\1294, RJ 1982\1951 y RJ 1982\7460) y 16 de mayo de 1983 (RJ 1983\2824)–, impidiendo entrar en el examen de las cuestiones que tales pedimentos plantean al no poder ser decididas sin oír sobre ellas al Ministerio Fiscal, al ser precisa su audiencia." Fallo: "Estimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por omisión de

traída al juicio al Ministerio Fiscal en orden a la pretendida declaración de herederos, y estimando en parte la demanda rectora de dicho juicio con relación a las pretensiones no afectadas por dicha excepción formulada por (…) contra (…) declaramos preterida en el testamento de (…) a la actora (…) y, por tanto, inválida y nula la institución de heredero universal a favor de su cónyuge, aquí demandada Doña FDA; y sin entrar a decidir, y en consecuencia sin pronunciamiento alguno, en cuanto a las demás pretensiones instadas en la súplica del escrito de demanda inicial, reiteras en réplica, de las que veda su examen las cuestiones de fondo la situación excepcionante en cuanto a ellas de litis consorcio pasivo necesario acogida por no haber sido traído al proceso el Ministerio Fiscal, y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia." Sin embargo, no fue esta la posición asumida en toda la labor forense posterior, *v. gr.,* Sentencia 51 de enero de 1991 del Tribunal Supremo de Justicia (RJ\1995\388) que declaró que procedía anular la institución de heredero hecha en testamento, reducir por inoficioso el legado a favor de la esposa, abrir la sucesión intestada del haber hereditario restante, entre otros pronunciamientos; Sentencia 310 de 6 de abril de 1998 dictada por el Tribunal Supremo de Justicia (RJ\1998\1913) en la que se dispuso "que con estimación parcial del presente recurso ha lugar a la casación parcial de la recurrida sentencia (…) en sustitución parcial de lo resuelto por dicha sentencia, esta Sala acuerda que, estimando parcialmente la demanda formulada en el referido proceso por (…), debemos acordar y acordamos lo siguiente: 1) la nulidad de la institución de heredero, hecha por la causante (…), en su testamento (…), en favor de (…), aunque solo y exclusivamente en la medida en que dicha institución de heredero perjudique la legítima estricta o corta del demandante (…) en la herencia de su madre, manteniéndose subsistente en todo lo demás la validez de dicha institución de heredero, así como también se mantiene subsistente la validez de los legados hechos por dicha causante en favor de sus nietos (…) en la medida en que tales legados no perjudiquen la referida legítima estricta o corta del de-

mandante; 2) se adjudique al demandante D. J parte que le corresponda por su legítima estricta o corta"; Sentencia de casación 669 de 22 de junio 2006 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia (RJ\2006\3082), en cuyo Fallo se consignó: "Que debo estimar y estimo la demanda formulada por (…) y en consecuencia debo declarar y declaro nulo el testamento otorgado por el causante (…), como consecuencia de la preterición no intencional del heredero forzoso menor declarándolo único y universal heredero del causante mencionado", y más recientemente el alto foro español en su Sentencia 725 de 9 de julio de 2002 de la Sala Civil del Tribunal Supremo (RJ\2002\8237), ratificó: "Que desestimando las excepciones opuestas, estimo parcialmente, con desestimación parcial, la demanda interpuesta por (…) contra (…) y trayendo causa de su fallecida madre, la inicialmente codemandada (…), y A) declaro la paternidad del fallecido don (…) respecto de los demandantes, con todos los efectos a tal declaración incluido el derecho de los actores a ostentar como primer apellido el de su progenitor. B) declaro a los (…) herederos forzosos de su fallecido progenitor (…) con derecho, en su condición de legitimarios preteridos intencionalmente por el testador, a su estricta legítima en los bienes de la herencia, con la consiguiente reducción de la institución de heredero (…) en los términos razonados en el fundamento de derecho 4 de reintegrar la masa hereditaria para el pago de legítima estricta correspondiente a los demandantes preteridos, o en su caso indemnizarles el valor de los bienes con sus frutos que constituyen la misma al óbito del causante, esto es con arreglo a lo prevenido en el artí.808 del Código Civil, las dos novenas partes del haber hereditario, a razón de una novena parte para cada demandante a determinar, en su caso, en ejecución de sentencia."

41 Al respecto *Cfr.* J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit.*, pp. 41 y ss.

42 *Vid.* 2.1.2 y nota 201.

43 *Vid.* M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.*, p. 426. En contra, Fernández-Diez porque no obstante reconocer los drásticos efectos

de la nulidad, acaba por justificarlos al concebir en ellos un cauce al preterido para dar cumplimiento a la voluntad presunta del testador. *Vid.* I. Garrote Fernández-Diez: *El testamento viciado…, op. cit.,* pp. 218 y 219, 259. En la misma línea García-Bernardo Landeta estima que las nulidades tienen la explicación histórica del efecto de la preterición, se aviene al fundamento de la preterición y resuelve conforme los principios del Código español los actos dispositivos del heredero aparente. *Vid.* A. García-Bernardo Landeta: "Preterición formal…", *op. cit.,* pp. 380 y 381.

44 *Vid.* nota 217.

45 En la misma línea, *vid.* M. M. Bermejo Pumar: "Atribuciones legales…", *op. cit.,* p. 105.

46 *Vid.* J. Bolás Alfonso: "La preterición tras…", *op. cit.,* pp. 187 y 188. López Beltrán de Heredia acusa lo absurdo de esta previsión desde la abolición del requisito de adquisición legitimaria exclusivamente mediante la institución de heredero. *Vid.* C. López Beltrán de Heredia: "Algunos…", *op. cit.,* pp. 358, 377. No obstante la fuerza de los antecedentes, el legislador español, con la Reforma de 1981, suprimió la nulidad como consecuencia fundamental y la relegó solo a determinados supuestos, regulación aunque no óptima, menos lesiva. *Vid.* asimismo J. A. Obarrio Moreno: *La preterición…, ob. cit.,* p. 105.

47 Esto ocurre porque, salvo para el testador, el testamento solo produce efectos a partir de la muerte de su autor, por lo que no importa la fecha del otorgamiento sino la de su eficacia.

48 J. K. Fernández Martell: "La reducción…", *op. cit.,* p. 25.

49 Los arts. 1832 y 3062 del Código Civil argentino, y 890 del Código Civil uruguayo, constituyen magníficas propuestas de la prelación reductora que ha de efectuarse por la preterición. *Vid.* R. Anido Bonilla: "Uruguay"…, *op. cit.,* p. 913.

50 J. M. Garcia Moreno: *La preterición de herederos forzosos…, op. cit.,* p. 905.

51 M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* p. 888.

52 *Vid.* J. M. Miquel González: "Legítima material...", *op. cit.,* pp. 533

y 534; López Beltrán de Heredia propone un atinado sistema de efectos que se ajusta al supuesto de violación de la legítima individual y que desconoce la nulidad como posible sanción. *Vid.* C. López Beltrán de Heredia: "Algunos…", *op. cit.,* pp. 385 y ss.

53 *Vid.* G. Lohmann Luca de Tena: "Artículo 806", *op. cit.,* p. 507.

54 Esta es tendencia implantada en la mayoría de los códigos civiles consultados. *V. gr.,* los de Argentina, Chile, Uruguay, Venezuela y Perú no establecen distinción alguna en el orden de los efectos de la preterición de todos o algunos legitimarios. *Vid.* arts. 3715, 1218, 1008, 888 y ss. y 806, respectivamente. En cambio, en el art. 814 del Código Civil español sí se gradúan los efectos según sean todos o algunos los preteridos, pero se prevé solo en los casos de preterición no intencional de descendientes y sin lograr el alcance necesario porque todos los impactos se suscitan en mayor o menor medida también en la porción libremente disponible.

55 *Vid.* L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 289, y G. Lohmann Luca de Tena: "Artículo 806",…, *op. cit.,* p. 508.

56 Esta variante fue la adoptada en la Sentencia 35 de 21 de julio de 2011 dictada por la Sala de lo Civil, lo Administrativo y lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en supuesto de preterición de hija póstuma en testamento otorgado por su padre, en el que se instituyó como heredera voluntaria a la madre del testador, quien a la postre devino heredera especialmente protegida. El testamento cuya impugnación pretendió ante el órgano jurisdiccional la madre de la preterida menor, contenía dos cláusulas: la primera disponiendo la carencia de herederos especialmente protegidos, y la segunda de institución de heredera voluntaria a la progenitora del otorgante. En su Tercer Considerando analiza la Sala "que la nulidad absoluta como consecuencia jurídica de los actos de configuración defectuosa que provoca la invalidación del mismo, así como de los efectos típicos de estos o los previstos por las partes, en cuanto tal, resulta una alternativa de *ultima ratio*, teniendo en cuenta el principio a favor del

negocio jurídico, que informa el Derecho Civil de manera general, favorece la preservación de los actos que en ejercicio del principio de la Autonomía de la Voluntad concierten los sujetos de derecho aun cuando adolezcan de algún defecto siempre que sea susceptible de subsanación por otra vía que no lo invalide jurídicamente, o al menos limitar su alcance solamente a aquellas disposiciones defectuosas, preservando su validez el resto del acto interpelado, razones que justifican que desde el punto de vista legal y doctrinal las causales que la motivan sean *numerus clausus*, complementado por los diferentes libros que regulan una esfera uniforme de relaciones jurídicas, la normativa de la Parte General del Código Civil a partir de la fijación de causales sui géneris que proceden ante determinadas situaciones exclusivas del tipo de la relación jurídica civil objeto de regulación, cual la acción noventa y cinco, apartado 1) del citado texto legal sustantivo, en los supuestos en que se haya preterido a un heredero especialmente protegido, cual acontece en los presentes autos con la menor hija de la reclamante, que ilustrara la convergencia en la menor de los presupuestos para tal calificación, no obstante lo cual, no fue tenida en cuenta por el testador y desconocidos sus derechos en el negocio jurídico testamentario, previsión que sanciona la norma invocada con la ineficacia de la disposición contenida en la cláusula primera y modificación de la segunda del testamento cuyo contenido se impugna, preservando su validez los juicios en él contenidos emitidos por el notario, así como las demás declaraciones en cuanto a que se reserve a la menor la mitad de la herencia que le corresponda, quedando el resto del patrimonio a favor de la persona de la madre del mismo, con ello se alcanzan los fines pretendidos por la reclamante y a su vez se respeta la voluntad del causante, principio de observancia obligatoria para el derecho, en tanto meta suprema del respeto debido a los actos de última voluntad, lo que nos obliga a pronunciarnos como a continuación se consignan." Finalmente, el fallo fue del tenor siguiente: "Que debemos declarar y declaramos CON LUGAR EN PARTE la demanda en proceso ordinario sobre nulidad de institución de he-

rederos establecido por (…), contra (…); en consecuencia, se declara Nula la cláusula primera y se modifica la segunda del testamento otorgado por (…), contenido en la Escritura Pública 215 de 7 de mayo de 2004 autorizada por (…), inscrita al tomo 711 del folio 26 del Registro de actos de última voluntad, instituyéndose como heredera especialmente protegida a la menor (…), así mismo como heredera del remanente del patrimonio de (…), a la señora (…), quedando inalterables el resto de los pronunciamientos." La Sentencia fue revocada por la 422 de 18 de noviembre de 2011 dictada por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

57 Según Goyena Copello, esta fue la alternativa seguida por la tesis amplia de los efectos de la nulidad de la cláusula de institución de herederos testamentarios por preterición concebida en la doctrina argentina para atenuar los drásticos efectos del art.3715 del Código Civil argentino derogado por el vigente en la actualidad. Sus seguidores, so pretexto de respetar la voluntad del testador, se apartaban de la redacción literal del precepto, y aunque anulaban a la cláusula de institución de heredero, entregaban al instituido la porción disponible y al legitimario su cuota. *Vid*. H. R. Goyena Copello: *Tratado de…,* t. II, *op. cit.,* p. 195. De igual modo, afirma Anido Bonilla que cuando el legitimario que había sido omitido obtiene la sentencia de reforma, no recibe una mera sentencia declarativa en la cual se dice que ya era heredero desde la apertura de la sucesión, sino que la sentencia le atribuye esa nueva calidad. Por eso en el contexto jurídico uruguayo se ubica la entrega efectiva de la porción que corresponde al lesionado en el objeto de la acción de reforma y no la atribución de la cualidad de heredero del legitimario. *Vid*. R. Anido Bonilla: "Uruguay"…, *op. cit.,* pp. 910 y ss.

58 Yanet Alfaro Guillén: "De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico", *Revista Cubana de Derecho*, no. 36, La Habana, 2010, pp. 89 y ss.

59 *Vid*. Acuerdo 76, de 14 de junio de 1988 del Consejo de Gobierno del

Tribunal Supremo Popular, recientemente modificado por el Acuerdo 161 de 22 de febrero de 2011: "PRIMERO: El claro tenor de la Disposición Especial Primera de la Ley 50, de 25 de diciembre de 1984, de las Notarías Estatales, exceptúa a estos órganos, entre otros casos, del conocimiento de los procesos sucesorios de declaratoria de herederos en que sea manifiesta la contradicción entre partes, y ello basta para entender que en el supuesto de la omisión de un heredero en que sea manifiesta la contradicción entre partes al extenderse el acta notarial constitutiva de una institución de esa naturaleza, es ante el Tribunal Municipal correspondiente donde debe ventilarse el proceso para obtener su modificación, conforme previene el inciso 5) del art. 5, en relación con el segundo párrafo del art. 537, ambos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, salvo el caso en que todos los interesados acuerden concurrir ante el notario para que extienda nueva acta en tal sentido. SEGUNDO: Una vez firme la sentencia que dicte el tribunal disponiendo la modificación de la instituida y la inclusión de quien inicialmente había sido omitido en el acta, el tribunal debe comunicar lo resuelto al Registro General de Declaratoria de Herederos y al notario autorizante, adjuntándoles copias testimoniadas de la resolución dictada para que se realice la oportuna anotación en el asiento provocado por la remisión de la copia del acta notarial a que se refiere el art. 125 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, lo que es suficiente para producir la inscripción necesaria en el Registro Central de Declaratoria de Herederos del Ministerio de Justicia y al margen de la matriz correspondiente a todos los efectos pertinentes."

60 En estos casos la novación se produce solo en la titulación formal porque la material sigue siendo la ley al tratarse de la sucesión *ab intestato.*

61 Es el caso de los supuestos de preterición intencional en España, de la acción de reforma en los Códigos latinoamericanos consultados y de la reducción de legados del art. 495.1 del Código Civil cubano. *Vid.* M. Rivera Fernández: *La preterición…*, *op. cit.,* p. 417.

[62] *Vid*. M. Peña Bernaldo de Quirós: "La naturaleza…", *op. cit.,* p. 872.

[63] *Vid.* art. 509 del Código Civil cubano.

[64] *Vid*. Otero Valentín, que afirma que la legítima se hace efectiva por derecho propio, no por otro título. *Cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: "Atribución…", *op. cit.,* p. 21.

[65] Nótese que desde la previsión del derecho al suplemento en la Novela 115 de Justiniano, ya el agraviado adquiría directamente el complemento sin acudir a otro título que no fuera el resultado de su reclamo reductor de los actos lesivos del testador.

[66] No obstante, Vallet considera que la acción de complemento no supone una delación complementaria, sino la atribución *ipso iure* de una acción para reclamarlo. *Vid*. J. B. Vallet de Goytisolo: "Apuntes de derecho…", vol. 4, no. 2, *op. cit.,* p. 491, y "El complemento…", *op. cit.*, p. 40. Al respecto, De la Cámara tiene criterio similar porque entiende que en estos casos existe una vocación atípica a título singular, que guardaría cierta semejanza con los llamados legados legales. *Vid.* M. de la Cámara Álvarez: *Compendio…, op. cit.,* p. 231. García-Bernardo niega que tras el complemento el preterido adquiera por una vía sucesoria atípica, porque ello se logra a través de la partición. En lo último acierta el autor por cuanto el resultado del complemento sería solo ofrecer un título declarativo del Derecho, cual titulación sucesoria formal y luego la partición, cualquiera que sea su modalidad, será el título adquisitivo, de modo que su posición no excluye con suficiencia la adquisición atípica que el complemento encauza. *Vid*. A. García-Bernardo Landeta: "La preterición…", *op. cit.,* pp. 58 y 59. Por su parte, O'Callaghan y Rivera advierten que el complemento de la legítima se recibe por el mismo título por el que el causante atribuyó parcialmente la porción al legitimario. *Vid*. X. O'Callaghan: *Código Civil…, cit.,* p. 817, y M. Rivera Fernández: "Artículos 814 al…", *op. cit.,* p. 850. Es cuestionable esta consideración cuando se ausentan los presupuestos necesarios para ello, por cuanto las porciones legitimarias alcanzan la cuantía que la norma establece tras el ejercicio de las acciones de complemento, en atención a la condición le-

gitimaria de los titulares y no a la de heredero voluntario, legatario y mucho menos donatario, por lo que será entonces por aquel título que deben adquirir el suplemento. En contra, apoyando la independencia de esta delación, T. F. Torres García y A. Domínguez Luelmo: "La legítima…I", *op. cit.,* p. 1865; A. Domínguez Luelmo: *El pago en metálico…, op. cit.,* p. 32, y M. Espejo Lerdo de Tejada: *La legítima…, op. cit.*, p. 370.

67 Vallet reconoce que el legitimario puede adquirir la legítima directamente tras el ejercicio de las acciones de complemento cuando dice que en los sistemas donde no existe delación legal forzosa de ese contenido, su atribución *mortis causa* al legitimario solo puede producirse por testamento o *ab intestato*, aparte de su posible complemento por la acción de suplemento y por las de reducción de legados y donaciones. Antes, en otra monografía, el mismo autor había dicho que a través de la reducción de donaciones inoficiosas se adquiere no a título de herencia, sino de legitimario. *Vid.* J. B. Vallet de Goytisolo: *Aclaraciones…, op. cit.,* p. 840, y *Observaciones …, op. cit.,* p. 58. Pérez Gallardo admite de igual modo que en el contexto jurídico cubano y bajo el imperio del art. 494 del Código Civil en los casos en los que el causante incumpla con el deber de legítimas, estos se comportan como meros receptores mediante el complemento por la reducción de legados o de las donaciones inoficiosas. V*id.* L. B. Pérez Gallardo: "Los herederos especialmente protegidos…", *op. cit.*, p. 280. En el ámbito jurídico cubano fueron instrumentados por el notario actuante los actos jurídicos de adjudicación de participación en vivienda como pago de la legítima, entrega de legado y constitución de copropiedad por cuotas sobre vivienda, contenidos en la escritura pública notarial 59 y otorgados el 5 de julio de 2012, a través de la reducción del legado dispuesto por la testadora en perjuicio de la integridad de la porción legitimaria sin el antecedente del ejercicio judicial de la acción reducción. *Vid.* cláusulas Sexta y Séptima: "SEXTA: Que no obstante, al ser el único bien del que se tenga noticia hasta el momento que constituye el caudal patrimonial dejado al fallecimiento de la

testadora (…) y sin que exista litigio alguno, al estar protegida por normas de naturaleza imperativa, inderogables por la sola voluntad de herederos y legatarios, las que atañen a la legítima, la que debe ser pagada antes de proceder a la entrega del legado, so pena de que este no tenga validez, según sanciona el art. 495.2 del vigente Código Civil, de común acuerdo los aquí comparecientes reducen la participación que la menor (…) tiene en el legado sobre la vivienda en que la testadora la beneficiara, de modo que a los fines de pagar la legítima que le corresponde a su tía, la señora (…), representada en este acto por la fiscal (…) se le atribuye por tal concepto como pago de la mencionada legítima asistencial a la que ella tiene derecho como heredera especialmente protegida una participación sobre el referido inmueble ascendente a la mitad de su valor, o sea (…) cuota de participación que se adjudica la señora (…) en plena propiedad, a través de su representante legal, la fiscal (…), quien da por satisfecho el pago de la cuota legitimaria a la que la mencionada heredera especialmente protegida tenía derecho." "SÉPTIMA: Que en este propio acto, y al amparo del art. 505.1, en relación con el artículo 501.1, ambos del Código Civil, la representante legal de la heredera especialmente protegida, ejecuta la entrega del legado (reducido en un 50 % de su valor, exactamente la parte de la que podía disponer libremente la testadora), a los padres, en ejercicio de la patria potestad, como representantes legales de la menor." Esta fórmula, viable ante el acuerdo existente entre legatario y heredero especialmente protegido, disminuye las desdichas por las que atraviesa el legitimario ante el cumplimiento parcial del deber del testador y le proporciona una vía de satisfacción efectiva de sus derechos.

68 *Vid. supra* 3.1.2 ,y téngase además en cuenta que las adjudicaciones hereditarias que tienen lugar por la vía judicial se encausan por los trámites de los procesos sucesorios particionales, que por tener naturaleza especial no permiten su acumulación con ningún otro tipo de proceso. En España ambos procesos integran la competencia de los Juzgados de Primera Instancia *ex* art. 85 apartado 1) de la Ley 6

de 1 de julio de 1985, Ley Orgánica del Poder Judicial, pero las acciones impugnatorias se tramitan mediante juicio ordinario o verbal que tienen naturaleza contenciosa. *Vid*. art. 249 en relación con el 251 apartado 12), ambos de la Ley 1 de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil, mientras que el conflicto de partición y adquisición de herencia se viabiliza mediante el juicio especial de división de patrimonios, en especial el de división de herencia previsto en los arts. 791 y 979 y ss., estos últimos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. En cambio, aseguran Gete-Alonso y González Carrasco que son disposiciones judiciales perfectamente acumulables. *Vid.* M. del C. Gete-Alonso y Calera: "Artículo…", *op. cit*., p. 1207, y Carmen González Carrasco: "Artículos 912-914", *Comentarios al Código Civil*, bajo la coordinación de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1087.

69 El art. establece: "Los actos que constituyan, modifiquen o revoquen la última voluntad de las personas o las declaratorias de herederos y los documentos en que consten dichos actos o declaratorias, deberán inscribirse o anotarse en el Registro".

70 *V. gr.*, art814 del Código Civil español.

Referencias bibliográficas

Fuentes doctrinales:

Albaladejo, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, vol. V, *Derecho de Sucesiones*, 9.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008.

Alcalá Navarro, Antonio: *Código Civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, coordinado por Antonio Salas Carceller, Sepin, Madrid, 2009, pp. 2312-2351.

Alguer, J.: "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil VI", *Revista Jurídica de Cataluña,* XXXVII, 1931, pp. 36-152.

Anido Bonilla, Raúl: "Uruguay", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 859-971.

Álvarez Coperochipi, José A: *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, Madrid, 1990.

Álvarez Nata, Natalia: "Artículos 657 al 661", *Comentarios al Código Civil*, bajo la coordinación de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 820-826.

Antúnez Rojas, Víctor: "De la rescisión particional por causa de preterición de heredero", Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2004 (versión digital).

Arias, José, *Sucesiones:* Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1942.

Armella, Cristina Noemí: "Colombia", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 359-405.

Armella, Cristina Noemí: "Nicaragua", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 695-747.

Barrio Gallardo, Aurelio: "Atemperar la rigidez de la legítima", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, no. 3, Madrid, 2007, pp. 2711-2738.

––––: *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011.

Beltraneda Valladares, Luis: "Guatemala", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 605-622.

Bermejo Pumar, María Mercedes: "Atribuciones legales (Legítimas, derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas)", *Instituciones de derecho privado*, bajo la coordinación general de Juan Francisco Delgado de Miguel, t. V, Sucesiones, vol. 3, *Las atribuciones legales*, bajo la coordinación de Martín Garrido Melero, Civitas, Madrid, 2005, pp. 17-598.

Binder, Julius: *Derecho de sucesiones*, Leyer, Bogotá, 2006.

Bolás Alfonso, Juan: "La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, Madrid, 1983, pp. 177-238.

Borda, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil,* t. II, *Sucesiones,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

Botana García, Gema Alejandra: "Preterición", *Actualidad Civil,* no. 15, Madrid, 2004, pp. 1821-1844.

Busto Lago, José Manuel, "Artículos 806 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 963 - 993.

Cámara Lapuente, Sergio: "¿Derecho Europeo de Sucesiones?: un apunte", *Derecho privado europeo*, bajo la coordinación de Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pp. 1185-1233.

––––: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.

Cámara Lapuente, Sergio: "Testamentary freedom, legal inheritance rights and public order under spanish law", *The Law of Succession: Testamentary Freedom European perspectives,* bajo la coordinación de Miriam Anderson y Esther Arroyo i Amayuelas, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 271-305.

Caravia Díaz, Elena: "Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?", Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo y Teresa Delgado Vergara, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2009 (versión digital).

Clavijo Aguilera, Fausto, "El nuevo Código Civil de Cuba: Recuento y reflexiones", *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, La Habana, 1991, pp. 33-53.

Cobas Cobiella, María Elena y Leonardo B. Pérez Gallardo: "Cuba", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 439-477.

Contreras, Pedro de Pablo: "Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española", *Anuario de Derecho Civil*, t. I XL, fasc. II, Madrid, 1987, pp. 701-711.

Costa, José Carlos: "La legítima en el derecho romano y en el Código Civil argentino", *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano,* vol. I, Universidad de Vigo, 1999, pp. 231-237.

Cuena Casas, Matilde: "Artículo 609", *Código Civil comentado,* dirigido por Ana Cañizares Laso, *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), coordinado por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, pp. 27-36.

De Fuenmayor Champín, Amadeo: "Intangibilidad de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, no. 1, Madrid, 1948, pp. 46-77.

De Gásperi, Luis: *Tratado de Derecho Hereditario,* t. III, TEA, Buenos Aires, 1953.

De la Cámara Álvarez, Manuel: *Compendio de derecho sucesorio*, 2.ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999.

––––: *Compendio de Derecho sucesorio*, 3.ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 2011.

––––: "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos", *Revista de Derecho Notarial*, no. 7, enero-marzo 1955, Madrid, 1955, pp. 7-88.

Delgado Echeverría, Jesús: "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, no. 7675, 18 de julio de 2011, Madrid, pp. 7-10.

Diccionario de la Lengua Española: Real Academia Española, 22ª ed., Espasa, Madrid, 2011.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

––––: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones,* 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

Domínguez Luelmo, Andrés: "26 de abril de 1997. Retracto de coherederos y comuneros. Legítima. Naturaleza jurídica. Partición testamentaria. Disposición de toda la herencia en legados. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Interpretación del testamento", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, no. 45, Madrid, 1997, pp. 973-985.

––––: "Artículos 806 al 810", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 923 a 926.

––––: "Artículos 815 al 822", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 933 a 942.

––––: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

Engels, Federico, *El origen de la familia la propiedad privada y el Estado,* Prensa Libre, La Habana, 1961.

Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: "Artículo 658", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 773-774.

––––: "Artículos 806 al 810", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso, *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, pp. 773-801.

––––: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.

––––: "Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, no. 1, Madrid, 1997, pp. 377-412.

Espiau Espiau, Santiago: "Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo vidual", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 94, no. 3, 1995, pp. 593-610.

Espinar Lafuente, Francisco**:** *La herencia legal y el testamento: (estudio doctrinal y de derecho positivo),* Bosch, Barcelona, 1956.

Fernández Camus, Emilio: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del derecho hereditario,* s. e., La Habana, 1928.

Fernández Hierro, José Manuel: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral,* Comares, Granada, 2004.

Fernández Martell, José Karel: "Compraventa simulada. Apuntes desde la protección jurídica de los terceros interesados", *Ponencia presenta en la XI Jornada internacional de Derecho de Contratos*, La Habana, del 25 al 27 de enero de 2012 (versión digital).

––––: "Dilemas teórico-prácticos en las donaciones colacionables. Realidades del Derecho positivo cubano", Tesis en opción al grado académico de especialista en Derecho Civil y Familia, bajo la dirección de Ediltrudis Panadero de la Cruz, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2010 (versión digital).

Fernández Martell, José Karel: "La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil", Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 25 años del CC cubano, La Habana, del 11 al 13 de julio de 2012 (versión digital).

Fernández Martell, José Karel y Ediltrudis Panadero de la Cruz: "Las donaciones colacionables: el enigma de una institución jurídica. Incidencias sustantivas para el Derecho positivo cubano", *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la universidad de Caldas*, vol. 8, no. 1, Manizales, Colombia, enero-junio 2011, pp. 13-44.

Fornieles, Salvador: *Tratado de las Sucesiones,* t. II, 3.ª ed., EDIDR, Buenos Aires, 1950.

García Moreno, José Miguel: "La preterición de herederos forzosos", *Manuales de formación continuada*, no. 47, Madrid, 2008, pp. 603-690.

––––: "La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981", *Actualidad civil,* no. 44, Madrid, 1995, pp. 893-906.

García-Bernardo Landeta, Alfredo: "La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814", *Revista jurídica del Notariado,* no. 50, Madrid, 2004, pp. 9-91.

––––: "Preterición formal y material y nulidad de la institución", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 22, no. 2, Madrid, 1969, pp. 313-381.

––––: "Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002", *Revista jurídica del Notariado,* no. 44, Madrid, 2002, pp. 269-280.

García Varela, Román, "La apreciación de oficio de la nulidad del testamento por preterición de un heredero forzoso", *La Ley,* no. 6, Madrid, 1997, pp. 1749-1750.

Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales,* Comares, Granada, 2004.

Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, "Artículo 912", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad

(artículos 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1205-1209.

––––: "Legítima", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* no. 12, Madrid, 1986, pp. 3851-3860.

González Carrasco, Carmen: "Artículos 912-914", *Comentarios al Código Civil*, bajo la coordinación de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, 3.ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1086-1092.

González Collado, Sergio, "El legitimario no es sucesor", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pp. 533-541.

González Palomino, José: "El acrecimiento en la mejora", *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio,* Madrid, 1946, pp. 73-143.

Goyena Copello, Héctor R.: *Tratado de Derecho de Sucesión,* Las formas de suceder, t. II, 2.ª ed., actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2007.

Hidalgo García, Santiago: "Artículo 912", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1019-1020.

Hung Gil, Fredy Andrés: "La sucesión *mortis causa* del concebido no nacido", Tesis en opción del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, bajo la dirección de Teresa Delgado Vergara, La Habana, 2010 (versión digital).

Jiménez González, Víctor Manuel: "Paraguay", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 749-766.

Jordano Fraga, Francisco: "Algunos aspectos del régimen de la indignidad sucesoria en relación a la legítima dentro del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. I, bajo la coordinación de J. M. González Porras y F. P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 2553-2567.

Karrera Egialde, Mikel M.: "Sentencia de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415)", *Cuadernos de Jurisprudencia Civil,* no. 88, Madrid, 2012, pp. 105-130.

Kipp, Theodor: *Derecho de Sucesiones,* comparado y adaptado por Ramón María Roca Sastre, vol. II, Boch, Barcelona, 1951.

Lacruz Berdejo, José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1973.

Lacruz Berdejo, José Luis *et. al.*: *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1993.

Linares Noci, Rafael: "La preterición en el Derecho histórico español", *Derecho y opinión,* no. 1, Madrid, 1993, pp. 247-260.

––––:"La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981", *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* año 64, no. 588, Madrid, 1988, pp. 1491-1582.

––––: "La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano", *Derecho y opinión*, no. 0, Madrid, 1992, pp. 141-150.

––––: "Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 42, no. 1, Madrid, 1989, pp. 47-146.

Lledó Yagüe, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de sucesiones,* 2.ª ed., corregida, Dykinson, Madrid, 2008.

––––: "La tutela de la legítima formal", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2524-2560.

––––: *Sistema de Derecho Civil: Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002.

Lohmann Luca de Tena, Guillermo: "Artículo 723", *Código Civil peruano comentado,* t. IV, Gaceta Jurídica, 1995, pp. 284-292 (versión digital).

––––: "Artículo 806", *Código Civil peruano comentado,* t. IV, Gaceta Jurídica, 1995, pp. 505-511 (versión digital).

López Beltrán de Heredia, Carmen: "Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes", *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, año 64, no. 585, Madrid, 1988, pp. 357-388.

López Frías, María Jesús: "Comentario a la S.T.S. de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, Granada, 2001, pp. 1775-1785.

López Rendo, Carmen: "Reflexiones sobre la preterición en el Código Civil: Comentario al artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981", *Actualidad civil,* No. 1, Madrid, 1991, pp. 35-57.

M. Ferrer, Francisco A.: "Artículos 3591 al 3638", *Código Civil comentado,* tomo II, bajo la coordinación de Francisco A. M. Ferrer y Graciela Medina, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp.147-262.

Martín Pérez, José Antonio: "Artículo 658", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, pp. 244-247.

––––: "Sección Quinta de las Legítimas", *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil,* dirigido por Miguel Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, pp. 1475-1533.

Martínez Escobar, Manuel: *Sucesiones testada e intestada,* t. I, Cultural, La Habana, 1947.

Martínez Moya, Enid: "Puerto Rico", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 797-858.

Medina, Graciela: "Reforma al Código Civil argentino en materia sucesoria", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp.181-217.

Méndez, Rosa M. y Vilalta, A. Esther: *Acciones sucesorias por preterición*, Bosch, Barcelona, 1998.

Mesa Tejeda, Natacha T. y Zulendrys Kindelán Arias: "La preterición en el Derecho de Sucesiones", *Trabajo de Diploma*, bajo la dirección

de Ediltrudes Panadero de la Cruz, Santiago de Cuba, 2002 (versión digital).

Miquel González, José María: "Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio 2002 (*RJ* 2002, 8237)", *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 10, Madrid, 2003, pp. 433-442.

––––: "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, t. 49, 2009, pp. 493-560.

––––: "Preterición", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, bajo la coordinación de Antonio Cabanillas Sánchez... [*et al.*], Civitas, Madrid, 2003, pp. 5339-5390.

––––: "Preterición no intencional de todos los legitimarios: comentario a la RDGRN de 13 septiembre 2001 (RJ 2002, 2410)", *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002, pp. 549-556.

––––: "Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001", *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002, pp. 531-537.

Moreno del Valle, María Amparo: "Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales", *Actualidad Civil,* no. 1, Madrid, 2002, pp. 247-266.

Moreno Mozo, Fernando, "El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil", *Actualidad Civil*, no. 18, Madrid, 2009, pp. 1-19.

Núñez y Núñez, Eduardo Rafael, *Código Civil concordado con la legislación y la jurisprudencia del mismo desde el 20 de abril de 1899 hasta el 24 de diciembre de 1933,* t. IV, *Donaciones y Sucesiones*, artículos 609 al 1087, Jesús Montero, La Habana, 1935.

Obarrio Moreno, Juan Alfredo: *La preterición en el ámbito del "ius commune": los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al fuero "Declaran",* Dykinson, Madrid, 2009.

––––: "La preterición en los *Commentaria* del jurista Cerdán de Tallada", *Revista General de Derecho Romano,* no. 11, Madrid, 2008, pp. 1-94.

O'Callaghan, Xavier: *Código Civil: comentado y con jurisprudencia,* 6.ª ed., La Ley, Madrid, 2008.

––––: "Artículos 806 al 815", *Comentarios del Código Civil,* bajo la coordinación de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 643-670.

––––: *Compendio de Derecho Civil*, 6.ª ed., corregida y puesta al día, Edersa, Madrid, 2006-2007.

Ortega Pardo, Gregorio: "Heredero testamentario y heredero forzoso", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, Madrid, 1950, pp. 321-361.

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, XXXVIII-IV, Madrid, octubre-diciembre 1985, pp. 849-907.

Peral Collado, Daniel A.: *Sucesión intestada,* actualizado por Guillermo de Vera Sánchez, Félix Varela, La Habana, 1998.

Pereña Vicente, Montserrat: "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 79, no. 679, Madrid, 2003, pp. 2855-2878.

Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004) I", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 21, La Habana, octubre-diciembre de 2005, pp. 30-54.

––––: "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (200-2004) II", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 22, La Habana, enero- marzo de 2006, pp. 2-26.

––––: "¿Cabe la 'preterición' en los títulos sucesorios *ab intestato*?", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* año II, no. 9, Buenos Aires, 2010, pp. 168-174.

––––: "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia 218 de 31 de

mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,* no. 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, pp. 5-17.

––––: "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia 58 de 23 de marzo del 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho,* no. 34, La Habana, julio-diciembre 2009, pp. 141-159.

––––: "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de `heredero´ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", *Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 25 años del CC cubano*, La Habana, del 11 al 13 de julio de 2012 (versión digital).

––––: "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", *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, pp. 153-270

––––: "El Derecho de Sucesiones en cifras: Recapitulación y pronósticos", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 39, Madrid, 2009, pp. 701-765.

––––: "El notario: función de autoridad pública", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Homenaje a Tatiana B. de Maekelt*, no. 148, Caracas, 2010, pp. 447-469.

––––: "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", *Revista Norte Notarial, del Colegio de Notarios de La Libertad*, no. 1, año I, Perú, 2011, pp. 23-44.

––––: "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", *Derecho de Sucesiones*, t. II, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 200-310.

––––: "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia

No. 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica,* no. 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000, pp. 6-25.

Pérez Gallardo, Leonardo B. y María Elena Cobas Cobiella, "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 61-221.

––––: "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 15-59.

Pérez Lasala, José L y Graciela, Medina: *Acciones Judiciales en el Derecho Sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 105.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* t. V, vol. III, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991.

Quince Fanjul, José Antonio: "Preterición: interpretación del art. 814.3 CC", *Revista jurídica de Asturias*, no. 32, 2008, pp. 115-127.

Real Pérez, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988.

Rentería Arocena. Alfonso: "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, año 87, no. 726, Madrid, 2011, pp. 2095-2128.

Reverte Navarro, Antonio: "Reflexiones sobre la legítima en el Código Civil*", Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* bajo la coordinación de J. M. González Porras y F. P. Méndez González, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 4133-4168.

Rey Portolés, Juan Manuel: "Comentario a la "vuela pluma" de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio", *Revista crítica de Derecho inmobiliario,* año 58, no. 549, Madrid, 1982, pp. 289-360.

Rivas Martínez, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*, tt. I y II, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

Rivera Fernández, Manuel: "30 de enero de 1995. Preterición no intencional de hijo o descendiente extramatrimonial, Usufructo universal del cónyuge viudo. Cautela sociniana Reducción de legado inoficioso. Indefensión", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, no. 38, Madrid, 1995, pp. 693-707.

––––: "Artículos 814 al 815", *Código Civil comentado,* bajo la coordinación general de Ana Cañizares Laso *et al.,* vol. II, Libro III: de los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), bajo la coordinación de Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández, Civitas, Navarra, 2011, pp. 836-853.

––––: *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

––––: "Preterición no intencional del hijo concebido y nacido después del otorgamiento del testamento", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, no. 56, Madrid, 2001, pp. 753-778.

Rivera González, María Eugenia: "Chile", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 331-358.

Rivero Hernández, Francisco: "Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley U/1981, de 13 de mayo (comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)", *Derecho privado y Constitución,* no. 6, Madrid, 1995, pp. 227-270.

Rizo Pérez, Nilda Haydeé: "Una fundamentación de los presupuestos teóricos sustentadores de la representación sucesoria como institución, en pos de la evaluación e interpretación dogmática del Derecho positivo cubano", Tesis en opción del grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Santiago de Cuba, 2008 (versión digital).

Roca Sastre, Ramón Mª y José Puig Brutau: *Estudios de derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009.

Roca-Sastre Muncunill, Luis: "Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo,* vol. I, Madrid, 1988, pp. 583-617.

Roca-Sastre Muncunill, Luis: *Derecho de Sucesiones*, t. II, Bosch, Barcelona, 1991-2000.

Rojina Villegas, Rafael: Sucesión Legítima y problemas comunes a los testamentarios e intestados, JUS, México, 1945.

Röthel, Anne: *El Derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán,* traducción de Antoni Vaquer Aloy, Bosch, Barcelona, 2008.

Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia: "Legítima y Mejora", *Curso de Derecho Civil IV: derecho de familia y sucesiones,* bajo la coordinación de Francisco Javier Sánchez Calero, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 577-594.

––––: "Lesión de la legítima", *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones,* bajo la coordinación de Francisco Javier Sánchez Calero, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 595-610.

San Segundo Manuel, Teresa: "Intangibilidad de la legítima, infracción por acto dispositivo del causante a través de una simulación de compraventa civil", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, año 83, no. 701, Madrid, 2007, pp. 1346-1349.

––––: "Preterición por omisión del legitimario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, no. 700, Madrid, 2007, pp. 824-826.

Sánchez Toledo, Humberto José y María Elena Cobas Cobiella: *Apuntes de Derecho Sucesorio,* ENPES, La Habana, 1989.

Sotomayor Bernos, Carlos Augusto: "Perú", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 767-796.

Suárez Franco, Roberto, *Derecho de Sucesiones,* 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996.

Suárez Sánchez-Ventura, José María: "Naturaleza de la legítima y pago en metálico", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* no. 4, Madrid, 1984, pp. 997-1032.

Suazo de Rosa, Irma Violeta: "Honduras", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 623-637.

Torres García, Teodora Felipa: "La legítima en el Código Civil", *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional),* coordinado por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo Isidro, Madrid, 2009, pp. 297-322.

––––: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006, pp. 173-230.

Torres García, Teodora Felipa y Andrés Domínguez Luelmo: "La legítima en el Código Civil I", *Tratado de derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica : Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco,* bajo la coordinación de María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1841-1897.

––––: "La legítima en el Código Civil II", *Tratado de derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco,* bajo la coordinación de María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1899-1958.

Valladares Rascón, Etelvina: "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, bajo la coordinación de J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 4893-4902.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, Madrid, 1986, pp. 833-849.

––––: "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, no. 2, Madrid, 1951, pp. 421-532.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, no. 4, Madrid, 1951, pp. 1348-1457.

––––: "Apuntes de derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 5, no. 3, Madrid, 1952, pp. 835-911.

––––: "Apuntes de Derecho Sucesorio, III: atribución de la legítima por actos *intervivos*", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 7, no. 3, Madrid, 1954, pp. 655-694.

––––: "Apuntes de Derecho Sucesorio, III: atribución de la legítima por actos *inter vivos*", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 7, no. 4, Madrid, 1954, pp. 1031-1117.

––––: "Apuntes de Derecho Sucesorio, III: atribución de la legítima por actos *inter vivos*", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 8, no. 2, Madrid, 1955, pp. 269-460.

––––: "Artículo 814", *Comentario del Código Civil*, bajo la coordinación de Cándido Paz-Ares Rodríguez y Luis Díez Picazo, t. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2007-2013.

––––: "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 25, no. 1, Madrid, 1972, pp. 3-151.

––––: *Clasificación de los sistemas legitimarios,* Reus, Madrid, 1968.

––––: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* bajo la coordinación de Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XI, arts. 806 a 857 del Código Civil, EDERSA, Madrid, 1978, pp. 1-225.

––––: "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 23, no. 1, Madrid, 1970, pp. 9-121.

––––: "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, no. 1, Madrid, 1967, pp. 3-116.

––––: *Estudios de Derecho Sucesorio,* vol. IV, 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1992.

––––:"La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981", Ponencia desarrollada ante el Pleno de Académicos de Número durante 1982, Madrid, pp. 95-112.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: "Las Legítimas según Claude Chiffle", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXVII, Fasc. III, Madrid, 1974, pp. 679-693.

––––: "Los complementos de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26, no. 1, Madrid, 1973, pp. 3-46.

––––: "Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 18, no. 1, Madrid, 1965, pp. 3-139.

––––: "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 39, no. 1, Madrid, 1986, pp. 3-68.

––––: *Panorama del derecho de sucesiones*, t. I, Civitas, Madrid, 1982.

––––: "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, no. 1, Madrid, 1966, pp. 3- 44.

Valverde y Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español,* vol. V, Parte especial: Derecho de sucesión *mortis causa*, 3.ª ed., Cuesta, Valladolid, 1925-1926.

Vaquer Aloy, Antoni: "La convergencia espontánea del Derecho de Sucesiones en Europa", *Obligaciones y sucesiones en el Derecho comparado,* ARA Editores, E.I.R.L., Lima, 2010, pp. 183-213.

––––: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 3, 2007, consultado en consultado en www.indret.com el 22 de septiembre de 2012, pp. 1-26.

Vargas Soto, Francisco Luis: "Costa Rica", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 407-438.

Vattier Fuenzalida, Carlos: "Artículo 814", *Comentarios al Código Civil,* bajo la coordinación de Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 931-933.

Velásquez Londoño, Rubén: *Derecho de herencia,* 3.ª ed., Señal, Medellín, 1991.

Vidal Valle, Gleisys y Susana Guerra Rivero: "De la condición del legitimario preterido: propuestas para una efectiva protección", *Trabajo*

de Diploma, bajo la dirección de Yanet Alfaro Guillén, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2011 (versión digital).

Villarrubia Martos, Javier: "El decreto de Declaración de herederos a la luz de la Ley 13 de 2009", *La Ley*, no. 7687, 5 de septiembre de 2011, Madrid, pp. 1-16.

Winfried Kralik, D.: "El deber de informar del notario", Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de marzo de 1978, consultado en http: //www.vlex.com/vid/233197 el 26 de abril de 2012, pp.1-14.

Ycaza Garcés, Francisco Xavier: "Ecuador", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 507-529.

Zaccaria, Alessio: *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2008.

Zannoni, Eduardo: *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

Zárate del Pino, Juan Belfor: *Curso de Derecho de Sucesiones,* Palestra, Perú, 1998.

Zubiría Maqueo, Luis: "México", *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España,* bajo la coordinación de Cristina Noemí Armella, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995, pp. 639-693.

Publicaciones de la autora

Alfaro Guillén, Yanet: "De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico", *Revista Cubana de Derecho*, no. 36, La Habana, 2010, pp. 72-95.

––––: "Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español" (I), *REDUR,* no. 9, diciembre 2011, pp 217-244, www.unirioja.es/redur.

––––: "Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: análisis en los ordenamientos cubano y español" (II), *REDUR,* no. 9, diciembre 2011, pp 245-270, www.unirioja.es/redur.

Entregado y aprobada su publicación

Alfaro Guillén, Yanet: "La sucesión legitimaria: su autonomía en el ordenamiento jurídico cubano", *Justicia y Derecho,* no. 18, enero-junio, La Habana, 2012.

Fuentes legales

Constitución de la República de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 3, del 31 de enero de 2003.

Código Civil de la República Argentina, Ley 340 de 25 de septiembre de 1869, consultado el 12 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Código Civil de la República de Colombia, Ley 57 de 1887de 26 de mayo de 1873, consultado el 14 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil de la República de Costa Rica, Ley No. 63 de 28 de septiembre de 1887, vigente desde el 1ro de enero de 1888, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, Ley No. 7 de 1977 de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977.

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50 de 1984 de 28 de diciembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 3, de 1ro de marzo de 1985.

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil de la República de Ecuador, Codificación No. 000. RO/ Suplemento 104 de 20 de Noviembre de 1970, consultado el 12 de junio 2012 en www.legislacionandina.com.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (modificada por la Ley No. 10 de 30 de abril de 1992), España, consultada el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, Real Decreto de 24 de julio de 1889, mandada a publicar en Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889 en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.

Ley 6 de 1 de julio de 1985, Ley Orgánica del Poder Judicial, España, consultada el 9 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España, Ley No. 1 de 2000, de 7 de enero, en *BOE* del 8 de enero del 2000.

Ley 13 de 23 de noviembre de 2009 sobre reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, España, consultada el 9 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil de la República de Honduras, de 14 de septiembre de 1989, Congreso Nacional de Honduras, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil Federal de México de 1928, última reforma publicada en DOF el 31 de diciembre de 2004, vigente a partir del 1ro de enero de 2005, consultado el 13 de junio de 2012 enwww.legislacionandina.com.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay, de 1 de enero de 1868, modificado en 1995, consultado el 13 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil de Venezuela de 26 de julio de 1982, publicado en Gaceta Extraordinaria No. 2990, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1 de 1ro de marzo de 1973, modificada por Ley 5 de 1987, consultado el 12 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, Ley 1 de 24 de febrero de 1999 aprobada por las Cortes de Aragón, consultada el 12 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Código Civil de Cataluña, Ley 10 de 10 de julio de 2008, consultado el 12 de junio de 2011 en www.westlaw.es.

Código del Derecho Foral de Aragón publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo de 2011, consultado el 12 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Ley 8 de 28 de junio de 1990 sobre la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, consultada el 12 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Ley 3 de 1 de julio de 1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco, consultado el 12 de junio de dos mil doce en www.westlaw.es.

Ley 2 de 14 de junio de 2006 de Galicia, consultada el 13 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Código Civil de Bolivia, Decreto Ley 12760 de 6 de agosto de 1975, modificado por la Ley 018 de 16 de junio de 2010, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Decreto Ley 117 de 1989, Del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 18, de 19 de octubre de 1989.

Decreto Ley 241 de 24 de enero de 2006 sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.

Decreto Legislativo de 79 de 6 de septiembre de 1990 modificativo de Ley 5 de 1961 de Islas Baleares, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Código Civil de la República de Chile, Decreto 1937 de 1976 del Ministerio de Justicia, de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, Editorial Jurídica de Chile.

Código Civil italiano, Decreto Real 262 de 16 de marzo de 1942, última actualización marzo de 2000, consultado el 18 de junio de 2012 en www.westlaw.es.

Código Civil de Perú, Decreto Legislativo 925 promulgado el 24 de julio de 1984 y entrada en vigor el 14 de noviembre de 1984, consultado el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com.

Resolución 7 de 1990 de 16 de enero, del Ministro de Justicia, Reglamento del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de

Herederos, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 3, de 18 de enero de 1990.

Resolución 70 de 1992 de 9 de junio, del Ministro de Justicia, Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 4, de 9 de junio de 1992.

Anteproyecto del Código Civil cubano, Ministerio de Justicia de Cuba, febrero de 1979.

Anteproyecto del Código Civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979.

Anteproyecto del Código Civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1985.

Proyecto del Código Civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, mayo de 1986.

Bases de la Legislación Civil y del procedimiento judicial civil soviéticos. Textos oficiales y comentarios, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, s.f.

Fuentes judiciales

Sentencias de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (Cuba)

Sentencia 934 de 29 de noviembre de 1996.

Sentencia 46 de 29 de enero de 1999.

Sentencia 240 de 18 de abril de 2002.

Sentencia 189 de 31 de marzo de 2003.

Sentencia 435 de 21 de julio de 2003.

Sentencia 484 de 31 de julio del 2003.

Sentencia. 828 de 23 de noviembre de 2004.

Sentencia 120 de 28 de febrero del 2005.

Sentencia 180 de 15 de marzo de 2005.

Sentencia 296 de 29 de abril del 2005.
Sentencia 317 de 12 de mayo 2005.
Sentencia 768 de 30 de noviembre del 2005.
Sentencia 220 de 23 de abril de 2007.
Sentencia 645 de 28 de diciembre de 2007.
Sentencia 35 de 31 de enero de 2008.
Sentencia 84 de 11 de marzo de 2008.
Sentencia 58 de 23 de marzo de 2009.
Sentencia 75 de 31 de marzo del 2009.
Sentencia 395 de 27 de diciembre de 2010.
Sentencia 218 de 31 de mayo de 2011.
Sentencia 475 de 4 de noviembre de 2011.
Sentencia 422 de 18 de noviembre de 2011.
Consultadas en los legajos de sentencias civiles de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de los años 1996, 1999, 2002, 2003, 2004, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (España)
Sentencia de 20 de febrero de 1981. *RJ*\1981\534
Sentencia de 13 de julio de 1985. *RJ*\1985\4052
Sentencia de 20 de junio de 1986. *RJ*\1986\4558
Sentencia 51 de 30 de enero de 1991. *RJ*\1995\388
Sentencia 17 de marzo de 1995. *RJ*/1995/1961
Sentencia 645 de diecisiete de julio de 1996.
Sentencia 338 de 26 de abril de 1997. *RJ*\1997\3542
Sentencia 310 de 6 de abril de 1998. *RJ*\1998\1913
Sentencia 17 de 23 de enero de 2001. *RJ*\2001\997
Sentencia 725 de 9 de julio de 2002. *RJ*\2002\8237
Sentencia 981 de 7 de octubre de 2004. *RJ*/2004/6230
Sentencia 765 de 13 de octubre de 2005. *RJ/*2005\7233
Sentencia 669 de 22 de junio de 2006. *RJ*\2006\3082
Consultadas el 20 de junio de 2012 en www.westlaw.es y en www.vlex.es.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (España)
Resolución de 4 de mayo de 1999. RJ\1999\3251
Resolución de 13 de septiembre de 2001. RJ\2002\2410
Resolución 1 de 13 de octubre de 2005. RJ 2005\7452
Resolución de 1 de marzo de 2006. RJ\2006\3919
Consultadas el 20 de junio de 2012 en www.westlaw.es y en www.vlex.es.

Índice

Introito VII
Introducción 1

Capítulo 1
La preterición en el entorno de la sucesión forzosa: cuestiones generales

1.1. La sucesión legitimaria, los sistemas legitimarios y la legítima 11
1.1.1. Definiciones 11
1.1.2. Criterios clasificatorios de los sistemas legitimarios con trascendencia a la figura de la preterición 13
1.1.3. El título sucesorio: concepto, función y contenido 17
1.1.4. Presupuestos distintivos de la sucesión forzosa 19
1.1.5. Sistema legitimario regulado en el Código Civil cubano: naturaleza, características y algunas críticas 37
1.2. Aspecto cuantitativo de la legítima. Su intangibilidad 46
1.2.1. Cuestiones generales de la intangibilidad de la legítima: importancia para el régimen jurídico de la institución 46
1.2.2. Acciones para el complemento 49
1.2.3. Acciones derivadas de la preterición 51
1.2.3.1. La preterición: naturaleza jurídica y principales clasificaciones 52
1.3. Consideraciones *ad finem* 55

Capítulo II

El régimen jurídico de la preterición en el Derecho cubano: su definición

2.1. La preterición en el Código Civil cubano 109

2.1.1. Omisión de su regulación conceptual: consecuencias 109

2.1.2. Ambigüedad de la regulación de sus efectos 111

2.1.3. Valoración sobre su naturaleza a partir del artículo 495.1 113

2.2. Relevancia de la definición normativa de la preterición 114

2.2.1. Dinámica de la preterición en los sistemas legitimarios de naturaleza romana 114

2.2.2. Bases para la regulación normativa del concepto de *preterición* 116

2.3. Hacia una adecuada definición de la *preterición* 118

2.3.1. Definición de la *preterición* 118

2.3.1.1. Instrumentación de las cláusulas de protección genérica: perspectiva notarial 120

2.3.2. Supuestos de preterición 124

2.3.3. Supuestos en los que se excluye la preterición 133

2.3.4. Ideas conclusivas 137

Capítulo III

Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición: precisiones para el Derecho Sucesorio cubano

3.1. Efectos de la preterición 159

3.1.1. Efectos preliminares 159

3.1.2. Efectos definitivos 172

3.2. Bases para la adecuada previsión normativa de los efectos de la preterición 179

3.2.1. Articulación de los efectos preliminares: especial referencia a los supuestos de la violación de la legítima individual 181
3.2.2. Previsión de los efectos definitivos 186

Referencias bibliográficas 221