

EMIGRACIÓN Y RETORNO: DE LA INCAPACIDAD
PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL
A LA “RESTITUCIÓN” DE LA CAPACIDAD SUCESORIA,
INCLUSO EN FASE DE ADJUDICACIÓN. COMENTARIO A LA
SENTENCIA NO. 140 DE 8 DE MARZO DE 2017 DE LA SALA
DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE CUBA

*EMIGRATION AND RETURN: FROM THE INABILITY TO SUCCEED
EX ARTICLE 470 OF THE CIVIL CODE TO THE “RESTITUTION” OF
THE SUCCESSORY CAPACITY, EVEN IN THE ADJUDICATION PHASE.
COMMENTARY ON SENTENCE NO. 140 OF MARCH 8, 2017 OF
THE CIVIL AND ADMINISTRATIVE CHAMBER OF THE SUPREME
COURT OF CUBA*

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 636-649



Leonardo
B. PÉREZ
GALLARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de junio de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: La incapacidad para suceder ex artículo 470 del Código Civil cubano no se aplica si en fase de adjudicación hereditaria, el emigrante ha retornado al país, reasentándose en este. De modo que se "rehabilita" para suceder. De tal manera, el tratamiento de esta causal de incapacidad, rectius, de exclusión para suceder, tiene una naturaleza especial, al no hacerse coincidir necesariamente la capacidad para suceder, en estos extremos, con el momento del deceso de quien deviene causante.

PALABRAS CLAVE: Migración; sucesión por causa de muerte; incapacidad para suceder.

ABSTRACT: The inability to succeed ex Article 470 of the Cuban Civil Code does not apply if in the phase of hereditary adjudication, the emigrant has returned to the country, resettling in it. So that it "rehabilitates" to succeed. In this way, the treatment of this causality of disability, rectius, of exclusion to succeed, has a special nature, since the ability to succeed, in these extremes, does not necessarily coincide with the moment of death of the person.

KEY WORDS: Migration; succession due to death; inability to succeed.

SUMARIO.- I. EMIGRACIÓN E INCAPACIDAD PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL. LA ESPECIAL NATURALEZA DE DICHA CAUSAL.- II. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE REASENTADOS DE LOS CIUDADANOS CUBANOS EMIGRANTES Y SU INCIDENCIA EN MATERIA SUCESORIA.- I. El restablecimiento de la capacidad para suceder aún en fase de adjudicación. Necesidad de probar para la autorización en vía notarial del título sucesorio, el estatus migratorio de los titulares de llamados precedentes. 2. Contenido del juicio de notoriedad notarial en los títulos sucesorios ab intestato. Posibilidad de su rectificación judicial, no nulidad, cuando los llamados han sido alterados.

SUPUESTO DE HECHO

El señor R. F. A., interpone demanda en proceso ordinario ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, radicándose al número 53/2016, interesando la nulidad del acta de declaratoria de herederos de su difunta madre, la señora C. A. M., título sucesorio por el cual se llaman a la sucesión en calidad de únicos y universales herederos a los hermanos de su madre (tíos de él) nombrados L. A. M. y R. A. M. Al momento de la tramitación de dicho título, el señor R. F. A. tenía la condición de emigrante, por lo que al amparo del artículo 470 del vigente Código Civil, carecía de capacidad para suceder. Sin embargo en el título sucesorio no se probó – como correspondía-, la condición de emigrante de R. F. A., siéndole suficiente a la notario autorizante la declaración de la abogada, promovente del título, en el sentido de que el único hijo de la causante había emigrado del país con carácter definitivo. Los bienes hereditarios de la causante no se habían adjudicado aún a los llamados a la herencia a tenor del título sucesorio que se impugna, en tanto que el señor R. F. A., había retornado al país, reasentándose en él.

La Sala de instancia dicta la Sentencia número 197, de 31 de agosto de 2016, declarando CON LUGAR la demanda establecida y en consecuencia, nula el acta de declaratoria de herederos.

DOCTRINA

La incapacidad para suceder prevista en el artículo 470 del vigente Código Civil, cuyo carácter absoluto y condicionado por la realidad socioeconómica nacional, exige la concepción de un régimen jurídico distinto al del resto de las causales

• **Leonardo B. Pérez Gallardo**

Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Notario. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia y Vicepresidente de la Sociedad del Notariado Cubano. Presidente del Consejo Editorial de la Revista Cubana de Derecho.

que incapacitan al sujeto con vocación hereditaria para concurrir a la herencia, de modo que el control del estatus migratorio del sucesor, debe ser ejercido hasta la fase de adjudicación del caudal, por la trascendencia que tiene, sobre todo en la sucesión intestada.

COMENTARIO

I. EMIGRACIÓN E INCAPACIDAD PARA SUCEDER EX ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO CIVIL. LA ESPECIAL NATURALEZA DE DICHA CAUSAL

No creo haber “hallado” en el Derecho comparado un precepto similar al artículo 470 del Código civil que a mi juicio hoy día no tiene razón de subsistir en un ordenamiento jurídico que se abre al proceso migratorio, tras la modificación de la Ley de migración, operada por la Ley 302/2012, de 11 de octubre. Tampoco pretendo reproducir en este breve comentario lo que ya he dejado por escrito sobre el tema de los antecedentes del precepto y el desfase entre el dictado de la norma y el entorno social en el que hoy se aplica¹. Tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en 1948, establece entre los derechos humanos el de fijar residencia en el territorio del Estado del que es nacional (artículo VIII)² y otros tratados de derechos humanos extienden el alcance de este derecho, a lo que pudiera entenderse conculca este precepto del Código civil, a saber: el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, el cual arbitrariamente no puede ser controlado y menos aún vetado (artículo 13.2 de la Declaración universal de derechos humanos). Igualmente consagrado en el artículo 22.2 de la Convención americana de derechos humanos y en el artículo 12 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en su apartado 4 recalca, además, que nadie puede ser, arbitrariamente privado del derecho a entrar a su propio país³. Y es que si bien el Código civil no prohíbe en este precepto la entrada al país, los efectos en el orden patrimonial son exactamente restrictivo de derechos,

1 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Transmisión al Estado del patrimonio del causante sólo en defecto de todos los herederos llamados *ex voluntate* y *ex lege*. Alcance y sentido del artículo 546.1 del Código Civil. La excepción consagrada en el artículo 473.1 del mismo cuerpo legal” en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 6, enero-abril del 2001; “Capítulo IV. Constitución del derecho hereditario”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo 1 (bajo su coordinación), Félix Varela, La Habana, 2004; “Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)”, en *Revista peruana de jurisprudencia*, No. 63, año 8, mayo 2006; “El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008 (Primera Parte)” en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 37, enero-marzo de 2010; “El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008 (Segunda Parte)”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 38, abril-junio de 2010; “Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el derecho cubano: un atinado giro copernicano”, en *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, No. 1, 2013.

2 Vid. el contenido de dicha Declaración en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultada el 26 de julio de 2017.

3 Vid. dichos tratados internacionales en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/acuerdo01.pdf>, consultada el 26 de julio de 2017.

en tanto que la persona que ha emigrado y no retorna en el plazo hoy día de 24 meses, se entiende al amparo de dicha norma que es incapaz para suceder, al considerársele, en torno verdaderamente peyorativo y desajustado a la realidad, más politizado e ideologizado que técnico, que abandona el territorio nacional, cuando el ciudadano no renuncia ni desatiende su tierra, sino simplemente decida fijar residencia en el territorio de un Estado distinto al suyo, lo cual le es permisible conforme con los tratados y convenciones internacionales. Privarle del derecho a la herencia, constitucionalmente reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna, a quien decide residir fuera de Cuba, no tiene justificación. Atrás quedaron aquellos tiempos en que la Ley 989/1961, de 5 de diciembre, dispuso la confiscación de los bienes y derechos de quienes al inicio del proceso revolucionario decidieron partir del país. Una norma que respondió a la euforia y a las pasiones de los primeros tiempos y a necesidades de coyuntura histórica, pero que en todo caso debió haber sido Derecho de aplicación temporal y excepcional y no una norma ordinaria extendido excesivamente en el tiempo como a la postre resultó, abrogada precisamente por el Decreto-Ley 302/2012.

Al final con la aplicación de la norma no se cercenó la emigración, esta ha seguido aumentando y por el contrario se ha privado y se sigue privando del derecho de suceder por causa de muerte a los causantes cubanos que residían en el país, no solo a quienes tomaron esa decisión razonadamente, sino también a niños, adolescentes e incapacitados judicialmente, que no tomaron la decisión *per se* y que en razón de su minoridad o incapacidad, aun residiendo permanentemente en otros países, han tenido que padecer de manera injusta y arbitraria, la rigidez de preceptos como el artículo 470 del Código civil, impidiéndoles toda posibilidad de concurrir a la sucesión, por cualquier título, de familiares cubanos, residentes en el país, con incremento de sus participaciones a favor de otros familiares que no tienen el veto sucesorio que la emigración de un cubano conlleva para él.

La Sentencia *in commento* deja clara la peculiar naturaleza que tiene esta causal de exclusión para suceder, que sin dudas contiene un reproche político del Estado, más que un reproche moral o afectivo del causante de la sucesión frente a los potenciales herederos o legatarios. No es el causante el que se siente ofendido, es el Estado, el que a través del Derecho reprime a aquellos que decidieron emigrar, fijando residencia con vocación de permanencia en otro Estado. Y como quien reprocha es el Estado, no hay posibilidad de alzar el veto que la incapacidad para suceder supone, como acontece en las causales de incapacidad sucesoria reguladas en el artículo 469 y que sí revisten tal naturaleza. El Estado amorra al testador, aplasta la autonomía privada con el Derecho imperativo. Esta causal tiene un tratamiento distinto, de ahí que el legislador le haya dedicado un precepto *ad hoc*. Con ello marca la diferencia. Dicha causal tiene efecto excluyente absoluto, sin posibilidad de redención por parte del testador, quien nada tiene que perdonar

porque la reprimenda no la ha impuesto él. Esta viene del Estado quien no solo sanciona al emigrado sino también al testador al coartarle su planificación hereditaria, pues si bien no está impedido de testar a favor de aquel, la ejecución del testamento según los designios del testador se supeditaría a un cambio de circunstancias: a saber, o que la norma sea derogada – lo cual hasta el momento no ha acontecido-, o que el emigrante decida fijar residencia en el país, antes de que se proceda a la ejecución de la última voluntad, pero de no darse estas circunstancias, la *voluntas testatoris* no tendría buen fin, siendo recomendable en todo caso cuando se testa a favor de una persona que ha emigrado, acudir a instituciones como la sustitución vulgar (*vid.* artículo 482 del Código civil) con la cual se nombran a otras personas, para que alternativamente y según el orden prelatorio establecido por el propio testador, puedan sucederle en defecto de aquellos a quienes el legislador les impide suceder.

De ahí que, el estatuto jurídico de esta causal de incapacidad sucesoria es peculiar, y a ello apunta la sentencia que se comenta. Ciertamente es así.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE REASENTADOS DE LOS CIUDADANOS CUBANOS EMIGRANTES Y SU INCIDENCIA EN MATERIA SUCESORIA

Según el Diccionario de la RAE, asentarse es un verbo pronominal que significa “(F)ijar (una persona o una población) su residencia en un lugar”, y aunque no aparece la voz reasentarse, teniendo en cuenta que el prefijo *re-*, que es de origen latino, y que en su primer significado implica aquel prefijo “que entra en la formación de verbos con el significado de ‘volver a’”. No cabe duda que reasentarse significa volver a fijar una persona su residencia en un lugar. Y este es uno de los méritos de la Sentencia, el definir con un nombre semánticamente más acertado, al margen de expresiones cargadas de sentido ideológico, la situación de quien decide volver a fijar residencia permanente en Cuba. Quien retorna al país con ese propósito, sin hesitación alguna, se reasienta, vuelve al lugar donde un día estuvo asentado, donde tenía fijada su residencia con vocación de permanencia.

Obsérvese que la Sentencia no habla de repatriados, expresión peyorativa o denigrante para quien decidió emigrar, pues emigrar no significa renunciar a la patria, ni a la ciudadanía. Quien emigró no es un apátrida, no hizo sino ejercicio de un derecho humano, amparado en tratados y convenciones internacionales. El lenguaje no es neutro, es el vehículo para comunicarnos y transmitir ideas. Como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia “... no cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje jurídico, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales” (Sentencia C-042/17, Magistrado ponente Aquiles Arrieta Gómez), “(e)l lenguaje es a un mismo tiempo instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el

medio con fundamento en el cual resulta factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado. El lenguaje es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica” (Sentencia C-804 de 2006, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto; aclaración de voto Marco Gerardo Monroy Cabra). Al mismo tiempo, “el uso emotivo de las palabras utilizadas por el legislador al formular una regla de derecho determinada puede interferir derechos fundamentales de las personas” (Sentencia C-1088 de 2004, Magistrado ponente Jaime Córdova Triviño). En fin, “los signos lingüísticos cumplen no solo una función referencial o denotativa, sino también connotativa, y que muchas veces tienen una carga emotiva e ideológica. Y dado que las palabras, incluidas las palabras de la ley, suelen inscribirse en marcos conceptuales determinados, y normalmente no son ideológicamente neutros, los enunciados legales no solo tienen un uso prescriptivo a través de la regulación de las relaciones jurídicas, sino que también pueden tener otro tipo de usos ‘paralelos’, cumpliendo roles representativos o asertivos, expresivos, constitutivos o declarativos, relacionados con la representación de la realidad, con la reproducción de percepciones, concepciones, cosmovisiones e imaginarios, con la manifestación de sentimientos y emociones, o con insinuaciones sobre el status o condición de ciertos sujetos” (Sentencia C-458/15, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado).

Según el dictado del artículo 48.1 del Reglamento de la Ley de Migración (tras las modificaciones que introduce el artículo 1 del Decreto 305/2012, de 11 de octubre) “Los ciudadanos cubanos emigrados que pretenden establecer su residencia en el territorio nacional lo solicitan ante las representaciones diplomáticas o consulares, o ante la oficina de trámite del Ministerio del Interior que corresponda, cuando se encuentran en Cuba”, procedimiento regulado por normas internas del Ministerio del Interior. Este proceso concluye con el reasentamiento de quien hasta esa fecha tenía la condición de emigrante. Al declararse CON LUGAR su solicitud, procede entonces expedirse a su favor el documento de identidad. Una vez reasentado, tiene todos los derechos de cualquier cubano, entre ellos el de adquirir la propiedad sobre bienes inmuebles (vetada a los no residentes al amparo del artículo 2 de la Ley General de la Vivienda) y el de heredar a los causantes cubanos residentes en el país. De este modo, opera una especie de restablecimiento o restitución de la capacidad para suceder, sin precedentes en esta sede. Opera un levantamiento del veto legal que la condición de emigrante supone para poder suceder en Cuba. Y ello es el aporte más significativo de esta Sentencia.

Y este levantamiento del veto prohibitivo puede acontecer dentro del íter sucesorio después de la apertura de la sucesión. Tratándose de una sucesión *ab*

intestato, antes de construirse el título sucesorio, de manera que al tramitarse la declaración de herederos, serían llamados no solo aquellos parientes o cónyuge, según corresponda, con capacidad para suceder al momento del deceso del devenido causante, sino también quienes por motivo de reasentamiento, ya tienen fijada residencia permanente en Cuba en ese momento, aunque no la tuvieran en el de apertura de la sucesión e igualmente (y este es el caso sometido al foro), cuando ya construido el título, el reasentamiento acontece después.

Es lógico que si el tratamiento que se ha dado a la incapacidad para suceder reconocida en el artículo 470 del Código Civil es diferente a la del resto de las causales de incapacidad sucesoria, al medirse esta incapacidad, tomando en cuenta no el momento del fallecimiento del causante, como sí ocurre con el resto de las causales de incapacidad, sino la época en que tiene lugar la partición hereditaria, de modo que si en ese momento ya se tiene la condición de emigrante, también se le considera incapaz para suceder. Igual tratamiento debiera tener entonces una situación inversa, siguiendo idéntico hilo conductor y la misma lógica jurídica. Así, si una de las personas con derecho a la herencia (ya sea por testamento o por ley) retorna al país, después del fallecimiento, pero antes de la adjudicación, e incluso después de la tramitación del título sucesorio (de ser una sucesión *ab intestato*) en el que no fue incluida, debería prosperar su *petitum* de su inclusión en el título sucesorio *ab intestato*, y por supuesto, en cualquier caso, en el acto de partición de la herencia, pues su aptitud para suceder ha de entenderse recuperada desde que fija de nuevo residencia permanente en el país, reconociéndosele todos sus derechos civiles, entre ellos el de adjudicarse los bienes que como heredero le corresponde, aunque ciertamente no tuviera aptitud para suceder al momento mismo del deceso del causante, pero se trataría de la peculiar situación jurídica, de una herencia si bien ya deferida, no adjudicada. Por lo tanto, para ser justos, si quien emigra, incluido en el título sucesorio, no tiene derecho a adjudicarse la cuota que le correspondía, si el acto particional se practica después de su salida definitiva del país⁴, con toda justeza debiera actuarse de igual forma, en el sentido contrario, o sea, cuando el emigrado retorna en una fecha en la que tampoco se ha practicado la partición hereditaria. Con una visión aproximativa al tema se ha pronunciado antes el Tribunal Supremo en un caso matizado además, por la concurrencia de una menor a la herencia, a quien incluso – como ya he apuntado – nunca debiera declarársele incapaz para suceder, pues supone un perjuicio que riñe con el artículo 3 de la Convención internacional de los derechos del niño, al restringírsele derechos hereditarios, a quien no ha podido tomar partido en la decisión de sus progenitores de emigrar del país. En el supuesto jurisprudencial, aunque la menor había retornado antes de la tramitación del título sucesorio *ab*

4 Entiéndase también la fecha en que se declara a quien hoy ha salido del país, sin pretensión de establecerse definitivamente fuera de Cuba, pero que al transcurrir los 24 meses establecidos en ley, decide no retornar al país. En tal caso se tiene como emigrante no en la fecha en que salió sino en la fecha en que fue declarada su negativa de retorno.

intestato, y había salido después del fallecimiento del causante, no cabe dudas que había emigrado, en principio con carácter definitivo, no obstante, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia No. 766 de 30 de noviembre del 2005, primer Considerando (ponente González García), matiza el caso, sobre todo en lo que concierne a qué entender por “abandono” definitivo del país, y en claro pronunciamiento favorable a la menor dice que en “(...) el supuesto de autos en que la menor considerada incapaz para heredar por haber salido del país con posterioridad al fallecimiento de la causante, luego retorna antes de que se declaren sus herederos, con repatriación autorizada, obviamente no puede encuadrarse en la situación fáctica que sirve como fundamento al precepto que se cita por la recurrente como infringido (artículo 470) por la interpelada sentencia, que es el abandono del territorio nacional de forma definitiva (...)”⁵. Quizás más conectada con las ideas que he venido exponiendo puede resultar

5 *Se trataba de una menor que residía en Cuba al momento del fallecimiento de la causante y que luego emigra con carácter definitivo del país, al cual retorna después “repatriada”.*

En el supuesto de autos, una de las notas interesantes es que al momento del retorno todavía no se había tramitado el título sucesorio demostrativo del llamamiento a la herencia ab intestato, pero no puede perderse de vista, que el título da certeza del derecho a heredar, y es vital para acreditar la condición de llamado a suceder, es decir de titular exclusivo o cotitular del ius adeundi, la delación contenida en el acta de notoriedad de declaración de heredero, se entiende nacida en el mismo instante del óbito de quien resulta causante de las sucesión, y en ese instante el menor residía en Cuba, lo cual hace obvio que aunque al momento de emigrar con carácter definitivo, no tenía a su favor un título que le acreditaba como heredero de la causante, sí que lo era, si bien no lo podría demostrar por la carencia de ese título formal, pero materialmente ya estaba llamada, si bien esa delación no se había instrumentado notarialmente. Se entra aquí en la arena movediza de la determinación del momento en que se debe tener la capacidad para suceder que, a diferencia de otros códigos civiles de nuestro entorno histórico y geográfico, que fijan esencialmente, el momento del deceso del causante, como aquel a tomar como referente para determinar la capacidad para suceder de los herederos, el nuestro hace mutis al respecto. Adpero, en Cuba con la introducción de esta peculiar causal de incapacidad para suceder, la situación se torna más confusa, pues no basta con que el llamado esté habilitado para heredar al momento del deceso del causante, porque resida en Cuba en esa fecha, sino porque se requiere que lo haga también al momento de la tramitación del título sucesorio y cuando se proceda a adjudicar la herencia.

*La sentencia deja claro que se trató, si se me permite decir de una “suspensión de la capacidad sucesoria”, durante el período en que el menor emigró con carácter definitivo del país, pues esta la tenía, cuando falleció, quien devino después causante, y también la “retoma”, al momento de tramitarse el título sucesorio, razón por la cual, no debió habersele excluido del título sucesorio demostrativo, ni del título particional. En todo caso, no puede obviarse que el reasentamiento, mal llamado “repatriación” no tiene efectos *ex tunc*, sino *ex nunc*. Desde el momento en que el emigrado vuelve a fijar residencia permanente en Cuba tiene reconocidos todos los derechos previstos por la Constitución y la legislación ordinaria, pero en el caso conocido entiende el Alto Foro, quizás bajo el manto de una *factio iuris*, que la capacidad para suceder solo fue suspendida, no privada, de modo que no se trata de restablecer derechos confiscados o perdidos, sino de continuar en su ejercicio, tras un período de “levitación jurídica”.*

De ahí que comparta la justeza de ese primer fallo judicial, a cuyo tenor deja sentado el Tribunal Supremo de que “(...) el supuesto de autos en que la menor (sic) considerada incapaz para heredar por haber salido del país con posterioridad al fallecimiento de la causante, luego retorna antes de que se declaren sus herederos, con repatriación autorizada, obviamente no puede encuadrarse en la situación fáctica que sirve como fundamento al precepto que se cita por la recurrente como infringido por la interpelada sentencia, que es el abandono del territorio nacional de forma definitiva (...)”. Con él, el Alto Foro, excluye al menor de la aplicación de los efectos del artículo 470 del vigente Código Civil, que en su momento supuso una “dulcificación”, de las diáfanas consecuencias confiscatorias reconocidas en el artículo 2 de la Ley No. 989/1961, de 5 de diciembre, por fortuna, ya abrogaba.

*La sentencia tuvo el mérito de resolver, por vez primera, una laguna del ordenamiento jurídico, relativa la situación jurídica de quien, capaz para heredar al momento de su deceso, por reunir todos los presupuestos exigidos *ex lege*, entre ellos el tener fijada residencia en Cuba, emigra, y luego retorna antes de la adjudicación hereditaria. La solución se encara por el Tribunal Supremo al entenderse con capacidad para suceder. En todo caso trasciende, la que se tiene al momento del fallecimiento y su permanencia al tiempo de la adjudicación, sin más efectos que esa “suspensión” que opera por haber adquirido la condición de emigrante definitivo en ese interregno. De ahí se infiere que, si el reasentamiento opera después de la adjudicación, los efectos *ex nunc* que se predicán de esta condición le impiden reclamar derechos sucesorios a quien retorna. Y ello,*

la Sentencia No. 78 de 30 de septiembre del 2011, dictada en proceso ordinario, por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana (ponente Herrero Chong), a cuyo tenor los jueces actuantes entendieron que "(...) la pretensión interesada por la promovente no debe prosperar, ya que ella misma ha demostrado que el Sr. (...) ostenta la condición de repatriado, al haber emigrado con carácter definitivo y luego retornado al territorio nacional igualmente de manera definitiva, con lo cual se restablecen y reconocen en él sus derechos como ciudadano cubano, tanto políticos como civiles y dentro de estos últimos se incluyen los patrimoniales, entendiéndose que si bien no se restablecen los que le fueran confiscados con la mentada salida (...), nada obsta para que pueda adquirir otros derechos patrimoniales nuevos. En el caso sometido a nuestra jurisdicción, al regresar el referido señor al país, no se había tramitado el título demostrativo del llamamiento a la herencia ab intestato; si bien había abandonado el territorio nacional al momento del fallecimiento de su madre, con su reinscripción nuevamente en suelo patrio, consideramos que sí le asistirá el nuevo derecho a ser llamado a la sucesión de su extinta progenitora, admitiendo por tanto que está capacitado para ello. Resulta controversial determinar el momento en que se posee capacidad para suceder, no ofreciendo nuestro texto sustantivo solución al respecto y aunque la remiten muchos al momento de la desaparición física del causante o titular del derecho, nos afiliamos a la tesis de que tal capacidad sea extendida más allá, de la muerte, con lo cual la admitimos al instante de que el llamamiento se corporice con el título sucesorio demostrativo correspondiente (...)"

I. El restablecimiento de la capacidad para suceder aún en fase de adjudicación. Necesidad de probar para la autorización en vía notarial del título sucesorio, el estatus migratorio de los titulares de llamados precedentes

Como ya he explicado, el valor de esta sentencia radica entre otras razones en reafirmar que el control por parte de la autoridad, ya sea notarial o judicial, respecto de la capacidad para suceder en el caso de personas que han emigrado del país no se detiene en el momento de apertura de la sucesión, que se hace coincidir con el del fallecimiento de quien deviene causante, sino hasta la adjudicación⁶, ya

aunque se tuviera habilitado para heredar al momento del deceso, pues la situación migratoria devenida después, esfumaría toda posibilidad de adquirir derechos en ese orden, y en tal sentido la repatriación sería extemporánea. Vale una última acotación. La solución judicial, a mi juicio, resultó justa además, por otra razón, amén de la correcta interpretación que se hace desde el Derecho en la búsqueda de la tuición de los derechos subjetivos. Y es que se trata de una menor que no decidió emigrar por sí misma, dada su edad, con lo cual la interpretación del Supremo Tribunal estuvo a tono además con la Convención de los derechos del niño, de la cual Cuba es signataria, motivo por el que se protege con esta decisión judicial los derechos patrimoniales del menor, concretamente los de sucesión por causa de muerte. Otro tanto a favor del fallo judicial.

6 De ahí que se exprese: "... la relación que establece la inconforme entre la fecha de la muerte, la obtención de la condición de reasentado a cargo de su contrario y la autorización de la declaratoria de herederos objeto de impugnación, no se aviene a la especial naturaleza de la causal de incapacidad prevista de forma exclusiva en el artículo cuatrocientos setenta del Código Civil, cuyo carácter absoluto y condicionado por la realidad socioeconómica nacional, exige la concepción de un régimen jurídico distinto al del resto de las causales que incapacitan al sujeto con vocación hereditaria

sea para privarlos de la delación hereditaria por haberles sobrevenido la causal de incapacidad sucesoria regulada en el artículo 470, aún después del fallecimiento del causante, o para atribuirles tal condición, algo así como para “restituirles” la capacidad sucesoria que por ley tenían excluida durante el tiempo en que permanecieron en el extranjero con la condición de emigrantes, por cualquiera de las circunstancias previstas en ley, si se reasientan en Cuba después del momento de la apertura de la sucesión y antes de la adjudicación hereditaria⁷.

Por ello se recalca la necesidad de que al tramitarse en sede notarial el acta de declaración de herederos, el notario no se apoye, con exclusividad en la declaración del abogado, quien al concertar el contrato de servicios jurídicos, ha de recabar información sobre la existencia o no de parientes o cónyuge con derecho a la herencia, que tenga la condición de emigrantes, lo cual de ser positivo, ha de probarse con las certificaciones correspondientes expedidas por las autoridades del Ministerio del Interior; sea en supuestos en que el emigrante es uno más de los comprendidos en el llamado sucesorio, o cuando sea el único, como en el caso juzgado, en que el hijo de la causante, era su único descendiente, razón por la cual de acreditarse su condición de emigrante al momento de tramitarse el título sucesorio, se justifica el llamamiento hereditarios a favor de parientes ubicados en llamamientos ulteriores, amén de la rectificación del juicio de notoriedad, -que no nulidad-, como también esclarece la Sentencia *in commento* en su segundo Considerando *in fine*, de probarse ulteriormente su reasentamiento, siempre que ello acontezca antes de la partición y adjudicación hereditaria. De ahí la reprensión hacia la notaria autorizante en el sentido de que “prescindió de comprobar el estatus migratorio de los titulares del primer llamado en virtud de la declaración de la promovente contenida en el convenio de servicios jurídicos aportado, según la cláusula segunda del instrumento analizado, lo que quebranta la imperatividad del artículo ciento seis, inciso b del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, con trascendencia a la integración de la causal de ineficacia del artículo dieciséis, inciso d, de la Ley de las Notarías Estatales”.

Luego reiterado en el segundo Considerando de la Sentencia al exigir del notario requerir “de verificaciones, que si bien algunas pueden estar supeditadas a las declaraciones del promovente, aun con las limitaciones que supone la representación letrada imperativa para este tipo de intervención notarial, otras como los fallecimientos y el estatus migratorio de posibles sucesores, requieren bajo el diáfano mandamiento del artículo ciento seis, inciso b de la Ley de las Notarías Estatales, la comprobación documental de manera ineludible por el

para concurrir a la herencia, de modo que el control del estatus migratorio del sucesor, debe ser ejercido hasta la fase de adjudicación del caudal (...)”.

7 Cabe incluso que ya se haya tramitado el acta de declaración de herederos, supuesto en el cual el notario pudiera rectificar el juicio de notoriedad contenido en dicho instrumento, en el sentido de “restituirle” la capacidad para suceder, siempre que, eso sí, no se haya partido la herencia, ni tan siquiera parcialmente.

actuante, dado el control registral que el Estado ejerce sobre ambos fenómenos, como clara expresión de acatamiento a una estipulación imperativa que tributa a la seguridad jurídica y sobre todo a la emisión de un juicio de notoriedad que se corresponda con la realidad objetiva a la que se refiere”.

En conclusión, la Sentencia deja claro que la capacidad para suceder se restablece si el emigrante se ha reasentado en Cuba, no solo después del fallecimiento de quien causa la sucesión sino también si tal reasentamiento acontece antes del momento de practicarse la partición y adjudicación hereditarias.

2. Contenido del juicio de notoriedad notarial en los títulos sucesorios ab intestato. Posibilidad de su rectificación judicial, no nulidad, cuando los llamados han sido alterados

Por último, y no menos importante, resulta el razonamiento a modo de *obiter dictum* que se hace en la Sentencia *in commento*, en el segundo Considerando *in fine*, respecto de la naturaleza jurídica del acta de declaración de herederos. En efecto, al tratarse de un acta de notoriedad –tesis que abraza el Alto Foro–, donde el notario fija precisamente la notoriedad de un hecho que llega ya notorio ante él⁸. Notoriedad que alcanza en la esfera de los hechos el fallecimiento de una persona sin haber otorgado testamento, o habiendo otorgado éste, es inválido, o no agota todo el caudal patrimonial, transmisible a la muerte de su titular y en la esfera del Derecho, la aplicación de las normas del Código civil relativas a los órdenes sucesorios, a los fines de determinar según dichas normas y a partir de los parientes más propinuos del causante o del cónyuge, cuyos lazos parentales o conyugal han sido debidamente probados por vía documental ante el propio notario, quiénes tienen derecho a la sucesión, o sea, a favor de quiénes opera la delación hereditaria. Como expresa IRURZUN GOICOA “La actas de notoriedad contienen, pues, una declaración, un juicio o calificación del Notario, acerca de la percepción que otras personas han tenido de hechos ocurridos en un determinado ambiente o localidad en que el Notario sea competente y una valoración de la situación jurídica que aquellos hechos, ya notorios, han contribuido a crear”⁹.

8 En su Resolución de 16 de abril de 2013 – retomada en la Resolución de 13 de julio de 2016-, ambas de la Dirección de los Registros y del Notariado de España, dicho ente directivo respecto de las actas de notoriedad se pronuncia en el sentido de “que este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de «visu et auditu», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios”. Vid. la última de las resoluciones citadas, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, No. 196, de 15 de agosto de 2016, en <http://s03.s3c.es/imag/doc/2016-09-12/DGRN.ActadeNotoriedad.pdf>, consultada el 27 de julio de 2017.

9 Vid. IRURZUN GOICOA, D.: “Función del acta de notoriedad en el ab intestato. Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013”, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/ARTICULOS/2013-acta-notoriedad-abintestato-irurzun.htm>, consultada el 27 de julio de 2017.

Tratándose de una subespecie de las actas de calificación jurídica, apunta el Supremo Tribunal, de probarse un cambio en las circunstancias tomadas en cuenta al momento de autorizar el acta, puede el tribunal rectificar el juicio de notoriedad en lo que atañe al llamamiento hereditario, conforme con la realidad. Ergo, si después de autorizada el acta de declaración de herederos¹⁰, el pariente o cónyuge, emigrante, retorna al país y fija residencia permanente en él, ese “restablecimiento” de la capacidad para suceder del que se ha hablado en estos comentarios, de existir conflicto entre el pariente o cónyuge reasentado con mejor o incluso igual derecho frente al resto de las personas que han sido llamadas a la sucesión del causante y que así consta en el juicio de notoriedad emitido por el notario autorizante, se traduce –judicialmente hablando–, en un *petitum* de rectificación por el tribunal del acta de notoriedad sobre declaración de herederos, en los concretos términos de la persona o personas con mejor o igual derecho a la sucesión hereditaria, o sea, del sujeto o los sujetos con delación hereditaria, quedando subsistente los demás extremos del juicio de notoriedad¹¹. En consecuencia, se hace improcedente –según el razonamiento contenido en la Sentencia–, interesar la nulidad del acta de declaración de herederos, *rectius* la nulidad del juicio de notoriedad contenido en el acta, pues en una y otra variante el plano formal o instrumental estaría en todo caso incólume¹².

10 Y aclaro que coincido con IRURZUN GOICOA en que la denominación de acta de declaración de herederos en ordenamientos jurídicos como el español y el cubano que adoptan el sistema romano de adquisición de la herencia, previa aceptación, sin la cual el llamado no se arroja de la condición de heredero, es una mera ilusión óptica.

Como dice el autor citado “La ‘declaración de herederos abintestato’ no existe. Ni el juez, ni el Notario, desde que entró en vigor la ley de 30 de abril de 1992, declaran o hacen herederos. Lo más que pueden decir, y lo dicen, es a quién corresponde la herencia, quiénes pueden heredar, quienes son los potenciales herederos

El heredero nace y se hace por la libre voluntad de un sujeto que tiene a un favor un título causal que le legitima para ello. (Aparte es el caso del Estado que no haya sido instituido por el testador).

Antes de que esta voluntad nazca, sólo hay una o varias personas en una situación en la que habrán de optar entre aceptar o repudiar la herencia, entre ser herederos o no serlo; esa opción les hace ser ‘herederos potenciales’ y el ejercicio de la opción les convierte herederos si aceptan y les aparta de la herencia, sin suceder al causante, si renuncian.

(...)

Ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicho sea en su honor, la que ha utilizado la postura correcta, desde sus Resoluciones del Sistema Notarial de 18 de enero y de 1 de febrero de 2005 y, de modo singular en la de 28 de junio de 2006 que se expresa, con rotunda claridad en los siguientes términos: ‘El acta de notoriedad para caso de abintestato no es suficiente para acreditar su condición de heredera, pues tal calidad nace por la aceptación de la herencia...’

11 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES habla de revisión judicial del juicio de notoriedad en los casos de asignación errónea de derechos hereditarios. Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRES GARCÍA, A.: “El acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1763, año XLIX, 5 de diciembre de 1995, p. 6076.

12 Sobre este tema he incurionado, defendiendo incluso su rectificación en sede notarial.

Vid. Al respecto PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cabe la ‘preterición’ en los títulos sucesorios abintestato?”, en *Revista Jurídica*, Ministerio de Justicia, 3ª época, año 6, No. 13, 2014, pp. 81-92 y la doctrina que allí cito.

