

DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LOS LEGADOS COMO VÍA
DE PROTECCIÓN A UNA HIJA INCAPACITADA JUDICIALMENTE,
LEGÍTIMARIA, PRETERIDA POR EL TESTADOR (A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA
DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPREMO).

ABOUT THE ACTION FOR REDUCTION OF THE LEGACIES AS A
WAY TO PROTECT A JUDICIALLY DISABLED DAUGHTER,
LEGÍTIMARIA AND FORGOTTEN BY THE TESTATOR
(CONCERNING THE JUDGMENT NO. 239 OF MAY 31ST OF 2013
FROM THE CIVIL AND ADMINISTRATIVE DIVISION OF THE
SUPREME COURT).

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 139-156.

Fecha de entrega: 05/03/2014
Fecha de aceptación: 29/09/2014

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial
Universidad de La Habana, Notario.
lbp_gallardo@gmail.com

RESUMEN: Tratándose de una hija con Síndrome de Down, y cierta cardiopatía, que le llevan a la declaración judicial de incapacitación, es indudable que si el padre no le ha atribuido bienes a título de herencia, legado o por una liberalidad *inter vivos* como pago de su legítima, la ha preterido, pues resulta innegable su condición de legitimaria o especialmente protegida respecto de aquel, conforme con el art. 493.1 a) CC y la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Ante tal situación, y dado que el patrimonio hereditario fue distribuido en legados, sin que en el testamento se estableciera preferencia respecto de algún legado en concreto, es dable interpretar el art. 495.1 CC, a tono con el principio del *favor testamenti*, de manera que permita conservar la atribución hecha a favor de los legatarios en lo que no se exceda de la parte de libre disposición y atribuir a la preterida la cuota de legítima, resultante, de reducir los legados.

PALABRAS CLAVE: Legítima, persona con discapacidad, legado, reducción.

ABSTRACT: Regarding a daughter with Down syndrome, along with certain form of heart disease, which provokes her judicial declaration of disability, it is undoubted that if the father has not allocated goods in title of inheritance, legacy or through an *inter vivos* liberality as payment of her legitimas, that he had forgotten her. Hence, her condition as legitimaria heir or specially protected in respect to him results undeniable, as per article 493.1 a) CC and the International Convention of the Rights of People with Disability. In front of this situation, and given that the hereditary patrimony was distributed by legacies without establishment of any preferences in the will regarding any specific bequest, it is possible to interpret the article 495.1 CC in accord with the principle of *favor testamenti* in a way that it permits to preserve the allocations made in favor of the legatees where there is no excess from the part of free disposition and provide to the forgotten heir with the amount of the legitima resulting from the reduction of the legacies.

KEY WORDS: Legítima, person with a disability, legacy, reduction.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO).- 1. Antecedentes de hecho.- 2. Doctrina jurisprudencial.- II. COMENTARIO.- 1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down.- 2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.- 3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

I. LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO).

1. Antecedentes de hecho.

Ante la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial de Matanzas, se interpone demanda en proceso ordinario sobre nulidad parcial de acto jurídico por la tutora de la señora L. G. V., declarada judicialmente incapacitada, en solicitud de que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en escritura pública notarial de testamento, número 300, de 5 de abril de 2010, autorizada por Z. L. P., notaria, específicamente en lo que atañe a las cláusulas primera y tercera e igualmente ineficaces todos los demás negocios jurídicos que de él se hubieren podido derivar. La Sala declara SIN LUGAR la demanda establecida, sin imposición de costas procesales.

Contra la sentencia del tribunal de instancia, la representante legal de la incapacitada, señora X. R. V. R. interpone recurso de casación sustentado en dos motivos, de los cuales solo se relacionará el segundo pues es el que interesa a los fines de este comentario. En efecto, el segundo de los motivos de casación se interpone al amparo del artículo 630.1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, acusando como infringido el art. 495 CC en el sentido de que en el primer Considerando de la sentencia interpelada, como elemento esencial para sustentar su fallo y desestimar la demanda, se esgrime que existió una indebida formulación de la pretensión, con inobservancia de lo preceptuado en el art. 495 CC, por considerar que la pretensión debió estar encaminada a solicitar la reducción de los legados, y no su nulidad. En tal sentido considera la recurrente que la

Sala de instancia ha interpretado de manera errada lo que dicha norma establece, al confundir la reducción de legados, aplicable solo por el legitimario afectado en su legítima frente a los legatarios instituidos, o sea, cuando no existe preterición de herederos y lo que se debate es la manera en que ha existido un exceso al momento de la partición hereditaria, con la figura de la preterición que es la que está reconocida implícitamente en el art. 495.1 CC, aplicable cuando exista una omisión de un heredero especialmente protegido, los que deben ser tributarios del testador de una parte de su acervo patrimonial, por lo tanto hay que promover la acción para declarar la nulidad parcial, solo la de aquel legado que exceda la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente, lo que anularía la institución de heredero y propiciaría la apertura de la sucesión *ab intestato*, manteniéndose la eficacia de aquel legado que no exceda la libre disposición, razón por la que la demanda interpuesta pretendía la nulidad del legado contenido en la cláusula tercera, siendo objeto de discrepancias entre las partes cuestión distinta, o sea, si era correcto o no solicitar la nulidad de este legado, por ser el bien de mayor necesidad para la incapaz. Por otra parte el art. 495 CC que sirvió de sustento legal a la sala para alegar en su sentencia una indebida formulación de la pretensión, no contempla la reducción de los legados.

2. Doctrina jurisprudencial.

La doctrina sentada por la sentencia comentada es la siguiente: Es especialmente protegida, respecto de su padre (testador), quien judicialmente declarada incapacitada, por razón del Síndrome de Down que padece, unido a cierta cardiopatía, la hacen dependiente económicamente de aquel, ello, amén de que al momento de testar se conozca o no por el testador, la declaración judicial de incapacitación de su hija, y aun cuando no haya sido declarada incapacitada antes del fallecimiento del testador, deber que le viene impuesto por ley (CC), con independencia de cualquier otra medida de protección a la incapacitada, según lo previsto en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, motivo por el cual se entiende preterida, cuando no mencionada en el testamento, tampoco se le ha atribuido bien alguno como pago de su legítima.

Distribuido el patrimonio hereditario a través de legados, merece protección la voluntad del testador, sólo cuando esta sea digna de ser salvaguardada. No obstante, ante la preterición de la legítima, es atendible la acción impugnatoria del legado a través de su reducción, lo que por demás resulta lo más beneficioso para la incapacitada, no así la acción de nulidad de uno de los legados, cuando en puridad no fue establecido por el testador, para caso de impugnación, un orden de prelación, por lo que la acción impugnatoria deberá estar dirigida a ambos legados por igual, en la medida que sea

suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde a la legitimaria preterida.

II. COMENTARIO.

1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down.

No es dable ejercitar acción alguna que tenga por finalidad la protección de la legítima, si en el mismo proceso no se reconoce la condición de especialmente protegida o legitimaria de la persona que invoca la preterición o la falta de íntegra atribución de la cuota legitimaria a la que tiene derecho. Sin el éxito en el reconocimiento de tal condición, nunca prosperaría el ejercicio de cualquiera de las acciones previstas por el Derecho positivo, como resortes tuitivos de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima.

En buena técnica jurídica en los procesos promovidos en razón de la preterición se acumulan las acciones, reconocitiva de la condición de legitimario y la que oportunamente se ejercita por el actor para que le sea restablecida su cuota legitimaria vulnerada.

En el caso fallado, objeto de este comentario, se trata de una persona mayor de edad, que desde su nacimiento padece un Síndrome de Down¹, unido a cierta cardiopatía, que al decir del propio tribunal de casación, “constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma aproximadamente en la mitad de los pacientes”, por supuesto, de aquellos diagnosticados con el mencionado síndrome. Dada la naturaleza del Síndrome de Down, la evolución de esta discapacidad intelectual congénita,

¹ El Síndrome de Down o trisomía 21 es una entidad que en la actualidad constituye la causa genética más frecuente de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es el resultado de una anomalía cromosómica por la que los núcleos de las células del organismo humano poseen 47 cromosomas en lugar de 46, perteneciendo el cromosoma excedente o extra al par 21. Como consecuencia de esta alteración, existe un fuerte incremento en las copias de genes del cromosoma 21, lo que origina una grave perturbación en el programa de expresión de muy diversos genes, no sólo del cromosoma 21 sino de otros cromosomas. Este desequilibrio génico ocasiona modificaciones en el desarrollo y función de los órganos y sistemas, tanto en las etapas prenatales como postnatales. Consiguientemente, aparecen anomalías visibles y diagnosticables; unas son congénitas y otras pueden aparecer a lo largo de la vida. El sistema más comúnmente afectado es el sistema nervioso y dentro de él, el cerebro y cerebelo; por este motivo, casi de manera constante la persona con Síndrome de Down presenta, en grado variable, discapacidad intelectual.

percibible incluso por los “rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible”, según apunta la sala de casación, entre los cuales cabría citar como más frecuentes, y solo a modo de ejemplo: las hendiduras de los ojos oblicuas, la base del cráneo aplanada, hipotonía, hiperlaxitud de las articulaciones, exceso de piel en la nuca, perfil plano de la cara, anomalías en la forma del pabellón auricular, displasia de la pelvis, displasia de la falange media del dedo meñique, surco simio en la palma de la mano, talla corta. Con una adecuada educación especial, y en dependencia del grado de inteligencia que tengan, se puede lograr una mejor adaptación social e incluso su incorporación al trabajo, pero ello está -como expuse-, relacionado con los factores ambientales, educativos y el propio desarrollo cognitivo de la persona. Lo cierto es, que como expresa la ponente en la sentencia que se comenta, las personas con síndrome de Down requieren de ciertos cuidados por sus progenitores que contribuyan a superar su capacidad diferente.

En tal sentido, tratándose de una persona con síndrome de Down que no está incorporada al trabajo socialmente útil que le permita adquirir los recursos económicos necesarios para hacer frente a sus más vitales necesidades económicas, sus padres están en el deber jurídico, no solo de procurarle alimentos según el tenor de los arts. 122.2 y 123.3 del Código de Familia, sino de reconocerles, en caso de que testen, como especialmente protegidos o legitimarios, según el dictado de los arts. 492.1 y 493.1 a), ambos del CC. Demostrada su condición de hija, dependiente económicamente de su progenitor y con ausencia de aptitud para trabajar, se dan los tres presupuestos, exigidos por ley, para arroparse de la condición de especialmente protegida, con derecho a que le sea atribuida la mitad de la herencia por concepto de legítima. La posible discusión teórica en este orden está en si una hija mayor edad, con Síndrome de Down, está o no apta para trabajar. En tanto que el presupuesto de la dependencia económica en los autos del proceso judicial no resulta discutido por las partes, o al menos no afloran datos que permita a quien escribe ofrecer otras consideraciones puntuales sobre el caso. A modo muy generalizador, a mi juicio, la lógica indica que se trata de una persona vulnerable económicamente, y que en tales circunstancias, háyase declarado o no judicialmente incapacitada en vida de su padre, tal declaración no tiene trascendencia alguna para ganar o perder la condición de especialmente protegida, habría que estar a los hechos. La dependencia económica no se prueba únicamente a través de los medios de prueba con los que se acredita la filiación. Va más allá, se puede ser hijo menor de edad o mayor de edad, imposibilitado de trabajar, y quedar demostrado que no había dependencia económica, *v.gr.*, cuando el progenitor o progenitora, a su vez depende económicamente de otro. Tampoco la convivencia es un presupuesto para justificar la dependencia económica. Se puede no convivir con la persona que constituye el sostén económico de otra. Y ni tampoco la existencia de otra persona que contribuya al sostenimiento patrimonial, es razón suficiente para que otra no pueda hacerlo

del mismo modo. El ejemplo más claro es el del hijo menor de edad, dependiente económicamente de ambos progenitores, aunque estos estén divorciados y solo uno de ellos ostente la guarda y cuidado, en tal situación ambos deben contribuir a la satisfacción de las necesidades económica del hijo. Igual acontece en casos en que el hijo, mayor de edad, tiene alguna situación de discapacidad, *v.gr.*, de discapacidad intelectual, que le impide ejercer un oficio propio, supuesto en el cual ambos progenitores deberían seguir asumiendo, de tener condiciones para ello, su sostenimiento económico.

Como expresé, más polémico resulta determinar si la discapacidad intelectual por sí misma es razón suficiente para que se justifique la no aptitud para trabajar. En efecto, al momento del fallecimiento del padre, L. G. V. no tenía oficio propio y tan solo se narra en la sentencia que se trata de una persona con Síndrome de Down y asociado a su enfermedad, con una cardiopatía congénita, particular que narra la literatura médica, propio en personas con tal síndrome, pero nada más se puede inferir de la sentencia comentada que me permita determinar el grado de discapacidad intelectual de L. G. V., que le lleve a poderse integrar socialmente e incluso a desempeñar un puesto laboral (ya sea en el mercado estatal o privado). En tal orden, una cuestión es que hoy día se propicie la integración social de las personas con discapacidad, a tono con los programas que desde el perfil educativo, médico y laboral se han desarrollado en nuestro país, y otra, muy diferente, es exigir que las personas con Síndrome de Down tengan necesariamente que estar incorporadas a un centro o entidad que les permita obtener sus más apremiantes recursos económicos. El hecho de que en el terreno social se les haya de favorecer el contacto con otras personas, promoviendo su participación en actividades grupales, de modo que se entrenen en habilidades sociales, llegándose incluso a alcanzar resultados observables en poco tiempo, según describe la literatura sobre el tema, no implica, a mi criterio, que el baremo con el que se juzgue y se valore a una persona con discapacidad intelectual a los efectos de determinar si está o no apta para el trabajo, a los fines de considerarse legitimaria, sea idéntico. Que su inserción social y laboral sea un buen pronóstico con la aplicación de terapias educacionales y formativas, en la que Cuba tiene mucho que mostrar, no lo hace convertirse en imperativo legal, exigible a estas personas cuya vulnerabilidad económica, y por qué no también, social, sigue siendo evidente. La integración social plena de las personas con Síndrome de Down se ha de entender como un proceso de doble dirección: preparando a la persona con discapacidad para su acceso a la sociedad y concienciando a la sociedad de la necesidad de acoger a todo tipo de personas, al aceptar sus diferencias.

No obstante, esta dimensión social no quita ni el más mínimo ápice a la responsabilidad que la familia ha de asumir en este terreno, y en tal sentido

apunto, teniendo en cuenta la sentencia que se comenta, a la responsabilidad que en el orden patrimonial le corresponde. Tratándose de una legítima de naturaleza asistencial, la regulada en los arts. 492 y 493 CC, es deber de los progenitores, al momento de otorgar testamento, reconocer la existencia de legitimarios o especialmente protegidos, con quienes deben cumplir el deber de legítima, a menos que dicho deber ya haya sido cumplimentado en vida a través de liberalidades (colígese de la formulación del art. 494 del propio CC), deber que supone la atribución de la mitad del patrimonio hereditario reconstruido a título de legítima. Del estudio del caso se pueden inferir algunas ideas que creo oportuno expresar:

1º. La responsabilidad ética y familiar con respecto a personas con discapacidad intelectual, vinculadas afectiva y parentalmente con el testador. No es el único caso que en los últimos tiempos ha fallado el Tribunal Supremo en los que el testador no ha reconocido como especialmente protegido a hijos con evidente discapacidad intelectual². Como también se expresa en la sentencia *in commento*, en un postulado no solo jurídico, sino además con un profundo sentido ético, relativo a la conducta del progenitor frente a su hija con Síndrome de Down, “su preterición [...] en el Testamento fue absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aun cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea de los padres”. Resalto la expresión de la jueza ponente relativa a que tal preterición, *conmueve*, en tanto que conductas como esas, inquietan, perturban, sorprenden en el plexo de valores que el Derecho está encaminado a custodiar, pues cualquier progenitor en tales circunstancias se proyecta buscando las alternativas más idóneas que propicien los efectos menos lesivos que en el orden patrimonial puede representar su muerte para un hijo con discapacidad intelectual, por regla general por el grado de dependencia no solo económica, sino también afectiva o emocional que ellos tienden a desarrollar. Conmueve eso sí, y de qué manera, que se niegue la existencia de un hijo con discapacidad intelectual, en un ordenamiento jurídico en que la legítima sucesoria tiene un fin eminentemente asistencial, ello es expresión de un desarraigo familiar y emocional que sobrepasa el umbral de lo permisible en el espectro de valores del ser humano.

² *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, septiembre (2012), julio-septiembre, núm. 45, pp. 52-58.

2º. El incompleto asesoramiento notarial. Pues tanto en este caso como en el fallado en la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre de 2011, por la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, salta a la vista que el testamento otorgado en que fue preterido un especialmente protegido, era de naturaleza notarial. Es cierto que si hay intención de preterir al especialmente protegido, el testador puede utilizar maniobras dolosas ante el notario, pero tendría que igualmente manipular a los testigos instrumentales, quienes no tienen el deber de declarar ante el notario la verdad del contenido del negocio testamentario, pero tampoco han de concurrir a este como cómplices de declaraciones falsas como la que atañe a la verdad sobre la existencia de especialmente protegidos. No obstante, el asesoramiento notarial se impone, tal cual lo prevé el art. 10 ll) de nuestra Ley notarial. El asesoramiento contribuye a evitar situaciones de preterición errónea por desconocimiento de lo que el CC prevé en materia de especialmente protegidos. Empero, como baluarte de la seguridad jurídica preventiva, el notario ha de ser colaborador estrecho de su cliente, de modo que le guíe en el logro de sus fines con conocimiento exacto de lo que busca. En tal sentido, le compete indagar en el testador la existencia o no de legitimarios, a partir de su caracterización y el cuadro dispositivo de sujetos que el propio legislador reconoce (*vid.* art. 493 CC), con los efectos que en Derecho puede provocar su preterición. Es cierto que se trata de un deber del notario, en el que este no puede garantizar los resultados, pero siempre es dable intentar al menos buscar la verdad para evitar comprometimientos jurídicos que trascienden al campo ético como la no inclusión como legitimarios de sujetos como el referido en el caso en cuestión, objeto de este comentario. Hay cuestiones de sensibilidad y de *officium pietatis*³ y solidaridad familiar que se imponen en los seres humanos.

³ Nos comenta BIALOSTOSKY, S.: “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf (fecha de consulta 14.07.2013), p. 17, respecto al *officium pietatis* en materia sucesoria que este “implica que con base en el deber moral: *pietas* y al sentimiento de la opinión pública, nuestra conducta nos impide lesionar a los dioses, a nuestros padres e hijos y familiares cercanos”. El carácter inoficioso del testamento está vinculado al quebrantamiento por el testador del deber de proveer parte del patrimonio a favor de sus más próximos parientes, en concreto de sus hijos. La declaración de inoficiosidad se conecta así con la ruptura de un deber moral. Ello trae como consecuencia el surgimiento de la querrela como una sanción, a favor del lesionado, utilizable contra los herederos beneficiados.

2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.

Llama la atención la aplicación directa, por vez primera, de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el art. 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del art. 20 del propio CC. Como apunta con gran acierto PÉREZ SILVEIRA, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal “siendo consecuente con el carácter suprallegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel. En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna”.

“En el propio mandato normativo que comentamos, se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos”⁴.

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el art. 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de

⁴ PÉREZ SILVEIRA, M. E.: “Comentarios al artículo 20”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37) (dirigidos por L.B. PÉREZ GALLARDO). La Habana (2013): Félix Varela, pp. 322-323.

la personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (arts. 492 al 495 CC) que como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan ¡Y de qué manera!, con las personas con discapacidad⁵. En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (*vid.* art. 492 CC). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima esta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el art. 495.1 CC, principal efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima⁶.

Algo importante que es dable apuntar y a lo cual ya había aludido ALFARO GUILLÉN en su tesis de doctorado es que “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 estimación de la demanda”⁷. De ahí que, no es de extrañar que en el segundo Considerando de la sentencia, amén de que el recurso sostenido por la especialmente protegida sea declarado SIN

⁵ PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia* (2010-4^o), año XII, núm. 49 (Madrid), pp. 269-294. Y más recientemente en “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”, *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (2013), junio, año V, núm. 5 (Buenos Aires), pp. 137-164.

⁶ Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, *vid., per omnia*, ALFARO GUILLÉN, Y.: “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, tesis doctoral inédita (2012): Universidad de La Habana (en biblioteca personal del autor), en concreto, capítulo III.

⁷ ALFARO GUILLÉN, Y., “El régimen jurídico”, cit., p. 85.

LUGAR por cuestiones que después analizaré, la ponente estime su condición de especialmente protegida, lo que supone prueba irrefutable para el proceso que en su día deba establecer a los fines de alcanzar el restablecimiento que la situación de preterición, reconocida en la sentencia de casación, tiene, a saber: el que atañe a la atribución de su legítima, previo ejercicio, con éxito, de la acción de reducción de los legados atribuidos en testamento.

En efecto, en el segundo Considerando de la sentencia el tribunal de casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el art. 493.1 CC, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención, ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacitación de la discapacitada intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del tribunal de casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria, primero la declaración judicial de incapacitación no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se hubiere promovido tal declaración judicial de incapacitación. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En este sentido, el estar declarada judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacitación. A fin de cuentas, el art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad promueve que los Estados partes aseguren “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en

que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Salvaguardias y medidas de apoyo que excluyen figuras tradicionales como la tutela y la curatela pues presupone la existencia de ciertas facultades en el sujeto que les permite ejercitar por sí su capacidad bajo el sostén o apoyo de las personas que al efecto establezcan los tribunales, con una revisión judicial periódica de lo dispuesto por los jueces en su momento y no con vocación de permanencia, como acontece en el modelo médico hoy impuesto en sede de incapacitación judicial en Cuba.

3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

El ordenamiento jurídico cubano al parecer ofrece una fórmula demasiado rígida ante la preterición de un especialmente protegido, y lo digo de esa manera porque explicaré por qué no resulta ser así. Según el tenor literal del art. 495.1 CC, de existir especialmente protegidos, se anula la institución de heredero, pero valen los legados que en el testamento se hayan atribuido, en cuanto no excedan de la parte de libre disposición. Es claro que el testador puede disponer libremente de la mitad de todo su patrimonio hereditario, y que la inoficiosidad⁸ de esa disposición opera en lo que exceda de la cuota disponible, ascendente al cincuenta por cien de tal patrimonio. *Ergo*, no hay por qué, en acato al principio de conservación del testamento, impugnar la parte de la que el testador tenía plena facultad dispositiva, en todo caso, cabe, como acción tuitiva de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, a la vez que conforme con el principio del *favor testamenti*, manteniendo incólumes las atribuciones reconducibles a la cuota de libre disposición, ejercitar las acciones que se incluyen dentro de los efectos preliminares de la preterición, entre las cuales cabe citar la de reducción de las liberalidades *mortis causa*⁹. Y en efecto, sobre tal particular versan estas observaciones al fallo. El tribunal de casación ha preferido optar por la acción de reducción de legados, no

⁸ Término que invoca - según apunta FUENMAYOR CHAPIN, A.: “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1948), t. I, fascículo I, enero-marzo, p. 49 -, en materia de donaciones, pero que en este caso cabe extenderlo a los legados, el concepto romano del *officium pietatis*. En Roma, tal término supone un concepto extrajurídico, en buena medida es un concepto filosófico de carácter ético.

⁹ Definida con un alcance más general en la doctrina argentina (al incluirse por supuesto también las donaciones) como aquella “que protege la legítima dirigiéndose contra los legados y donaciones del causante que exceden su porción disponible a fin de reducir el exceso hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante”. *Vid.* FERRER FRANCISCO, A. M.: “Comentarios al artículo 3602”, en AA.VV.: *Código Civil comentado-Sucesiones*, t. II, artículos 3539 a 3874. Buenos Aires (s.f.): Rubinzal Culzoni, p. 165.

reconocida expresamente en el CC, pero sí implícitamente en la fórmula del artículo 495.1 cuando el legislador, deja dicho que “valen los legados [...] en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente”.

En el caso *in commento*, el testador había atribuido los bienes, de los cuales se tenía noticia constituían el caudal hereditario, en sendos legados, sin que en el testamento hubiera establecido un orden de prelación, conforme con el cual, y en respeto a la voluntad del causante como *lex* sucesoria, serían reducidos los legados, al ser más de uno y además al no instituirse heredero alguno. De modo que, en defecto de atribución a título universal, cabría la reducción de todos los legados y no como equívocamente dirigió la pretensión la parte actora, que no ejercitó esta acción, y sí la de nulidad de uno de los legados, aquel por el que se atribuía la vivienda al legatario, teniendo en cuenta la significación jurídica y social de la vivienda en Cuba y su ineludible utilidad para la promovente del proceso, a saber: una mujer declarada judicialmente incapacitada en razón de su discapacidad intelectual, que le lleva al reconocimiento en el orden sucesorio de la condición de legitimaria asistencial. Es lógico que se declare SIN LUGAR la pretensión porque no le es dable a la preterida, de ser repartida toda la “herencia” en legados, según el supuesto reconocido en el art. 499 CC, escoger el legado que quiere anular, dejando subsistente el otro de los legados, a menos que el testador así lo haya dispuesto. En situaciones de preterición, quien resulta lesionada no puede escoger a su antojo la acción que ha de restablecer la situación quebrantada. Tratándose de atribuciones varias de legados, corresponde el ejercicio de la acción de reducción de los legados, previa declaración de la inoficiosidad de éstos, al menos en lo que se exceden de la parte de libre disposición, pero han de ser demandados todos los legatarios (de modo que se impone un litisconsorcio pasivo necesario), de quienes se interesará sean reducidas sus respectivas atribuciones a título de legado, de modo proporcional al valor de cada legado, para que, de tener éxito en la pretensión formulada en la demanda, sean condenados a la entrega de la parte en que se ha excedido el testador, al irrespetar la legítima.

Según ha reiterado en la doctrina española VALLET DE GOYTISOLO, con apoyatura en O'CALLAGHAN, la acción de inoficiosidad, que es catalogada como acción *declarativa*, “exige una *cognitio* previa, en la que se ventilen los problemas de computación y valoración, precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de acción de condena, pues tiene como meta la devolución de la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la ineficacia, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán

invalidados o reducidos”¹⁰, el propio autor se pronuncia –indica VALLET-, de que “[...] procesalmente se trata de una acción personal, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido”¹¹. De ahí el acierto del tribunal de casación en el segundo Considerando *in fine*, de que “la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde”. La acción de reducción de legados tiene un indubitado arraigo doctrinario y no se trata de una improvisación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Su cometido es declarar la ineficacia del legado en lo que se excede de la parte de libre disposición, no la nulidad de este. En dicho exceso, el legado es inoponible frente al legitimario preterido, no le afecta, y por el contrario, este último puede exigir su reducción a la cuota de libre disponibilidad. De ser varios los legados atribuidos, la reducción compete a todos en proporción a su valor. Apunta VALLET que “La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni en cuotas incommixtibles”¹². Se trata – como comenta el maestro -, de una reducción a prorrata¹³. Y a eso se refiere la sentencia de casación

¹⁰ O’CALLAGHAN, citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Los complementos de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1973), vol. I, fascículo I, enero-marzo, p. 107.

Por su parte en la doctrina argentina FERRER F, A. M.: “Comentarios”, cit., p. 166, al comentar el art. 3602 CC de su país, que la regula, la cataloga como una acción de naturaleza resolutoria (lo cual no riñe con ser una acción dirigida a declarar la ineficacia). En tal sentido la califica como una acción personal, a cuyo tenor el legatario ha de devolver el legado, ya adquirido. Y en caso de haberlo enajenado, tiene el legitimario a su favor la acción reipersecutoria, prevista en el art. 3955 del propio CC. Se trata en fin, a su juicio, y con apoyo en un sector de la doctrina de su país, de una acción personal con efectos reipersecutorios. Y precisamente sobre la posibilidad de suprimir los efectos reipersecutorios que la acción de reducción, en materia de donaciones comporta, como también respecto de los legados inoficiosos, un sector de la doctrina científica argentina se ha pronunciado en relación con el proyecto legislativo que propicia su supresión. Sobre el tema y los argumentos en contra del citado proyecto, *vid.* FERRER, F. y NATALE, R.M.: “La proyectada reforma sobre la acción de reducción”, y AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, ambos en *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 177-183 y 184-185, respectivamente.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 105.

¹³ *Ibidem*. Nos explica de una manera tan gráfica el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Segunda parte. Lima (1998): Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 264, que tal expresión “significa dos sencillas operaciones de cálculo (a) primero debe cuantificarse cuánto es lo que debe integrarse a la legítima; (b) luego, bajo la premisa que, salvo disposición del testador, todos los legatarios deben contribuir al reintegro, se fijan los valores de los respectivos legados dentro de la masa total de legados y

cuando da la solución a la preterida para que ejercite la acción correspondiente, ante quién y cómo proceda, único modo por el cual podrá completar la cuota vacía que el testador no supo, como debía, colmar en su testamento o por otros actos *inter vivos*.

En la propia doctrina patria se ha dicho, siguiendo a FERNÁNDEZ MARTELL, que el éxito en el ejercicio de la acción de reducción de los legados “por el legitimario no engrosa el caudal relicto, pues el resultado de la minoración va a parar directamente en manos de quien ejerció la acción de reducción y sólo deberá practicarse y obtenerse teniendo en cuenta el importe del perjuicio que sufre el accionista legitimario”¹⁴. La reducción ha de entenderse no en un sentido físico del bien atribuido, sino de su valor, motivo por el cual cabe la posibilidad de transacción, a cuyo tenor el legitimario acepte del legatario la compensación de su cuota en dinero¹⁵. Esto por una parte favorece al legatario – me refiero a que la reducción supone la entrega de dinero-, pero pudiera en las condiciones actuales resultar perjudicial al legitimario asistencial, pues los valores en que se avalúan los bienes oficialmente no se corresponden por el momento con el que circulan en el tráfico jurídico, a saber: el valor de mercado (no tasado oficialmente). Así, la legitimaria preterida, solo podría reclamar el valor en lo que exceda de cada uno de los legados atribuidos, pero si se atiende al valor oficial, su cuota legitimaria no será jamás satisfecha, pues operará en su contra un verdadero desequilibrio patrimonial, de difícil solución mientras circulen en el país dos monedas (el CUP y el CUC), con un valor de cambio realmente significativo.

cada uno de los legatarios debe aportar al monto total por reintegrar una cuantía equivalente al valor de sus legados dentro de la masa de legados”.

¹⁴ FERNÁNDEZ MARTELL, J.K.: “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”, (inédito).

¹⁵ *Apud* LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho Sucesiones*, cit., II–Segunda parte, p. 264.

La posición de la doctrina argentina parece dividida, así al menos nos indica FERRER, quien abraza esta solución. De todos modos el propio autor admite la posibilidad de detener el ejercicio de la acción “pagando al legitimario en dinero el valor del exceso de la porción disponible [...] con lo cual se asegura la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones”. *Vid.* FERRER, F.A. M., “Comentarios”, cit., p. 173.

Posición disímil se adopta en el caso de enajenaciones realizadas por el legatario, a quienes los herederos le hicieron entrega del legado. En tal supuesto, la enajenación será válida. Al seguir el dictado del art. 3955 CC argentino, se circunscribe la eficacia reivindicatoria de la acción a los inmuebles comprendidos en una donación. Por lo tanto - según sostiene el autor -, quedan excluidos de los bienes legados, precepto que debe ser interpretado restrictivamente. De este modo, concluye en que “El legitimario sólo tendrá derecho a obtener del legatario la restitución del valor del bien en la medida del exceso de la porción disponible” (FERRER, F. A. M., “Comentarios”, cit., p. 174).

Si uno de los legados atribuidos es una vivienda, cuando tenga éxito en la acción de reducción, el legatario quedaría con la vivienda, y con la obligación de pagar la parte en la que se excede (a prorrata con el otro legatario), pero al final tendría derecho a recibir cierta cantidad de dinero en CUP que nunca compensaría el valor que los bienes tienen en CUC (téngase en cuenta que la vivienda se tasa por el Estado en CUP). La propia vivienda podría ser vendida después por el legatario beneficiado en CUC, con un perjuicio económico muy significativo en detrimento de la legitimaria asistencial, cuya preterición a fin de cuentas, le afectó ¡Y de qué manera!, pues con el éxito en la acción de reducción, al menos hoy día, nunca se lograría el equilibrio patrimonial al que con su ejercicio se aspira.

En tal sentido cabría ensayar si resulta más plausible, atribuirle una naturaleza rescisoria, con lo que esta causal de ineficacia supone, o sea, la entrega, en caso de rescisión parcial, de aquello en lo que se excedió el testador, pero *in natura*, conforme con lo regulado en el art. 79 CC, lo que equivaldría a permitir la constitución de cotitularidades sobre los bienes dispuestos a título de legado, entre cada uno de los legatarios, los cuales se rescinden parcialmente, y la legitimaria titular de la acción de reducción, al tener éxito en su ejercicio. Recuérdese que si bien el legislador del CC no regula expresamente la reducción de los legados, sí que lo hace en materia de donaciones, en esta ocasión bajo las riendas de la acción rescisoria (*vid.* art. 378 CC), aplicable por *analogía legis* al supuesto de legados inoficiosos.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO GUILLÉN, Y.: “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, tesis doctoral inédita (2012): Universidad de La Habana.

AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 184-185.

BIALOSTOSKY, S., “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf (fecha de consultada 14.07.2013).

FERNÁNDEZ MARTELL, J.K.: “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”, (inédito).

FERRER FRANCISCO, A. M.: “Comentarios al artículo 3602”, en AA.VV.: *Código Civil comentado-Sucesiones*, t. II, artículos 3539 a 3874. Buenos Aires (s.f.): Rubinzal Culzoni.

FERRER, F. y NATALE, R.M.: “La proyectada reforma sobre la acción de reducción”, y AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 177-183.

FUENMAYOR CHAPIN, A.: “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1948), t. I, fascículo I, enero-marzo, pp. 46-77.

LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Segunda parte. Lima (1998): Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos* (2012), julio-septiembre, núm. 45, pp. 52-58.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho de Familia* (2010-4º), año XII, núm. 49 (Madrid), pp. 269-294.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: “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”, *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (2013), junio, año V, núm. 5 (Buenos Aires), pp. 137-164.

PÉREZ SILVEIRA, M. E.: “Comentarios al artículo 20”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37) (dirigidos por L.B. PÉREZ GALLARDO). La Habana (2013): Félix Varela.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Los complementos de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1973), vol. I, fascículo I, enero-marzo, pp. 3-213.