



Julio 2011

EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA: UN MODO DE PROTECCIÓN AL CONVIVIENTE Y UNA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y A SU CUMPLIMIENTO

Lic. Vivian de la Caridad Varona Santiago

Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos
"Carlos Rafael Rodríguez"
vvarona@ucf.edu.cu

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Varona Santiago, V.C: *El requisito de la Convivencia: Un modo de protección al conviviente y una limitación a la autonomía de la voluntad del testador y a su cumplimiento*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, julio 2011. www.eumed.net/rev/cccss/13/

RESUMEN

El tema de la vivienda destinada a la residencia permanente, constituye en Cuba una prioridad fundamental. La transmisión de éste bien por causa de muerte, aparece regulado en la Ley General de la Vivienda, ya sea por la vía testada como la intestada, donde se defiende primariamente el requisito de la ocupación, para acceder a la titularidad de la misma, cuestión ésta que ha sido aclarada posteriormente, en respuesta a situaciones de la vida práctica, no apareciendo claramente definidos términos necesarios e imprescindibles, para comprender el tema que se aborda, que actúa en muchos casos como una limitación a la autonomía de la voluntad privada y a su cumplimiento.

Palabras Claves: Vivienda de uso permanente, convivencia, ocupación, autonomía, voluntad, primacía, propiedad personal, herencia, limitación, límite.

ABSTRACT

The theme of the destined housing to permanent residence, he constitutes in Cuba a fundamental priority, The transmission of this good due to death, appear in the Law General of the Housing searchedly, either for the road bequeathed like the intestate, where this that has been clarified at a later time in response to situations of practical life no appearing clearly defined defends permanently the requisite of the occupation to agree to the same ownership of her, subject, itself necessary and essential terms, in order to understand the theme that is discussed, that performs on in many instances like a limitation the autonomy of private will and to his fulfillment.

INTRODUCCION

El Derecho de Sucesiones es un derecho necesario e inevitable, que persigue por objeto, la transmisión de las relaciones jurídicas, fundamentalmente patrimoniales, así como otras que nacen por la muerte de una persona. Por ello, ha revestido una indudable importancia en el Ordenamiento Jurídico Civil cubano, al constituir una parte indispensable del mismo.¹ En tal sentido el Código Civil cubano de 1987, siguiendo el Plan Savigny ubicó dicha materia en el Libro Cuarto que le da vida.

Díez-Picazo y Gullón, por su parte, conceptualizan al Derecho Sucesorio o Derecho Hereditario, desde otra perspectiva, “como la parte del Derecho Privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y las que con este motivo se producen”.²

Se demuestra entonces que, esta materia aunque goza de cierta autonomía, se imbrica en el seno del Derecho Privado en general, pero más específicamente en el ámbito del Derecho Civil, del cual forma parte inseparable.³ De ahí, a que ocupe un lugar importante dentro del Derecho Civil y es una de las materias que lo integran, pues es también el Derecho Sucesorio *mortis causa*⁴ la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas.

Tras las huellas del Derecho Romano, el Ordenamiento Jurídico Sucesorio cubano recoge varios principios,⁵ y entre ellos el principio conforme con el cual la voluntad del causante es la que ordena la forma y manera en que se regirá su sucesión, a cuya voluntad tendrán que sujetarse los herederos y legatarios, a menos que ésta contravenga las normas del *ius cogens*.⁶ Principio, que por sus características denota extrema importancia y que se halla sustentado principalmente en la primacía de la voluntad del causante como fuente de las sucesiones, en el reconocimiento del testamento como corolario de esa expresión de voluntad *mortis causa*, y en el carácter supletorio o complementario que tiene la sucesión intestada.

En la filosofía kantiana la autonomía de la voluntad privada es un concepto procedente que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El concepto constituye actualmente como ya se ha venido indicando un principio básico en el Derecho

¹Pérez Gallardo, Leonardo B. Derecho de Sucesiones: Tomo I:--Ciudad de La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. — p.9.

²Díez-Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil/Antonio Gullón: Vol. IV:--Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1983.--p. 303.

³*Supra* nota 1.

⁴Vocablo en Latín que hace referencia a la causa de muerte.

⁵Los principios que informan el Derecho Sucesorio cubano son:

- a) La voluntad del causante como ley de la Sucesión;
- b) Compatibilidad o coexistencia de las sucesiones testada e intestada;
- c) *Favor Testamenti*;
- d) Perpetuidad del heredero;
- e) Pluralidad de regímenes legales;
- f) Protección del cónyuge supérstite;
- g) Intervención cada vez más creciente del Estado en sede sucesoria.

⁶*Ius cogens* es una locución latina que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho. La doctrina internacional relativa al *ius cogens* se ha desarrollado bajo la influencia de conceptos iusnaturalistas basándose en el Derecho natural o Derecho de gentes la imperatividad de determinadas normas.

Privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.⁷ Pero, en este sentido, también es fundamento del principio espiritualista, de la mayoría de los Códigos Civiles.⁸

En el Derecho Sucesorio, materia en cuestión, la ejecución de la voluntad privada del testador posee dos momentos fundamentales: el momento inmediato que será el acto jurídico testamentario y el momento mediato, que no es más, que la adjudicación del patrimonio, como norma especial contra la voluntad manifestada, que en definitiva es la Ley Primera de la Sucesión en Cuba.

Teniendo en cuenta ello, se define a la autonomía de la voluntad privada, como el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, o bien sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. Es el deseo que expresa una persona antes de morir, al cual se le debe obediencia y fundamentalmente respeto a esa última voluntad privada del causante.

No obstante, se ha de resaltar, que este principio tropieza con disposiciones de carácter específico, con respecto a las cuales el Código Civil tiene carácter supletorio y que norman lo dispuesto en cuanto al bien que se trate, que en el caso particular de la presente investigación, el bien a referir es la vivienda destinada a la residencia permanente.

Por ello, es dable seguir este trayecto de la evolución jurisprudencial del Derecho de Sucesiones en Cuba, a través de sus principales derroteros. Pero, no se puede negar que en los últimos años, además de este importante principio, instituciones como la de los herederos especialmente protegidos se han diseñado con impronta jurisprudencial, ni qué decir de la transmisión por causa de muerte de las viviendas de residencia permanente. Actualmente, uno de los bienes que constituye sin duda alguna uno de los problemas fundamentales del país lo constituye la vivienda, de ahí que, el Estado posea gran interés en ella y por tanto, le otorgue protección jurídica legal, regulando todo lo relacionado con ésta, con la entrada en vigor de la Ley General de la Vivienda.

En relación con las viviendas, el testador como una persona dispuesta a dejar en testamento cualquiera de sus bienes a quien desee, no puede en este caso disponer de ésta a favor de quienes no tengan el concepto de ocupantes de la misma, salvo en los casos en que la vivienda quedare vacía al producirse el fallecimiento del causante, por ser éste su único morador. Pero, en el caso de que una persona ostente tal ocupación, es decir, que resulte ser el ocupante de este bien, y que por ello reciba la vivienda, está obligado a indemnizar a los herederos que no ostenten esta condición.⁹

Como se evidencia, se incluye el denominado requisito de la convivencia en relación a las viviendas de residencia permanente, con el objetivo de proteger a los convivientes del causante, violando notablemente la voluntad privada del testador y dejando totalmente desprotegidas a aquellas personas que resultando igualmente ser los herederos del causante, no posean tal requisito.

DESARROLLO

1.1 Breves consideraciones sobre el término de ocupación o convivencia

La situación de la vivienda, constituye uno de los problemas fundamentales y actuales que afronta el país. De ahí el interés y la necesidad del Estado en la protección jurídica legal de la misma, regulando todo lo relacionado con ésta, a partir de la entrada en vigor de la Ley General de la Vivienda como norma especial supletoria a la Ley Civil Sustantiva cubana, anotada y concordada, la primera, por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia.

Con el triunfo de la Revolución cubana se realizaron cambios radicales tanto en la infraestructura como en la supraestructura de la sociedad,¹⁰ dirigidos éstos a resolver los seis puntos en los que se pronunció Fidel Castro Ruz en su alegato "La Historia me Absolverá".

⁷Autonomía de la Voluntad. Tomado de:

http://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía_de_la_voluntad/mw_head, 22 de febrero de 2011.

⁸*Ibidem*.

⁹*Ibidem*, pp.212-213.

¹⁰*Ibidem*, p.161.

Entre uno de sus puntos se encuentra el problema de la vivienda; refiriendo y cito: (...) que lo ideal en la ciudad es que cada familia viva en su propia casa o apartamento (...).¹¹

Es por ello que con la puesta en vigor de la Ley General de la Vivienda en el año 1984 se dedicara una especial protección a los convivientes del propietario (sean parientes o no) teniendo en cuenta el importante requisito de la convivencia refrendado en la misma.¹² En virtud de éste, tienen el derecho preferente sobre la misma quien la ocupe al momento del fallecimiento de su propietario, si fuera de los llamados a la herencia, y si no, el que cumpliera el requisito del término de convivencia, en dependencia si existía algún lazo de familiaridad con el causante hasta el cuarto grado de consanguinidad o excónyuges del mismo, y que con su anuencia, lo hayan sido durante cinco años antes del fallecimiento del mismo y durante diez años en los demás casos.¹³

Es precisamente, con el objetivo de proteger a los convivientes del causante y que lo fueran con su anuencia con mucho tiempo antes del fallecimiento del titular, que fue incluido el requisito de la convivencia, para poder aspirar a la propiedad de la vivienda. Cuestión ésta, que fue necesaria y obligatoria, teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas de su surgimiento, las que afrontaba el país en cuanto al déficit de viviendas, pero siempre dejando por sentado que la vivienda es para vivir en ella. Por esta razón se hace imprescindible referir diversos términos que se asemejan al de convivencia, que permitan comprender su verdadero alcance.

Si bien es cierto que, el término de convivencia se asemeja notablemente con el de ocupación, también suele ocurrir con el de residencia, entendiéndose por este último, al lugar donde se reside, a la casa donde residen y conviven personas.¹⁴ Fundamento éste, que guarda estrecha relación con los antes referidos términos, pero que a su vez, no aparecen claramente definidos en la citada norma especial, pues en ella sólo se aclara lo referido a las personas que serán consideradas como convivientes.¹⁵

Por su parte, ocupación es, aquella presencia física que se debe ostentar con el propietario de la vivienda, es decir, ocuparla físicamente con su propietario al momento de su fallecimiento. En tanto, para obtener una definición exacta del término convivencia, ha de tenerse en cuenta al conviviente legalmente definido, entendiéndose como tal a las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario.¹⁶

Se ha dejado notoriamente expuesto, que ambos términos: ocupación y convivencia, en cuanto a las viviendas de residencia permanente se asemejan indiscutiblemente, tomando como base que el requisito de la convivencia está integrado precisamente por la ocupación del heredero, en la vivienda propiedad del causante más la convivencia con el mismo. No obstante, se ha de resaltar que aún y cuando a través del requisito de la convivencia se relacionen dos términos de gran relevancia, el mismo incide notablemente en uno de los principios fundamentales del Derecho Civil, que en materia sucesoria se traduce en la autonomía de la voluntad privada del testador. En razón de ello, se hace preciso antes de analizar tal circunstancia, indagar brevemente en el verbo que precisamente hace que uno influya en el otro: la limitación.

Limitación, ante todo, proviene del latín *limitatio*, es la acción y efecto de limitar o limitarse.¹⁷ Etimológicamente el verbo limitar se refiere a poner o fijar límites a algo,¹⁸ o podría ser circunstancia o condición que limita o dificulta el desarrollo de una cosa.¹⁹ La limitación puede ser de cualquier tipo de restricción, por ejemplo: una limitación de velocidad; de tráfico; de un campo; de competencias; una restricción de algún bien o de tiempo; o de otro tipo de contenido.²⁰

¹¹Álvarez Tabío, Pedro. La Historia me Absolverá, Fidel Castro/Guillermo Alonso Fiel:--La Habana: [s.n.], 2008.--pp.52-53.

¹²Aguirre del Cristo, Severo. Ley General de la Vivienda:--La Habana: [s.n.], 1989. — [s.p.].

¹³Ley General de la Vivienda cubana (artículo 78):--La Habana: Editorial del Ministerio de Justicia, 2004.--p.30.

¹⁴*Supra* nota 22. Residencia.--p.203.

¹⁵*Supra* nota 138. Artículo 64.--p.25.

¹⁶*Ibidem*.

¹⁷Limitación. *En* Diccionario Enciclopédico. Vol. 1 (2009). —p.53.

¹⁸*Supra* nota 22.--p. 140.

¹⁹Limitación. *En* Diccionario Manual de la Lengua Española. Vol.1 (2007). —p.67.

²⁰Definición de limitación. Tomado de: <http://Definicion.de.limitación-Qué es, Significado y Concepto/htm>, 12 de abril del 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede conceptualizar de manera general a la limitación como aquel impedimento, defecto o restricción que reduce las posibilidades o la amplitud de algo. Se refieren a las restricciones propias del tipo de problema abordado; por ello son predominantemente de carácter externo.

Luego de analizado todo lo anteriormente expuesto, a lo largo del presente capítulo, se concluye que:

La autonomía de la voluntad privada constituye un principio del Derecho Civil, refrendado en el Código Civil cubano. En virtud del cual, las partes pueden establecer los pactos, cláusulas, y condiciones que tengan por convenientes, salvo disposición legal en contrario, según lo establece el artículo 312 de la antes nombrada norma legal.

En razón de ello, el testamento constituye una de las manifestaciones del citado principio. Traducido como la facultad que posee el testador de disponer libremente de sus bienes a favor de herederos o legatarios instituidos, por voluntad propia.

Por todo esto, la voluntad privada es autónoma, libre de determinar el otorgamiento de sus actos y las consecuencias de los mismos, siempre que se tenga la capacidad suficiente para ello, establecida en ley. En consecuencia de esa libertad de decidir, de disponer, es razonable que la misma produzca los efectos requeridos por el sujeto, y por lo tanto, ha de jugar un papel fundamental, en el sentido que ésta sea cumplida en la forma dispuesta y por encima de cualquier otra disposición, entendiéndose de ello la primacía con la que se ha de manifestar, para que sea entendida como Ley primera de la Sucesión.

El reconocimiento de la primacía de la voluntad privada del testador, le imprime gran importancia a la misma. De ahí la necesidad de que ésta sea dispuesta de la manera más segura y solemne posible, por lo que ha de estar contenida en un documento, el cual es otorgado ante un funcionario público, al que la Ley enviste de gran autoridad: el Notario. Es el testamento, y no otro, el acto jurídico perfecto para dotar de seguridad jurídica las disposiciones de última voluntad contenidas en él.

La autonomía de la voluntad privada, constituye un principio fundamental dentro del Derecho Civil. En el Derecho Sucesorio, se traduce en la libertad que tiene el testador de disponer sobre sus bienes, de ahí que sea considerado como fundamental, entendiéndose como Ley Primera de la Sucesión. Ostentando, por ende, tal primacía, choca incuestionablemente con el requisito de la convivencia, incluido a partir de la puesta en vigor de la Ley General de la Vivienda en Cuba.

1.2 La determinación del requisito de la convivencia en la autonomía de la voluntad privada del testador

Existen disímiles situaciones que se dan en la vida diaria, y que en ocasiones no son recogidas en la ley. Constituye hoy un punto muy vulnerable lo referido a la ocupación, como requisito *sine qua non*, para tener derecho a la adjudicación de una vivienda de residencia permanente, a no ser que ésta quede vacía al fallecimiento de su titular.

Según lo estipulado en el Código Civil cubano vigente, “una persona, puede disponer de su patrimonio en todo o en parte para después de su muerte”,²¹ aunque aparece previamente aclarado, “con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen”.²² Con él, el testador ordena su sucesión para después de su muerte, por lo que se pretende que su voluntad sea ejecutada conforme a como fue referida, razón tal que permite demostrar como a través del otorgamiento del testamento se presencia el nombrado principio de la autonomía de la voluntad privada.

La autonomía de la voluntad privada del testador se veta desde el momento exacto en el que la persona decide testar en circunstancias normales de su vida, no acaeciendo ningún peligro inminente pues de ser así no habrá tiempo para el examen, la exploración, la duda, la inminente decisión de otorgar el testamento. Al expresar la voluntad de beneficiar en testamento a determinadas personas con el legado de una vivienda (o puede resultar ésta el único bien que conforma la universalidad de su herencia, como así sucede en la mayoría de los casos), el testador explora las consecuencias futuras de su designación, o sea, si su voluntad podrá ser cumplida o no, lo que puede manifestarse de dos maneras:

²¹ *Supra* nota 9, artículo 476.--p.112.

²² *Ibidem*.

1.- Cuando el propio testador, al manifestar su voluntad de legar su vivienda a una determinada persona, refiere al notario, para su asesoramiento, sobre las circunstancias de su ocupación, si vive con él, si tiene la dirección en su carnet de identidad, o si por el contrario no la vive, por ser él su único ocupante, o si ésta está ocupada por varias personas y su voluntad no abarca el beneficio a todos por igual. Al respecto, se aprecia que está latente la preocupación por cuestiones, que en la esfera del derecho, son de carácter eminentemente administrativo, primando ello sobre su voluntad real, pues existe el temor de que al no cumplir los requerimientos en este momento, no haya remedio para dar una solución adecuada, una vez que ocurra el deceso del testador.

2.- Cuando el propio notario al explorar la voluntad del testador, le advierta (en el cumplimiento del principio de asesoría y de legalidad, apreciando los elementos aportados por el mismo); los efectos que puede ocasionar el hecho de legar su vivienda a determinada persona, sea ésta heredera o no dentro de los llamados por ley en la sucesión intestada, que no la ocupa, o la manera en que la misma puede llegar a ser propietario del inmueble, del cual es titular; que sería, si lo incluyera oficialmente en su núcleo familiar o si lo admitiera de hecho en su domicilio (que viva, que duerma, que conviva con él) aunque de derecho no. Luego de que el testador aclara estos particulares con el notario, expone entonces de que manera quiere dejar expresada su voluntad en el documento notarial.

Una vez fallecido el testador, se abre paso a la constitución del llamado derecho hereditario, *iter sucesorio*, naciendo una relación jurídica sucesoria, según se establece en el artículo 47 inciso a), del Código Civil cubano.²³ Ésta es de naturaleza eminentemente subjetiva, con el hecho natural acaecido, y que transcurre por una serie de etapas hasta llegar a la adjudicación de los bienes de los cuales era titular el causante. Comienza en este momento, la apreciación por el funcionario actuante, en calidad de intérprete de la voluntad del testador (sea notario o juez, en dependencia si existe litis o no entre los herederos) de todo un conjunto de condiciones o requisitos, como lo define la Ley General de la Vivienda cubana, y la concurrencia de éstos, en la persona del heredero o legatario, para proceder a adjudicarse la vivienda que era propiedad del testador.

De la lectura del artículo 76 de la Ley General de la Vivienda, se deduce que, en principio, éste no limita la autonomía de la voluntad privada del testador, cuando refiere que... "El propietario de una vivienda de residencia permanente podrá testar sobre ella...". Sin embargo, va cambiando el sentido cuando en la segunda parte del mismo establece que, el heredero o legatario instituido, siempre que no se encuentre comprendido dentro de las incapacidades para heredar previstas en el Código Civil cubano, sólo podrá adjudicarse la vivienda, en el caso de que la ocupe al momento del fallecimiento del causante.

En tal sentido Pérez Gallardo refiere, que este precepto indirectamente acota, moldea, y hasta cierto punto deforma el deseo interno del autor del negocio. Ha de tenerse en cuenta que el testamento notarial es el de uso más frecuente por la población cubana, y que el notario tiene entre sus funciones, la de asesorar a las personas que ante él concurren e instruirle sobre el alcance jurídico de sus actos, por lo que será frecuente que el testador forzosamente cambie de parecer una vez advertido de que, en orden a su interés y su última voluntad, de nada vale la disposición sin la ejecución.²⁴

Nótese que desde la etapa previa al otorgamiento del testamento, la apreciación de una condición futura que es la ocupación al momento de la muerte del causante constituye la preocupación fundamental del testador. Por ende, en virtud de ello, se maneja su propia voluntad.

1.3 La preeminencia de la ocupación en el Ordenamiento Sucesorio cubano

La Ley General de la Vivienda como ley especial, aplicable en materia de viviendas, nació con la marcada intención de proteger, en primer lugar a los convivientes del causante, fueran éstos herederos o no del mismo, siendo éste el objetivo fundamental del legislador. Cuestión ésta, que en el transcurso del tiempo ha generado, entre los operadores del derecho, opiniones en contra, pero que obviarla sería incurrir en negligencia e irresponsabilidad en el actuar del funcionario, en su apego a la ley, llámese Notario o Juez.

²³ Artículo 47: "Las causas que generan la relación jurídica son:
a) los acontecimientos naturales".

²⁴ *Supra* nota 151.--p.142-143.

Comienza aquí, un análisis, eminentemente necesario, de la concurrencia del primero de los requisitos, referido a la ocupación del o los herederos instituidos, en el domicilio del testador, referido en el artículo 76 inciso a) de la Ley General de la Vivienda. En todo momento la observancia de este requisito, pone en terreno cenagoso el cumplimiento de la voluntad del testador, anteponiéndose el mismo al tan defendido derecho a la herencia, y refrendado en la Ley Suprema cubana.²⁵ Así, los notarios al conocer de disimiles cuestiones en materia sucesoria, y los jueces, con la delimitación respectivas de sus funciones, resuelven, al amparo de lo que dispone preeminentemente la norma, que es la ocupación.

Es por ello, que resulta necesario definir, el significado del término de la ocupación de la vivienda por no aparecer determinada en la norma especial ni en alguna otra, y el de convivencia. Cuando se habla de ocupación, éste término puede tener varias acepciones, desde ocupar una cosa ajena, cualquiera que sea su género hasta habitar una vivienda.

En la Ley General de la Vivienda no se define claramente el concepto de ocupante. Éste se desprende del análisis de su artículo 64 referido a los convivientes en relación con el artículo 111 de la citada norma, que define los ocupantes ilegales, éstos a su vez en correspondencia con la disposición transitoria novena, inciso g) que recoge los casos en que puede ser declarado un ocupante como legítimo.

En virtud de ello, se puede entender que el ocupante es aquella persona que convive con el testador, con su anuencia y, por tanto, forma parte del grupo familiar, y que tiene derecho a la herencia, pudiendo ser pariente o no del mismo. Lo que hace que se diferencie del ocupante legítimo, el cual no tiene derecho a la herencia, sino que reúne el término de tiempo para que se le reconozca como tal en un momento determinado.

Por su parte convivencia, proviene del verbo convivir, que significa compartir la vida con alguien. Se entiende por conviviente a aquellas personas, que no estando comprendidos en ninguno de los casos de ocupación ilegal, residen con el propietario y forman parte de su núcleo familiar. Nótese que al referirse al conviviente, en él se incluye al ocupante, por lo que ambos términos, ubicados en la materia de sucesión de viviendas de residencia permanente, son utilizados como sinónimos.

Pero, en la vida diaria puede suceder que una persona ocupe una vivienda, de la cual resulte ser heredero o legatario, y que el testador al acaecer su fallecimiento no la vivía, pues legalmente cambió de domicilio, ya que convivía con otra persona. Ante esta situación no es posible adjudicar la citada vivienda al heredero o legatario instituido, aunque éste solamente la ocupaba, pues habría que probar, teniendo en cuenta su condición, que éste convivía con el testador en su propio domicilio.

He aquí entonces, lo que define al requisito de la convivencia, tomando como base a los términos antes citados. Incluye la ocupación en sí del heredero en la vivienda del testador y no sólo ello, sino la convivencia con el mismo, por lo que puede llamarse indistintamente requisito de la convivencia como comúnmente se define en los dictámenes de los Registros y las Notarías, o de ocupación.

A partir de aquí, ya habiendo interrelacionado los términos de ocupación y convivencia, resulta necesario distinguir entre la convivencia demostrada legalmente y la verdadera ocupación, que presupone lo físico y permanente, y por ende, la real convivencia. Significa que al momento de apreciarla, para adjudicar la vivienda cuyo titular es el causante, ha de tenerse en cuenta el funcionario actuante y en dependencia de ello se aportarán las pruebas concretas y necesarias que demuestren tal convivencia. Para el Notario lo constituye la demostración legal de la convivencia como sinónimo de inscripción en los registros correspondientes. Para el Juez, las pruebas a presentar pueden ser varias.

Ello se debe a que el Notario como funcionario público, encargado de dar fe de determinados actos mediante documentos que deja o no unidos a su matriz, se le hace imposible probar estos hechos con otro tipo de pruebas que el Tribunal sí puede admitir. Es lógico que para el Notario constituye prueba fehaciente el hecho de demostrar la convivencia del heredero o legatario, con el Carnet de Identidad del mismo, por cuanto, ante él, concurren aquellas personas entre las cuales no existe litigio alguno.

La controversia de la apreciación de la prueba de la convivencia, comienza cuando existe litis entre los nombrados herederos o legatarios, siendo por ende, el Tribunal el que resuelve. No obstante, los Notarios, al guiarse fundamentalmente por la inscripción antes referida, corren graves riesgos en cuanto a la seguridad que le imprimen a su documento, que puede ser impugnado por una parte afectada.

²⁵ Vid. Artículo 24 de la Constitución de la República de Cuba.

Ciertamente la inscripción en los registros correspondientes, no constituye la prueba, la real certeza de la convivencia de un heredero o legatario, pues para declarar la convivencia tienen que persistir los siguientes requisitos, al amparo del artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, siendo éstos los siguientes:

1.- Que residan con el propietario: pues para que una persona sea conviviente no sólo se debe poseer la dirección en su documento oficial de identidad, ya que el término convivir es mucho más amplio. Convivir, significa compartir la vida, hacerla en común con otras personas, participar de todas las actividades de la familia, entendida ésta como la célula fundamental de la sociedad. Según el diccionario de la lengua española, residir no es más que, estar establecido en un lugar.²⁶

2- Formar parte del grupo familiar: Significa que, si convivir es compartir la vida con la familia, entonces demostrar la convivencia con la dirección oficial, no es prueba fehaciente de este hecho. En la mayoría de los casos es lógicamente coincidente, la interrelación de lo físico con lo legal, y aunque no es competencia del notario resolver litigios, pero sí de su anuencia y responsabilidad cuando se pretende impugnar una escritura de adjudicación hereditaria (a tenor del artículo 67 del Código Civil cubano),²⁷ por algún defecto, en este caso, de carácter sustancial.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular, defiende la preeminencia del derecho de la ocupación sobre el derecho a la herencia. La Sentencia N° 15 de 29 de enero del 2004 en su Único Considerando, de la ponencia de Arredondo Suárez ha defendido de modo incontestable esta preeminencia del derecho de ocupación, amparada en el carácter supletorio del Código Civil cubano respecto a la Ley General de la Vivienda.²⁸

En este mismo sentido apunta la Sentencia N° 256 de 29 de abril del 2003, Primer Considerando (ponente L. Hernández Pérez) por la que se anula una escritura pública de aceptación y adjudicación de vivienda, por no ocupar el heredero adjudicatario la vivienda al momento del fallecimiento del causante. En ese sentido expresa que“(...) dando por sentado que la impugnante no ocupaba la vivienda de la litis al ocurrir el deceso de la testadora, por lo que evidentemente no cumple el requisito de ocupación exigido por la ley para que en su condición de heredera testamentaria pueda adjudicársela (...)”.²⁹

Por ello ha de tenerse en cuenta que la convivencia y la ocupación son términos que pueden definirse indistintamente, de acuerdo al tema al que se refieran. En cuanto a las viviendas de residencia permanente, que constituye la médula de esta investigación, se pueden trabajar como sinónimos, pues al hablar de convivencia evidentemente en ella se incluye la ocupación, constituyendo ésta última, el requisito fundamental a demostrar para que un heredero o legatario pueda adjudicarse el inmueble en cuestión.

De la lectura de los artículos en estudio se desprende que lo protegido es el sujeto o los sujetos convivientes. Por ende, se le otorga una prevalencia a la condición de conviviente por encima de la condición de heredero. Significa que ante una comunidad de herederos, tendrá el derecho preferente a adjudicarse la vivienda, quien demuestre la convivencia con el causante, antes y al momento de su fallecimiento, correspondiéndole al resto sólo el valor de las participaciones hereditarias, que resulten del precio legal de la vivienda.

²⁶ *Supra* nota 22.--p.203

²⁷ Artículo 67: “Son nulos los actos jurídicos realizados:

- a) En contra de los intereses de la sociedad o el estado;
- b) Por personas que no puedan ejercer su capacidad jurídica;
- c) Con violencia física;
- d) En contra de una prohibición legal;
- e) Sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial;
- f) Sólo en apariencia, sin intención de producir efectos jurídicos;
- g) Con el propósito de encubrir otro acto distinto. En este caso, el acto encubierto o disimulado es válido para las partes si concurren los requisitos esenciales para su validez; y
- h) Por una persona jurídica en contra de los fines expresados en sus estatutos reglamento.

²⁸ *Supra* nota 14.

²⁹ A esto Pérez Gallardo se refería cuando explicaba que para el notario la autorización de una escritura pública de adjudicación de vivienda, siempre representa una latente posibilidad de impugnación del instrumento, bajo el argumento de que el heredero que se la ha adjudicado, tras demostrar la fijación del domicilio en dicho inmueble, puede en efecto no haber tenido residencia física en el inmueble, hecho negativo que no tiene por qué ser probado ante notario, ni a éste constarle por otra vía.

1.4 La ocupación. Momento de su apreciación y modo de acreditación

No es posible hablar del término de la ocupación y dejar de lado, el modo en que ésta pueda ser acreditada en un momento determinado, dado el caso que su apreciación constituye un elemento muy importante y definitorio en el cumplimiento de la voluntad del testador. Así, entre dos herederos instituidos en igualdad de condiciones, puede uno de ellos poseer la dirección de la vivienda objeto de adjudicación, y sin embargo, vivir en compañía de su cónyuge e hijos, en otra vivienda que es propiedad de una tercera persona y, sin embargo, el otro heredero al que no le consta la dirección oficial en el Registro de direcciones, por cualquier motivo, no analizado en este momento, por no resultar necesario, permanece establemente al lado del testador, come, duerme, convive con él.

La contradicción estaría, en determinar la prueba perfecta para corroborar el hecho que se cuestiona, que es la ocupación y su extensión en el tiempo, o sea, si éste requisito es mantenido por el heredero o legatario hasta el fallecimiento del testador. Así, resulta inevitable, distinguir entre la convivencia legal y ocupación la física, tantas veces discutida en la práctica, pero no reconocida en el derecho positivo cubano, ni en ninguna otra disposición normativa.

La convivencia legal u oficial, por así llamarla, es perfectamente acreditable mediante el documento de identidad con carácter probatorio. Es lógico, que se tiene un lugar de residencia permanente, por anuencia del propietario de la vivienda en la cual reside, contemplado éste como uno de sus derechos: pero "...los propietarios de las viviendas determinarán libremente qué personas convivirán con ellos, y estarán facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial".³⁰

Pero, puede darse el caso, que un heredero ostente un Permiso de Residencia en el Exterior, y que en el momento de la muerte del testador, se encuentre fuera del país e incluso meses antes de ocurrir el deceso de éste. En este sentido, se puede demostrar la convivencia del heredero teniendo en cuenta, que los que se encuentran bajo las regulaciones de este tipo de categoría migratoria, mantienen todos sus derechos en Cuba, lo cual se considera acertado, por cuanto no sería justo, equipararlo a los que abandonan definitivamente el territorio nacional. Pero aflora una contradicción, ya que en cuanto a los primeros es imposible medir la convivencia desde el mismo punto en que se mide para los herederos que residen en el país.

Se convierte ello en una problemática, con respecto a lo cual hay criterios diferentes y no siempre bien fundamentados. En momentos anteriores, se ha citado indistintamente, la consignación de la dirección de la vivienda, de la que resulta titular el causante, en el carnet de identidad del causahabiente, cuestión que en la realidad, no resuelve con claridad el problema, y la necesidad de apelar a la vía administrativa. En otras ocasiones, al demostrar la concurrencia de este requisito, se presencia que no aparece regulado en ley el modo fehaciente de su demostración. La equiparación de la ocupación a la consignación de la dirección en los registros correspondientes, en múltiples ocasiones es considerada como prueba acertada, pero en otros y no en su minoría, muy cuestionable.

En contrario la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular, en sentencias dictadas, ha trazado como pauta que el derecho de ocupación no es sinónimo de domicilio. Ello se ratifica a través de la revisión de sentencias del Tribunal Supremo Popular entre los años del 2003-2009, publicadas en los Boletines jurídicos de la Unión Nacional de Bufetes Colectivos, en las que se evidencia que los términos de ocupación y convivencia en materia de vivienda resultan ser sinónimos, pero se contraponen a la inscripción en los registros correspondientes.

Se define como tal al "lugar de residencia habitual de una persona, el cual exige tanto el *corpus*³¹ como el *animus*³² para que se corporifique, en el entendido del hecho de habitar en un determinado lugar y en la habitualidad o voluntad de establecerse de forma definitiva y permanente en un lugar, respectivamente,³³ que de acuerdo a lo estipulado es el que consta en el registro oficial correspondiente",³⁴ en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley 1278/1974 de 11 de septiembre, modificativa de la Ley 1234/1971 de 15 de junio y el artículo 15 de la Resolución N° 18/1974 de 30 de diciembre del Ministro del Interior, éstas últimas atinentes al Registro de Población y del Carnet de Identidad.

³⁰ *Supra* nota 138, artículo 64.--p. 25.

³¹ Término en latín que hace mención al cuerpo.

³² Vocábulo que se refiere a la intención de hacer algo.

³³ Lo cual lo separa de la residencia. Sobre este tema en la doctrina cubana más reciente *vid. per omnia* DÍAZ MAGRANS, M. M., "La persona individual" *cit.*, pp. 119-123

³⁴ *Supra* nota 9, artículo 28.3.

Más, no es el hecho de que se tenga fijado domicilio en el inmueble del causante, el decisivo para que el heredero pueda o no adjudicárselo. Para el Alto Foro no prevalece la inscripción meramente formal.³⁵ Una persona perfectamente puede estar inscripto en el Registro de direcciones y en el Carnet de Identidad, y no poseer una ocupación física permanente y estable hasta el deceso del causante del inmueble, considerando necesario el Supremo la presencia de la prueba testifical.

Ésta cuestión, resulta bien difícil para los notarios, pues en cuanto a las adjudicaciones de viviendas, solo cuentan con un requerimiento: el carnet de identidad. Los interesados deben demostrar con su carnet de identidad, la ocupación desde fecha anterior al óbito de su titular y la declaración bajo juramento de que no tienen otra vivienda en propiedad. Así, cumplimentan lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley General de la Vivienda.

Todo ello es perfectamente impugnabile en la vía judicial por quien se considere con derecho a ello, probando el hecho negativo de la no ocupación física del inmueble de quien se lo adjudicó. El hecho de la ocupación escapa por tanto de todo juicio que pueda hacer el notario, de modo que el estar domiciliado no constituye una prueba irrefutable, y sí por el contrario, combatible, por quien se considere con mejor derecho a la adjudicación del preciado bien.

Por ello el Tribunal Supremo defiende la ocupación física por encima de la inscripción en los registros correspondientes. En este sentido, Pérez Gallardo apunta la Sentencia No. 112 de 27 de febrero del 2003, en su Segundo Considerando; en la que se esgrime que, para ostentar derecho de ocupación en sede de transmisión sucesoria de la vivienda, lo que importa realmente es la ocupación física, no la inscripción en los registros correspondientes.

En este mismo sentido resuelve la Sentencia N° 649 de 30 de septiembre del 2004, Segundo Considerando (ponente Acosta Ricart). En ella, se aduce que "(...) el no recurrente residía física y permanentemente en la vivienda, al fallecimiento de su madre propietaria del mencionado inmueble, resultando intrascendente que el mismo con posterioridad a ese hecho natural hubiere realizado un cambio transitorio de dirección, pues lo que resulta determinante en último caso es la situación que existía en la vivienda al justo momento del fallecimiento de su propietario (...)". Posición sumamente clara que centraliza el momento del fallecimiento de la titular como clave para decidir la adjudicación de la vivienda a favor del heredero conviviente, con independencia de los cambios ulteriores de dirección que hiciera, incluso antes de la adjudicación.³⁶

En cuanto al tema debatido, es necesario dejar claro, que cuando la ocupación es temporal, o sea, no permanente en el tiempo, y suscitada por una situación de enfermedad del testador, es ineludible la presencia de una persona por un determinado tiempo, mientras perdure esta circunstancia, y hasta que durante ese margen el testador fallezca. Por esto, es necesaria la presencia física de la persona ocupante en la vivienda hasta el fallecimiento de su propietario. En cuanto a ello, se ha dejado claramente expuesto por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo su parecer sobre la ocupación física. Con esa filosofía, refiere Pérez Gallardo, resulta paradigmática la Sentencia No.36 de 30 de enero del 2004 en su Único Considerando y cito:

(...) a los efectos de la ocupación no puede equipararse la física e ininterrumpida exigida por la Ley General de la Vivienda en su artículo setenta y siete,³⁷ con aquella que de modo circunstancial mantuviere alguno de los herederos. Motivada ésta por situaciones especiales que así lo justifican como lo es el cuidado del titular por causa de extrema gravedad, y que coincidentemente lo sorprenda en tales circunstancias el fallecimiento de esa persona, pues la ocupación física permanente supone ante todo el propósito de que a partir de que ocurra sea ese el lugar físico en que de manera ininterrumpida el ocupante se haya dispuesto y de hecho, desarrolle en el mismo su realidad cotidiana (...).³⁸

Pero no es suficiente que el heredero o legatario ostente la condición de conviviente en vida del testador, sino que ésta se mantenga hasta el fallecimiento del mismo, lo cual es un requisito esencial para que prospere su pretensión.

El segundo de los requisitos previstos en el artículo 76 de la supra mencionada norma especial, es el referido a que si la vivienda quedó vacía al fallecimiento del testador por haber sido éste su único ocupante, momento en el que no es apreciable la ocupación, sino la demostración de

³⁵Pérez Gallardo, Leonardo. Algunos Criterios Jurisprudenciales en sede sucesoria. Boletín ONBC (La Habana) Segunda Parte, (22): 14-17, Enero-Marzo del 2006.

³⁶*Ibidem*

³⁷Artículo 77: "Si al fallecer su propietario sin otorgar testamento, la vivienda estuviera ocupada por sus herederos, se les transmitirá la propiedad de aquella con arreglo a la legislación sucesoria común".

³⁸*Supra* nota 173.--p.14.

lo contrario. El requisito de que ha sido el propietario su único ocupante, y que la vivienda se encontraba vacía a su deceso, puede demostrarse por Resolución de la Dirección Municipal de la Vivienda, y acreditarlo debidamente ante Notario Público de su elección o en caso de litis, como prueba aportada por la parte interesada, en proceso de testamentaría, ante Tribunal competente.

En este caso, el heredero o legatario ha de demostrar que no tiene otra vivienda en propiedad, lo cual es declarado bajo juramento por el mismo, dentro de la propia Escritura Pública de Adjudicación Hereditaria. Pero, esto es posible verificarlo solicitando la titularidad del inmueble en el cual reside, para ver si obra a su nombre, o de otra persona, demostrando así, que no contravenga lo dispuesto en las normas especiales de esta materia, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley General de la Vivienda.³⁹

La segunda parte del artículo 76 antes citado es la que se refiere a cuando se está en presencia de grandes inmuebles que pudieran servir de utilidad pública o interés social u otro uso más razonable, y el heredero o legatario no fuera de los llamados por ley para la herencia intestada. Ante tal circunstancia, se requiere del parecer favorable de la Dirección Municipal de Vivienda, estipulado en su artículo 76.

En razón de lo estipulado, se defiende el derecho de tanteo del Estado cubano, como una de las pautas a seguir por el legislador. Pero, con la puesta en vigor de la Ley General de la Vivienda, no se definen en ella los términos de utilidad pública e interés social, o cual será ese uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, vacío que quedó resuelto mediante la puesta en vigor de la Resolución No. 618/2003 del 21 de octubre, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, contentiva del Reglamento Complementario al Decreto-Ley 233, que modifica artículos de la Ley 65: Ley General de la Vivienda.⁴⁰

Se puede alegar que, con ello no se cumple a cabalidad el principio de la autonomía de la voluntad privada del causante, al no provocar los efectos deseados por el testador. Por lo tanto, la voluntad no se cumple en los términos dispuestos por él, pues si ésta consistió en legar su vivienda a uno de sus familiares, sea o no de los llamados por la Ley para la herencia intestada, no es necesario que para su adjudicación haya que contar con el parecer de la Dirección Municipal, si el titular de cualquier vivienda puede decidir sobre ella, ya sea para testarla a favor de cualquier persona, aún y cuando su vivienda sea un gran inmueble, pues el mismo tiene todo el derecho sobre ella como legítimo propietario, en virtud de lo establecido en la Norma Suprema Cubana.⁴¹

Además, al ejercer el Estado su derecho, y al ocupar el gran inmueble dedicándolo a una obra de interés público o utilidad social, se impone la asignación de otra para el heredero o legatario afectado. En ocasiones, esto se convierte en un grave problema para el primero al momento de la oferta, bien sea, por no contar en ese momento con otro inmueble a su disposición, o porque, el que posee para asignar no resulta ser el más idóneo para ser aceptado por el afectado, en concordancia con el entregado, teniendo en cuenta que ésta entrega depende del fondo habitacional que posee el Estado que se nutre, entre otras causas, de las viviendas de las personas que han abandonado el país con carácter definitivo.

De todo ello, resulta claro, que en la norma especial referida a materia de vivienda, ni en otras disposiciones dictadas al efecto, sea por el Instituto Nacional de la Vivienda o por la Dirección Nacional de Registros y Notarías, no aparece regulado el medio de probar verdaderamente la convivencia. Pero, se puede inferir el modo de actuación de los funcionarios en sus diversos ámbitos, no existiendo criterio unánime que demuestre uniformidad en el actuar de jueces y notarios para probar la convivencia con el causante.

Los notarios son funcionarios que en el cumplimiento de sus funciones dan fe de hechos o actos por pruebas documentales que tienen a la vista y que pueden o no dejar unidos al contenido de la matriz del documento. Poseen posibilidades de actuación inferiores a la de los jueces que por supuesto pueden apelar a pruebas de otro tipo (ya sean extrínsecas e

³⁹ Artículo 2: "El derecho a una vivienda se ejercerá en la forma y bajo los requisitos que establece la presente Ley.

Será legítimo tener, además de la de ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o veraneo. Fuera de esa posibilidad, de la señalada para los agricultores pequeños y cooperativas y de los casos de viviendas vinculadas, ninguna persona tendrá derecho a poseer más de una vivienda".

⁴⁰ A esos efectos se entenderá por grandes inmuebles aquellas residencias y apartamentos que por sus grandes dimensiones aconsejan un uso público o la adaptación para varias viviendas.

El uso "más justo y razonable, en beneficio de la comunidad", incluye todo destino coherente con las necesidades sociales y los servicios a la comunidad, que constituyan decisiones de esencia popular y comunitaria.

⁴¹ Constitución de la República de Cuba actualizada, revisada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia (artículo 21): --La Habana: Editorial MINJUS, 2004.

intrínsecas), en aras de interpretar correctamente la voluntad del testador y en razón de ello cumplirla de acuerdo a los requerimientos exigidos en la Ley.

En concordancia con ello no es medible la convivencia por igual a todos los herederos o legatarios instituidos. Es la ocupación física y permanente en el momento del fallecimiento del testador la que ha de determinar la convivencia del causahabiente con el causante, para poder éste acceder a la titularidad de la vivienda y no la inscripción en el registro de dirección ni en ningún otro.

1.5 El Derecho de los herederos especialmente protegidos a la adjudicación de la vivienda y que no ostentan la condición de convivientes con el causante

Al amparo de lo establecido en la Ley General de la Vivienda cubana, el derecho a la herencia se traduce no sólo en la adjudicación de la vivienda que era titular el causante, sino en el cobro de las participaciones hereditarias correspondientes a los herederos o legatarios que no la ocupaban en el momento de su deceso. Constituye entonces éste, un acto de adjudicación, pero en activo líquido, a pagar por el titular actual de la vivienda, y no una venta de participaciones, como en ocasiones ha sido calificado.

Puede suceder que, entre algunos de los instituidos herederos o legatarios por el testador, concurren circunstancias de especial protección, en razón de la edad o de su capacidad. Por ende, determina su ineptitud para trabajar, por lo que dependen económicamente del causante y son así reconocidos por éste en su testamento, como colorario de su última manifestación de voluntad. Éstos a su vez, pueden no convivir con el testador a su fallecimiento, en razón de lo dispuesto en la Ley General de la Vivienda, por ello, sus padres o tutores serán quienes comparecerán en su representación, y sólo recibirán el importe del precio legal.

Con respecto a este particular son muchas las polémicas que se suscitan en la práctica. En la mayoría de los casos, no es el pago de la participación hereditaria lo que resolvería el problema de estos herederos, sino acceder a la titularidad del inmueble, por no contar con otro, aunque evidentemente tengan un lugar de residencia que es el mismo de sus padres o tutores. Pero, puede suceder que no sea el ideal para su desenvolvimiento familiar, y además porque al estar privados de su plena capacidad, no pueden residir en lugar distinto de sus representantes legales.

En sentido amplio se ha interpretado en ocasiones el supra mencionado artículo 76 de la Ley General de la Vivienda, por la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular, cuando los herederos resultan ser hijos menores de edad....”, teniendo en cuenta que dada su minoría de edad no podía decidir el lugar de su domicilio. Afirma Pérez Gallardo que, la decisión adoptada por la Sala marca un criterio jurisprudencial, no cambiado en decisiones posteriores

La ocupación es un requisito que no debería medírsele a los menores de edad, pues al no tener, en razón de su edad, poder de determinación, residirán donde lo hagan sus padres. En la mayoría de los casos y en este caso en particular, debido a la alta tasa de divorcialidad, la guardia y cuidado del menor, será a favor de la madre. Pero se ha de tener en cuenta que el menor al perder la posibilidad de adjudicarse el inmueble recibe el importe de su parte hereditaria, el cual no resulta ser lo más conveniente, pues al no poseer un hogar adecuado, con ese importe no podrá aspirar adquirir un inmueble.

Al respecto es un contrasentido pretender interpretar el artículo 76 inciso a) de la Ley General de la Vivienda cuando se trate de menores, exigiéndole el requerimiento de ocupación que sí es reclamable en personas adultas, mayores de edad, plenamente capaces, con facultad para tomar decisiones sobre el inmueble en que pretenden residir. Continuar por este derrotero hermenéutico puede conducir, según alerta Larenz, “a una contradicción de valoración dentro del orden jurídico”,⁴² a toda costa necesario evitar, pues supondría atentar contra los principios que informan la determinación de la guarda y cuidado de los menores hijos y la protección del interés superior del menor, valores de rango supremo en el ordenamiento jurídico cubano.⁴³

Evidentemente, como refiere en los argumentos anteriores, el Doctor Pérez Gallardo, a la cual se afilia la autora de este trabajo, resulta muy atinada la interpretación dada por la Sala Civil del Tribunal Supremo Popular, en la solución del caso presentado. Debe prevalecer ésta, por el momento que transcurre, que es precisamente la adjudicación, aunque el menor no tuviere permanentemente la convivencia con su causante padre.

⁴²Vallet de Goytisolo, J. B. Manuales de Metodología III/ Larenz:--[s.l.]: [s.n.], 1996.--p.123.

⁴³Supra nota 173.

En razón de ello, y en defensa de los herederos que no poseen la plena capacidad jurídica, por motivos de la edad, y que aún no se han emancipado,⁴⁴ se ha dictado el Dictamen 6 de fecha 20 de agosto del 2010, de la Dirección Nacional de Registros y las Notarías del Ministerio de Justicia. Dictamen, por el cual se establece que el heredero sea, legal o voluntario y el legatario que tenga esta incapacidad, podrá tener derecho a adjudicarse la vivienda, aunque no la viva, siempre y cuando, cuente con la anuencia del resto de los herederos, pues el menor no puede decidir su lugar de convivencia, por estar bajo la guarda y cuidado de sus padres, o alguno de ellos, quien decidirá por el mismo, teniendo en cuenta que, el cumplimiento de la voluntad del causante dependerá de la voluntad del resto de los herederos instituidos por él, lo que a juicio propio no resolverá las disyuntivas o polémicas que en este tema se suscitan frecuentemente. Un aspecto de importancia a acotar que ha sido tratado con anterioridad, con respecto a éste dictamen, y que se contradice con la mejor intención de beneficiar al menor, es que la condición de que el mismo, pueda formar parte de la copropiedad sobre el inmueble, del cual es titular el causante, dependerá de la anuencia del resto de los herederos que comparecen al acto. Significa ello que, si hay acuerdo entre los herederos, el Notario adjudicará la vivienda conformando una copropiedad por cuotas, entre éstos y el menor, debidamente representado. En el caso de que no exista acuerdo al respecto, tendrán que proceder al Tribunal, para que éste resuelva el litigio, el cual en la mayoría de las veces, acata estrictamente lo que dispone el artículo 76 inciso a) de la rígida Ley General de la Vivienda. En este sentido, le entrega al menor el importe de su participación hereditaria que como heredero le corresponde, en el caudal relicto del causante, que no siempre constituye la mejor opción para beneficiarlo, en razón de cual sean sus intereses, aunque la interpretación del citado precepto ha sido extensiva en algunos casos, constituyendo ello un paso de avance en la defensa de los derechos del menor.

Pero, si se habla de incapacidades, se debe tener en cuenta, a aquel heredero especialmente protegido que resulte ser un incapacitado, declarado como tal a tenor de lo establecido en el artículo 493.1 del Código Civil cubano.⁴⁵ Ante ello, se impone la necesidad de definir la incapacidad que se puede padecer, que de ser mental y física, lo enmarca dentro de los requisitos para ser considerado un heredero especialmente protegido, pero a los efectos de determinar si puede discernir entre el bien y el mal, es sólo la incapacidad mental la que lo impide, aunque ambos pueden presuponer una desprotección económica con el causante. En esta misma balanza hay que ubicar a los ascendientes del causante o a su cónyuge, que no sean incapaces mentales, ni físicos, pero que por razón de la edad, al amparo de las normas del Código de Trabajo, no están aptos para trabajar, aunque les acompañe una buena salud, por lo que evidentemente dependerán económicamente del causante.

Por tanto, se entiende por incapacidad mental, como su nombre lo indica, a la falta de capacidad mental. Las personas que la padecen son aquellas que no tienen uso de la razón, que presentan problemas psicológicos mentales, pero que poseen todo otro tipo de capacidad, como por ejemplo, pueden caminar, tienen buena visibilidad, audición, entre otros. Lo que hace que se diferencie este término con el de discapacidad, pues en este último, preexiste una capacidad mental absoluta y plenamente confiable pero, carece de otras funciones desde el punto de vista físico. El caso que se pretende abordar es el del heredero, que por razón de su incapacidad mental no puede regir su persona y bienes, auxiliándose para ello, según lo establecido en el vigente Código de Familia, de la asignación de un tutor,⁴⁶ que responderá por sus acciones. Se entiende, que deba tener el mismo razonamiento del incapaz por razón de la edad, que por no poder determinar libremente el lugar donde vivir, no puede ocupar la vivienda de la cual resulta ser heredero, y sin embargo, ha quedado fuera su regulación con la emisión del citado dictamen.

La autonomía de la voluntad privada del testador se limita desde el momento en que la ley lo obliga a asignar la mitad de todos sus bienes, derechos y acciones a aquellos que cumplen los requisitos de especial protección reconocidos en el Código Civil Patrio. La limitación va más

⁴⁴En este particular se hace necesario tener en cuenta el artículo 29.1 de la *supra* nota 9, en el que se establece:

Artículo 29.1: "La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:

a) por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos; y
b) por matrimonio del menor".

⁴⁵Artículo 493.1: "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 aquéllos;
b) el cónyuge sobreviviente; y
c) los ascendientes".

⁴⁶*Vid.* Código de Familia cubano, artículo 148.

allá, hasta el punto de que al cumplirse la voluntad del testador, el heredero especialmente protegido (que es el que más interesa), puede ser designado a su vez heredero en comunidad con otros, de la otra mitad de todos sus bienes, derechos y acciones, o legatario de la vivienda, de la cual es titular el testador, pero no puede adjudicarse la misma por no tener el requisito de la convivencia.

Ésta cuestión ha sido salvada en parte en relación a los menores de edad con el enunciado Dictamen No. 6/10 de la Dirección Nacional de Registros y Notarias del Ministerio de Justicia. Tratamiento que igualmente pudieron recibir otros considerados también herederos especialmente protegidos.

1.6 El Derecho de los instituidos herederos o legatarios que no ostentan la condición de convivientes con el causante

Retomando lo reseñado en los inicios de éste trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en la norma especial, el derecho a la herencia se traduce no sólo en la adjudicación de la vivienda propiedad del causante, sino también en el cobro de las participaciones hereditarias correspondientes a los herederos o legatarios que no la ocupaban en el momento de su deceso. Constituye por tanto éste, un acto propio de adjudicación.

Pero sucede que debido al déficit habitacional existente en Cuba, en ocasiones, de acuerdo al estado de necesidad que tengan los mismos, el pago de sus participaciones por el heredero ocupante, no resuelve la problemática. Con dicha remuneración no se puede aspirar a adquirir un inmueble por las limitaciones existentes y porque lo recibido constituye el precio legal fijado por el Estado.

Hasta el momento sólo se ha analizado, el perjuicio que se ocasionaría a los herederos o legatarios en cuanto a la vivienda de residencia permanente, de la cual es titular el testador, cuando éstos resulten no ser plenamente capaces en razón de la edad o de su capacidad. Pero es también preocupante, de acuerdo a que la necesidad de viviendas, continúa siendo en la actualidad, uno de los principales problemas que agobian a la sociedad, la situación de aquellos herederos, que siendo plenamente dueños de sus actos, para determinar su lugar de residencia y que aún siendo instituidos por el testador, que al no contar con el requisito de la convivencia, no puedan aspirar a la titularidad del inmueble y quede ésta ocupada por personas que sean herederos o no del causante.

Se ha visto en reiteradas ocasiones, que el testador ha dispuesto que sea su última voluntad la que todos sus hijos en igualdad de condiciones, hereden el inmueble, del cual era propietario, teniendo en cuenta que aunque algunos no conviviesen con él, no significa que tuviesen otra vivienda en propiedad, sino que simplemente conviven en otro núcleo. Puede ocurrir que vivan con su pareja, y que dada la alta tasa de divorcialidad que predomina en el país, se ponga fin al vínculo matrimonial que los unía y por el cual permanecía en ese núcleo familiar y tenga que regresar a su lugar de origen, que ya no sería la casa de sus padres, al haberse adjudicado ésta, al heredero que la ocupaba, y con el cual reside su familia.

CONCLUSIONES

Del análisis que se ha dedicado a la convivencia como requisito indispensable para acceder a la titularidad de la vivienda, en caso de fallecimiento de su titular, se concluye que:

Su inclusión en la Ley General de la Vivienda, con el justo sentido del legislador de proteger a los convivientes del causante, ha provocado una contradicción entre los preceptos constitucionales con otros de la norma sustantiva, que de hecho se consideran de menor jerarquía.

Está presente en la mente del sujeto, desde el momento previo al otorgamiento del testamento, convirtiéndose en una preocupante, que puede llegar hasta el extremo de ser predominante en la decisión que tomará el testador.

En atención a ello, designará como sus sucesores a aquellos que lo cumplen desde esta etapa previa al otorgamiento del testamento o realizará acciones encaminadas a determinar su permanencia, o simplemente modificará su voluntad en razón de lograr el efecto deseado.

En virtud de ello, se le niega la posibilidad a los herederos no convivientes o los que no hayan mantenido esta convivencia hasta el momento del deceso del testador, de acceder a la titularidad de la vivienda, diferencias salvadas en algunos casos, con la aplicación de dictámenes posteriores, que dan al traste con el pleno cumplimiento de la voluntad del testador.

Se sitúa en plano superior el derecho de ocupación, quedando subyacente el derecho a la herencia.

Se impone el cumplimiento del requisito de la convivencia para que un heredero pueda acceder a la titularidad de la vivienda del testador.

El modo de demostrar la convivencia, se convierte ciertamente en un laberinto de posibilidades, no correspondiéndose con la realidad del hecho, existiendo por ello, herederos convivientes y otros que serán simplemente herederos, lo que hace que se susciten diferencias entre estos, y en la mayoría de los casos, desigualdades familiares.

La inscripción en los registros correspondientes no constituye prueba fehaciente para determinar la convivencia del heredero con el testador.

Se afecta a los herederos especialmente protegidos, en la porción que les reserva la ley, si constituye la vivienda el único bien integrante del patrimonio del causante, pues al no convivirla, recibirá el importe de su precio legal, que aunque constituye un ingreso de beneficio para éste, no resulta ser quizás lo que cubra su verdadera necesidad.

En consecuencia, se veta la autonomía de la voluntad privada del testador, o sea, la libertad de decidir libremente sobre el destino de su vivienda para cuando acontezca su fallecimiento, limitando así su cumplimiento.

BIBLIOGRAFIA

- Aguirre del Cristo, Severo. *Ley General de la Vivienda (Actualizada)* / Severo Aguirre del Cristo. — La Habana: Editorial del Ministerio de Justicia, 2004. —45p.
- _____. *Ley General de la Vivienda* / Severo Aguirre del Cristo. —La Habana: [s.n.], 1989. —33p.
- Álvarez Tabío, Pedro. *La Historia me Absolverá (Fidel Castro)* / Pedro Álvarez Tabío, Guillermo Alonso Fiel. —La Habana: Editorial Anotada, 2008. —27p.
- Amoroso, Yarina. El gobierno electrónico en el Ministerio de Justicia de la República de Cuba. *Revista Jurídica* (La Habana), (9): 16, Enero-Junio del 2004.
- Autonomía. *En* Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Vol.1 (1982). —p.188.
- La autonomía de la voluntad. *En* Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española. Vol. 1 (1993). —p.117.
- La autonomía de la voluntad. *En* Diccionario de la Lengua Española. Vol. 1 (1995). —p.33.
- Autonomía de la Voluntad: Tomado De: <http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia-voluntad/autonomia-voluntad2.shtml>, 18 de febrero de 2011.
- Autonomía de la Voluntad. Tomado De: http://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía_de_la_Voluntad/mw-head, 22 de febrero del 2011.
- Borges, Jorge Luis. *Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado* / Jorge Luis Borges. — Barcelona: Editorial Grijalbo Mondadori S.A, 1995. —23p.
- Catardo, Emmanuel. *Autonomía de la Voluntad Contractual* / Emmanuel Catardo.--Argentina: Editorial Reus, 1998.--p.22.
- Clemente Díaz, Tirso. *Derecho Civil* / Tirso Clemente Díaz. —La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982. —322p.
- Compilación de Derecho Notarial. —La Habana: [s.n.], 2005. —86p.
- Cuba. Constitución de la República. —La Habana: [s.n.], 1976. —23p.
- Cuba. Dictamen No. 3. Sobre las adjudicaciones de viviendas por causa de herencia. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1991. —4p.
- Cuba. Dictamen No. 4. Sobre la necesidad de la convivencia con el causante del heredero testamentario para que pueda adjudicarse la vivienda que a su favor fue dispuesta en el testamento. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1992. —5p.
- Cuba. Dictamen No. 6. Menores de Edad. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 2010. —4p.
- Cuba. Ley No. 48. *Ley General de la Vivienda*.--La Habana: [s.n.], 1984. —21p.
- Cuba. Ley No. 50. *Ley de las Notarías Estatales*. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1984. —6p.
- Cuba. Ley No.59. *Código Civil cubano*. —La Habana: [s.n.], 1987. —8p.
- Cuba. Resolución No. 7. *Reglamento de Registros de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos*.-- La Habana: [s.n.], 1990. —6p.
- Cuba. Resolución No. 70. *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1992. —5p.
- Cuba. Resolución No. 618. *Vivienda*. —La Habana: [s.n.], 2003. —3p.

_____. La nueva Ley General de la Vivienda / Rodolfo Dávalos Fernández.
—La Habana: Editorial Félix Varela, 2003. —25p.

Definición de limitación. Tomado De: <http://Definicion.de.limitación-Qué es, Significado y Concepto/htm>, 12 de abril del 2011..

Ferri. La Autonomía Privada. *Revista de Derecho Privado* (Madrid): 36, 1969. — p.11.

Gatti, Hugo E. Modalidad de la Voluntad Testamentaria / Hugo E. Gatti. —Montevideo: Editorial Martín Biachi Altuna Maldonado, 1954. —315p.

Herederos Especialmente Protegidos. *Boletín ONBC* (La Habana), (18): [s.p.], Junio del 2000.

Ius Cogens. Tomado De: <http://es.wikipedia.org/wiki/Ius-Cogens-mw-head>, 28 de febrero del 2011.

Jordano Barea, Juan B. El Testamento y su interpretación / Juan B. Jordano Barea.--Granada: [s.n.], 1999. —26p.

Limitaciones a la autonomía de la voluntad. Tomado De: <http://www.encyclopediainjuridica.biz14.com>, 28 de febrero del 2011.

Limitación. *En* Diccionario Enciclopédico. Vol. 1, (2009). —p.53.

Limitación. *En* Diccionario Manual de la Lengua Española. Vol.1, (2007). —p.67.

Limitación. *En* Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo. 1, (1969). —p.69.

Limitación. Tomado De: <http://www.canalsocial.net/GER/enciclopediaA.asp>, 22 de febrero del 2011.

Manual de Procedimientos Técnico Integral de la Vivienda. —La Habana: Instituto Nacional de la Vivienda, 2007. —84p.

Morejón Aguilar, Eduardo. Vivienda / Eduardo Morejón Aguilar. —La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1992. —127p.

Ojeda Rodríguez, Nancy. Los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual / Nancy Ojeda Rodríguez. —La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2002. —57p.

Peral Collado, Daniel A. La Sucesión Intestada / Daniel A. Peral Collado, Guillermo de Vera Sánchez. —La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986. —85p.

Pérez Gallardo, Leonardo B. Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, Primera Parte. *Boletín ONBC* (La Habana), (21): 24, Octubre-Diciembre del 2005.

_____. Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, Segunda Parte. *Boletín ONBC* (La Habana), (22): 24, Enero-Marzo del 2006.

_____. De la autonomía de la voluntad y de sus límites / Leonardo B. Pérez Gallardo. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2003. —67p.

_____. Compilación de Derecho de Sucesiones / Leonardo B. Pérez Gallardo. —La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 2006. —Vol. 1-2.

_____. Derecho Notarial / Leonardo B. Pérez Gallardo.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —t 1.

_____. Derecho de Sucesiones / Leonardo B. Pérez Gallardo. —Ciudad de La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —t. 1, 2, 3.

_____. Derecho de Sucesiones / Leonardo B. Pérez Gallardo. —*En su: Escritura Pública.*--La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —t.1. —p.15-32.

_____. Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Primera Parte. *Boletín ONBC* (La Habana), (37): 22, Enero-Marzo del 2010.

_____. Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Segunda Parte. *Boletín ONBC* (La Habana), (38): 16, Abril-Junio del 2010.

_____. Temas de Derecho Sucesorio cubano / Leonardo B. Pérez Gallardo, María Elena Cobas Cobiella:--La Habana: Editorial Félix Varela, 1999. —37p.

Pérez Ripoll, Alexis. La concesión de emancipación en sede notarial. *Revista Jurídica* (La Habana), (8): 36, 2005.

Primacía. Tomado De: <http://www.wordreference.com/definición/primacía/fórum>, 21 de febrero del 2011.

Principios del Derecho de Sucesiones. Tomado De: <http://www.sabetodo.com>, 10 de marzo del 2011.

Requisito de la Convivencia. Tomado De: <http://www.aganador.com/contenido/21nova-casino.html>, 20 de marzo del 2011.

Rivas Martínez, Juan José. Derecho de Sucesiones Común y Foral / Juan José Rivas Martínez. --Madrid: [s.n.], 1992. —36p.

Rodríguez Montero, Gustavo E. El régimen jurídico de la Vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba / Gustavo E. Rodríguez Montero. —Sancti Spiritus: [s.n.], 2005. —92p.

Sánchez Toledo, Humberto José. Apuntes de Derecho de Sucesiones / Humberto José Sánchez Toledo, María Elena Cobas Cobiella. —La Habana: [s.n.], 1989. —85p.

Schopenhauer, Arthur. La Voluntad. Tomado De: <http://es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche>, 22 de febrero de 2011.

Sucesión Testamentaria. *Revista Jurídica* (La Habana), (9): 224, Octubre-Diciembre de 1985.

Trasmisión al Estado del Patrimonio del causante sólo en defecto de todos los herederos llamados ex voluntate y ex lege. *Boletín ONBC* (La Habana), (24): [s.p.], Diciembre del 2000.

_____. Panorama del Derecho de Sucesiones / Juan B. Vallet de Goytisolo.-
-Madrid: Editorial Cívitas, 1982. —959p.

Vega Vega, Juan. Comentarios a la Ley General de la Vivienda / Juan Vega Vega. —La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1986. —93p.

Verdejo, Pedro C. Legislación Notarial / Pedro C. Verdejo. —La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986. —234p.

Viviendas de propiedad personal. Tomado De: <http://vlex.com/source/anuario-mexicano-derecho-internacional-5272>, 15 de marzo del 2011.

Viviendas. Tomado De: <http://www.altarot.com>, 15 de marzo del 2011.

El Voluntarismo. *En* Gran Enciclopedia Rialp. Tomo 1, (1991). —p.53-60.