

CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LEGÍTIMA: UN ANTÍDOTO PARA LA PRETERICIÓN

Generic protection clauses of legitimate: An antidote for preterition

(Comentarios de la Sentencia No. 826 de 29 de diciembre de 2015 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO*

Recibido: 13-06-2016

Aceptado: 22-06-2016

SUMARIO: 1. A propósito de la preterición. 2. La futuridad de los efectos del testamento, la transitoriedad de la condición de especialmente protegido y el cambio de circunstancias. 3. El empleo de las cláusulas de protección genérica de la legítima. 4. ¿Por qué las cláusulas de protección genérica de la legítima pueden un antídoto para la preterición? El caso objeto del comentario.

Resumen

La previsibilidad por el testador de cláusulas de protección genérica de la legítima, a cuyo tenor se avizora la posibilidad de que sobrevengan herederos especialmente protegidos tras el otorgamiento del testamento, formulada en términos de alcance general, conlleva a que no se considere preterida la hija del testador, menor de edad, dependiente económicamente de su padre, tanto al momento del otorgamiento del testamento como al del deceso de aquel, en tanto que se entiende que aún no mencionada expresamente, está comprendida en la cláusula de reconocimiento genérico de futuros legitimarios, y en consecuencia atribuida la mitad de lo que por legítima le corresponde.

Abstract

Predictability by the testator clauses generic protection of legitimate, which provides the possibility that come upon heirs specially protected after the granting of the will, formulated in terms of general scope entails deemed not preterida daughter is looming

testator minor, economically dependent on his father, both at the time of the granting of the will as to the death of that, while it is understood that, although not expressly mentioned, falls in clause generic recognition of legitimarios future, and consequently attributed half of what by legitimate due.

Palabras clave

Sucesión – Testador – Efectos civiles – Preterición – Escritura Pública – Heredero – Nulidad - Sucesión ab intestato – Cláusulas de compromiso – testamento – Mortis causa

Key world

Succession - Tested - Civil Effects - Preterition - Deed - Heir - Nullity - intestate succession - Clauses commitment - will - Mortis cause

Tema del comentario

La indudable virtualidad de la cláusula de protección genérica de la legítima, al evitar un supuesto de preterición, de quien siendo legitimaria al momento del otorgamiento del testamento, y no mencionada expresamente por el testador, lo sea, igualmente, al momento de su deceso, instante crucial para apreciar la condición de legitimaria asistencial,

* Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. Notario

entendiéndose en tales circunstancias atribuida su legítima dada la sustantividad de dicha cláusula con alcance tuitivo genérico.

Ponente

José Félix León Rivas

Extremos enjuiciados

Si se considera preterida o no, y en consecuencia nula o no, la institución de heredero contenida en un testamento notarial en la que el testador no reconoce la existencia de herederos especialmente protegido (teniendo bajo su protección económica a su hija, menor de edad, la que en estas condiciones le sobrevive), pero previsoramente incluye una cláusula de protección genérica de la legítima por la cual expresa que de existir legitimarios al momento de su deceso le sea atribuida la mitad de su patrimonio hereditario.

Doctrina sentada:

La presencia de una cláusula de protección genérica de la legítima en la que se prevé por el testador que si al momento de su deceso existieren herederos especialmente protegidos, se les reserva la porción de la herencia establecida por la ley, salva la omisión que pudiera generar perjuicio a la legitimaria no incluida expresamente en el testamento, en tanto que con ello se entiende atribuida a su favor la porción de la herencia que en carácter de legítima le asegura el apartado 1º del artículo 492 del Código Civil, sin imponerle tampoco gravamen alguno a esa porción hereditaria al momento de la apertura de la sucesión (intangibilidad cualitativa de la legítima).

Textos legales aplicados

Artículos 492.1 del Código Civil.

Fallo:

No ha lugar al recurso.

Hechos:

El señor A otorga testamento notarial en 1º de diciembre de 2011 por el que instituye única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros a su hermana D. B. M. El señor A tenía una hija nombrada J. A. B. P., menor de edad, quien dependía económicamente de él, circunstancias que se mantienen *in integrum*, al momento de su deceso. En dicho testamento, el señor A, en su cláusula PRIMERA, manifiesta no tener herederos especialmente protegidos alguno pero si existieran al momento de su fallecimiento "les reserva" la porción de la herencia establecida por la ley. La madre de la menor J. A. B. P., interpone demanda en proceso ordinario sobre nulidad de testamento notarial (*sic*) contra la heredera testamentaria, a la postre hermana del causante, y tía de la menor de edad, la cual es sustanciada en los autos del proceso ordinario número 82/2015 de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial de Camaguey, resolviéndose la litis por Sentencia No. 63 de 5 de agosto de 2015 de la referida Sala por la que se declara SIN LUGAR la demanda, interponiéndose recurso de casación, tanto por la parte actora del proceso como por el fiscal, recursos que en esencia se sustentan en que ha existido preterición de la menor, aun la fórmula empleada por la cláusula de protección genérica de la legítima, acusándose como infringidos, en el orden sustantivo, los artículos 476, 492.1, 493.1. a), 495.1, en relación con los artículos 67 ch) y d) y 68.1, todos del Código Civil.

1.- A propósito de la preterición

La posibilidad de incurrir en un supuesto de preterición en el título sucesorio testamentario es un fantasma que acecha al testador y que podría frustrar su proyección sucesoria. Por muy precavida que resulte una persona en su deseo de ordenar hasta el último detalle la manera en la que quiere transite su sucesión por razón de su muerte, la posibilidad de que no tome en cuenta la existencia de algunos de

los legitimarios que le sobrevivan, pudiera ser un obstáculo que entorpeciera la planeación sucesoria. En el orden jurisprudencial cubano desde el Tribunal Supremo se define la preterición como “*la omisión en el testamento de alguno o todos los herederos especialmente protegidos a los que el testador por mandato de ley estaba obligado a reservarles una porción determinada legalmente*” (Sentencia No. 768, de 30 de noviembre del 2005, único Considerando, ponente Díaz Tenreiro), “*omisión de un heredero en el testamento (...) ya sea por olvido, o intencional (...) imputable al testador*” (Sentencia No. 35 de 31 de enero del 2008, único Considerando, ponente Acosta Ricart, Sentencia No. 427 de 30 de diciembre del 2010, primer Considerando, ponente Acosta Ricart), “*sólo acontece por olvido del testador, al dejar de relacionar dentro de sus herederos a quien por imperio de la Ley, estaba obligado a nombrar*” (Sentencia No. 413 de 30 de agosto de 2013, único Considerando, ponente Acosta Ricart). En tanto en el orden doctrinario cubano alude la profesora ALFARO GUILLÉN que la preterición es “*la institución jurídica que califica la situación en la que se encuentra el legitimario cuando se ha omitido en testamento su condición sin que tampoco haya existido atribución alguna mortis causa o por actos inter vivos realizados por el testador a su favor*”¹, de modo que enfatiza en los dos pivotes del concepto, la mención y la atribución. La preterición es una situación, provocada, ya intencional o por error², por el testador, que expresa la máxima

conculcación de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. La propia ALFARO GUILLÉN en su estudio monográfico sobre el tema recalca que lo más trascendente es la atribución pues cabe que el testador mencione al legitimario o especialmente protegido, sin darle la cuota que a este corresponde, pero el mencionarle como legitimario le conecta inexorablemente con la cuota que el Derecho a través de normas imperativas reconoce a su favor *ex artículo 492 del Código Civil*, si bien la legítima regulada en nuestro Código es una legítima negativa o de freno que impone al testador el deber de atribuir la *portio debita*³.

2.- *La futuridad de los efectos del testamento, la transitoriedad de la condición de especialmente protegido y el cambio de circunstancias*

Al ser el testamento un negocio *mortis causa*, sus efectos para los terceros se supeditan al fallecimiento de su autor. *Ergo*, el tiempo que puede discurrir entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador, puede ser muy variado, en dependencia esencialmente de las circunstancias del otorgamiento, si quien otorga el testamento es una persona joven, y a su vez resulta ser longevo, entonces el período a transcurrir, será sin dudas prolongado, de modo que puede incidir notoriamente un cambio

en uno u otro caso. De este modo, la construcción conceptual de los supuestos de lesión no debe atender a la causa, sino a la consecuencia. Lo contrario conduce a la injustificada saturación del tratamiento de la figura, dada la imprescindible calificación que impone el legislador cuando asume una posición divisoria de los efectos sin regular los presupuestos de una y otra modalidad”. *Vid.* ALFARO GUILLÉN, Y., *El régimen jurídico...*, cit., ediciones ONBC, La Habana, 2015, p. 132.

³ *Idem*, p. 139.

Posición contraria ha asumido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 317 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando, ponente González García, a cuyo tenor: “no puede sostenerse con éxito la tesis de que por la sola mención de la existencia de un hijo que depende económicamente del testador ya le viene reservada la mitad de legítima y el heredero universal sólo lo es de la mitad restante, interpretación extensiva improcedente, pues el heredero especialmente protegido no sólo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima”.

¹ *Vid.* ALFARO GUILLÉN, Yanet, *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*, ediciones ONBC, La Habana, 2015, p. 130, quien además recrea otras definiciones doctrinarias.

² ALFARO GUILLÉN prefiere prescindir de esta clasificación que tanto realce se le ha dado en la doctrina española. A su juicio, “La preterición deviene cuestión de hecho que tipifica la total violación del derecho legitimario y su régimen jurídico se encomienda a la reversión de esa violación, de ahí su naturaleza protectora de la intangibilidad legitimaria. Si bien en su previsión debe atenderse -como en toda la que corresponde a la sucesión forzosa- a la salvaguarda de la libertad de testar, en sede de preterición no ha de trascender -ni ello resulta necesario- si el origen de la violación se encuentra en la intención del testador o en su olvido. La lesión presenta la misma magnitud para el destinatario

de circunstancias respecto de su composición familiar y con ello de quienes le sobrevivan manteniendo la condición de legitimarios.

Aún así, el cambio de circunstancias puede incidir aun se trate de un período no tan prolongado de tiempo. Los "herederos" especialmente protegidos regulados en el Código Civil cubano, tienden a ser transitorios, dado que no es suficiente su vínculo parental o conyugal para con el causante, sino también el cumplimiento, de modo yuxtapuesto, de los requerimientos que de naturaleza objetiva exige el Código Civil en el artículo 493 que sustenta su vulnerabilidad económica. Los legitimarios cubanos están sujetos a la *conditio iuris* de ser dependientes económicamente del causante y no tener aptitud para trabajar al momento del deceso de aquel. De no cumplimentar tales requerimientos, justo al aperturarse la sucesión, nada podrán exigir, de manera que no habría derecho a la legítima, entendiéndose que los herederos instituidos en testamento tendrán vocación por el todo de la herencia (si hubieren sido instituidos como herederos universales y no como herederos *ex re certa*).

3.- El empleo de las cláusulas de protección genérica de la legítima

Es por ello que a partir de la labor de asesoramiento que corresponde al notario, a cuyo tenor coadyuva al alumbramiento de la voluntad negocial, concretamente de la *voluntas testandi*⁴, en el sentido de ofrecerle los cauces idóneos por lo que debe transitar esa declaración negocial de voluntad, las cláusulas de protección genérica de la legítima suponen una

formulación de las disposiciones testamentaria a favor de los legitimarios o especialmente protegidos, que eviten cualquier supuesto de preterición⁵. El testador debe emplear términos lo suficientemente comprensivos de situaciones sobrevinientes, o sea, debe evitar el choque de un cambio de circunstancias sobre la validez del acto testamentario. En este sentido se ha de evitar que aquellos legitimarios que no lo sean al momento del otorgamiento del testamento, pero puedan devenir en tales, sean imprevisoramente excluidos.

La designación de los herederos especialmente protegidos puede ser *nominatim*, o sea, identificando a los sujetos comprendidos en esta especial circunstancia, a partir de algunos o de todos los factores identificativos de la persona⁶, o *innominatim*, cuando sin determinarse concretamente la persona del legitimario, el testador deja expresado ciertos elementos que le permiten su identificación ulterior, o sea, no están determinados, pero son

⁵ Posición que tiene acérrimos detractores entre los juristas españoles, entre ellos, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Notas sobre la 'voluntad del testador'", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 6, 2002 p. 168, en nota (31) quien expresa que: "La utilización de ciertas cláusulas no puede evitar las consecuencias de una preterición no intencional. Si un testador organiza su sucesión atendiendo a las circunstancias existentes en el momento del otorgamiento del testamento y no contempla la existencia de un hijo, que le sobreviene y sobrevive, ¿cómo puede pensarse que ese testamento regule la sucesión conforme a la consciente voluntad del testador? Aquí entra en juego la consideración de la voluntad del testador bajo concepciones sociales, es decir, una hipotética voluntad. Parece lo más plausible que un testador medio no quiera que sus hermanos hereden 3/4 de la herencia y su hijo 1/4, salvo que lo haya establecido claramente así (...)."

"He sostenido en varias ocasiones que no cabe regular los efectos de la preterición no intencional alterando las reglas del art. 814. A salvo las legítimas prevalecerá lo ordenado por el testador no puede entenderse así: 'a salvo las legítimas prevalecerá lo ordenado por el testador por imprevisión o error'. Esto es paradójicamente lo que se pretende extraer del último párrafo del art. 814. Si hay imprevisión o error no cabe que el testador ordene nada para ese caso. Tampoco obviamente que los notarios incluyan válidamente cláusulas semejantes salvadoras de nulidades, pues estas nulidades tratan de proteger a terceros".

⁶ Así, los nombres y apellidos, la ciudadanía, lugar de nacimiento, número de identidad permanente, estado conyugal, ocupación, domicilio, entre otros.

⁴ Sobre el asesoramiento notarial, *vid.* CUEVAS CASTAÑO, José Javier, "Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento", en *Revista de Derecho Notarial*, Nos. 137-138, Colegios Notariales de España, julio-diciembre 1987, pp. 225-245; RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Escritos jurídicos II*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 213-321; ROAN MARTÍNEZ, José y Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "La formación y selección del notario", Nos. 61-62, Colegios Notariales de España, julio-diciembre 1968, pp. 156-234.

determinables, o susceptibles de determinación, así *v.gr.*, cuando se refiere al grado parental o conyugal con el testador⁷. Pero cabe también que la designación sea tan genérica y con vocación de futuridad que el testador no se detenga ni tan siquiera a hacer referencia a ciertas condiciones del legitimario que le permitan su identificación posterior⁸. El testador, para evitar el efecto nocivo de la nulidad de la institución de heredero por preterición *ex* artículo 495.1 del Código Civil, incluye en el testamento una cláusula de protección genérica de la legítima, de tal manera que prevé la posibilidad de que en un futuro, alguno de los parientes comprendidos en el orden de los descendientes, o de los ascendientes o el cónyuge, pueda devenir en especialmente protegido. No se detiene, no obstante, ni tan siquiera en delimitar el orden parental o conyugal, cualquiera que sea su legitimario, según las circunstancias que se den en el momento de la apertura de su sucesión, lo toma en cuenta, incluso le atribuye la parte de la herencia deferida a su favor, en concepto de legítima.

Se trata de una cláusula expresada en forma abstracta y de alcance general, con vocación de futuridad y atribución de la cuota de legítima que le corresponde a los sujetos incursos en ella. El testador prevé que a su fallecimiento le

sobrevengan legitimarios, y para cuando eso suceda, cualquiera que estos sean, deja a buen recaudo la cuota de legítima global, ascendente al cincuenta por cien del caudal hereditario, tras su reconstrucción. En tal caso me afilio a la tesis de que lo que importa más es la atribución misma, sin negar el valor de la voluntad del testador, pero paliando en todo extremo los efectos de la preterición. Tampoco se trata – como en criterio adverso defiende MIQUEL GONZÁLEZ-, que “la única voluntad del testador que puede ser aludida es la que no está viciada por error o por imprevisión y, por supuesto, la declarada”, pues al prever el sobrevenir de legitimarios, el testador está evitando el efecto nocivo del cambio de circunstancias en la estabilidad de las cláusulas testamentarias, la voluntad del testador no puede ser atacada por imprevisible y en consecuencia, errónea.

Es común que ello se emplee cuando se testa a edades tempranas y no se cuenta con hijos. También cuando se tienen padres que ahora tienen independencia económica, pero se prevé que con los años, la senectud les pueda llevar a tener ciertas discapacidades, a una situación de desvalimiento, o de dependencia económica. No es suficiente la pensión por jubilación que se recibe, pues en estas circunstancias suelen a ser los hijos los pivotes o resortes de su sustentabilidad económica⁹.

ALFARO GUILLÉN define este tipo de cláusulas como aquellas que “consisten en previsiones sobre la posible dispensa de protección legitimaria que al momento de su estipulación carecen de certidumbre”, “utilizadas por el testador con fines profilácticos para la preservación de la eficacia de su última voluntad testamentaria”. A juicio de esta autora,

⁷ *V.gr.*, “Sean mis herederos mis primos hermanos” o, “nombro heredera a mi esposa”.

⁸ En el Derecho español se ha hablado del legado simple de legítima como una expresión concreta de estas cláusulas de protección genérica de la legítima, empleadas como cláusulas de estilo notarial para evitar situaciones de preterición. Empero, en posición de la cual discrepo, el actual Libro IV del Código Civil de Cataluña establece en su artículo 451.16.4. que “el simple reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de todos los hijos no excluye el derecho de los legitimarios a ejercer la acción de preterición errónea si procede de acuerdo con los apartados 1 a 3”. Particular que obligaría continuamente al testador a tener en cuenta el cambio de circunstancias operado, tras el otorgamiento del testamento, de modo que ante este debería reformarlo para evitar los efectos adversos de la preterición. Sobre tal regulación en el Derecho catalán *vid.* DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña – Derecho de Sucesiones*, Capítulo 15, 2a edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 412- 413.

⁹ Sobre el tema *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial: Los nuevos derroteros en la interpretación del Tribunal Supremo (A propósito de las Sentencias No. 237 de 30 de abril de 2014, No. 22 de 30 de enero de 2015 y No. 190 de 31 de marzo de 2015)”, en *Estudios sobre la legítima asistencial*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2015, pp. 367-384.

el empleo de estas cláusulas genera polémica o duda respecto de la preterición en cuanto a su suficiencia, por ello hay que acudir a un proceso de autointegración de la *voluntas testandi*¹⁰.

En la doctrina española VALLET DE GOYTISOLO que ha estudiado el tema manifiesta que “no hay preterición cuando el testador instituye herederos a sus hijos vivos al tiempo de hacer el testamento y a los que nazcan después”¹¹. El autor cita la Resolución de 9 de diciembre de 1893 de la Dirección General de Registros, en un supuesto en que era aplicable el Derecho anterior al Código civil, en la cual se considera que no incurre en preterición la testadora que había instituido por herederos a los hijos que a la sazón tenía y a cuantos hubiere y procreara en adelante, sin que, por lo tanto, el nacimiento de un póstumo pudiera quebrantar el testamento; y la Resolución de la propia Dirección, de 11 mayo de 1900 que declaró como válida la institución, aunque se hubiera omitido el nombre de un póstumo, que fue formulada por la testadora designando a su hijo

don Eduardo, “y a los demás hijos e hijas que Dios Nuestro Señor fuese servido darla durante su matrimonio con don...”¹².

Expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que “(...) en todo caso, la alusión al legitimario en el testamento, para evitar su preterición, debe ser tal que demuestre que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta a aquel legitimario concreto: ya en su individualidad subjetiva, ya en hipótesis, al menos como posible persona futura”

”La mención en la parte expositiva del testamento sólo deja de valer si se demuestra el ulterior olvido del testador”.

”Valen las expresiones genéricas, si bien la cláusula ‘dejo su legítima a cuantos demuestren ser mis herederos forzosos’, o ‘a cuantos aleguen derechos sobre la herencia’, sólo valdrá en relación a aquellos para quienes, en posible hipótesis y según las circunstancias del caso, fue pensada, no en cambio para aquel a quien verosímelmente no tuvo en cuenta el causante al testar”¹³. De este modo, dichos autores acotan la validez de estas cláusulas. En criterio de interpretación restrictiva, para que no haya preterición – a juicio de ellos-, se requiere que el testador, aun empleando tal fórmula documentaria, los haya tomado en consideración. Así, no se entenderá comprendido quien hipotéticamente el testador no lo tuvo en cuenta. Posición que no comparto, pues resulta preferible evitar a toda costa la situación de preterición hereditaria, teniendo en cuenta además que en

¹⁰ Vid. ALFARO GUILLÉN, Y., *El régimen jurídico...*, cit., p. 120.

¹¹ Siguiendo el hilo conductor del autor, la formulación de estas cláusulas evita también la preterición de los hijos cuasi póstumos, o sea, los que nacen después de otorgado el testamento y antes de fallecimiento del testador, no tenidos en cuenta por aquel. A modo de ejemplo el caso resuelto por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 641 de 30 de diciembre de 2013, primer Considerando, ponente Valdés Rosabal: “... se acusa por la recurrente que la Sala de instancia incurrió en errónea interpretación del artículo cuatrocientos noventa y cinco, apartado primero del Código Civil, lo que ha trascendido al fallo pronunciado en la sentencia interpelada sobre el fundamento de que los supuestos que se configuran como causal de nulidad de la institución de heredero, no cobran virtualidad en el presente caso, criterio que a todas luces se erige de interpretación literal que no admite el caso de análisis, como justa y atinadamente razona la sentencia que se impugna, sobre medular elemento de juicio que concierne a la demostrada dependencia económica que del causante mantenía la menor (...), al encontrarse vinculada a centro educacional de enseñanza al momento del deceso de su progenitor, por consiguiente, si bien no nacida al momento del otorgamiento de la disposición testamentaria que se impugna, ni a posteriori del fallecimiento del testador, no queda enervada la especial protección que su condición de hija cuasi póstuma le dispensa la esencia tuitiva del legislador para quienes nacen en el interregno entre el otorgamiento y el fenecimiento del testador, con la concurrencia de los demás requisitos de rigor (...)”.

¹² VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fascículo I, enero-marzo, 1967, p. 59.

¹³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil V - Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 520.

Para MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Notas sobre...” cit., pp. 168 y ss., quien elogia la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de mayo de 1966, lo que importa para calificar una situación de preterición es la voluntad del testador y no el deber de atribución legitimaria. A su juicio, debe prevalecer la voluntad del testador ante un cambio de circunstancias, y no el hecho de que se le haya atribuido lo que por legítima corresponda al legitimario.

el ordenamiento jurídico cubano la legítima es concurrencial, salvo para los descendientes (entre sí), de manera que cuando se otorga testamento y se atribuye la mitad del patrimonio a quienes sean especialmente protegidos al momento del deceso, el testador está previendo precavidamente que le sobrevenga la condición de especial protección respecto de cualquiera de sus descendientes, de sus ascendientes o del cónyuge.

Como apunta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, le es dable –y conveniente agrego yo–, que el testador prevea los supuestos de preterición, y para ello establezca las previsiones correspondientes, con ello evitaría incurrir en tal situación¹⁴.

4.- *¿Por qué las cláusulas de protección genérica de la legítima pueden un antídoto para la preterición? El caso objeto del comentario*

En el caso de autos, la peculiaridad está dada porque la hija del testador, menor de edad al momento del otorgamiento del testamento y dependiente económicamente respecto de él, situación que perdura hasta el momento del deceso, no fue incluida en el testamento. ¿Hubo realmente voluntad de excluirle? ¿Con la cláusula de protección genérica de la legítima el testador soluciona esta situación? ¿Al no mencionarla expresamente la estaba excluyendo? Ciertamente no se trataba de una legitimaria sobreviviente al fallecimiento del testador, sino de una existente en el momento del otorgamiento. Que el testador no la tuvo en cuenta es cierto, que hubo un olvido, diría más que erróneo, intencional por parte del testador, también pudiera ser cierto, y no me atrevo a afirmarlo por falta de conocimiento de los hechos que no se exponen en la sentencia *in commento*. Empero, no se puede soslayar la previsión del testador en la cláusula primera del testamento –tal y como apunta la sentencia

de casación–, “*que si existieran herederos especialmente protegidos al momento del fallecimiento (...), se les reserva la porción de la herencia establecida por la ley*”, lo cual –tal como lo dice la propia Sentencia–, “*a pesar de resultar un tanto ambivalente, salva la omisión que pudiera generar perjuicio*”. Con ello, en razón del principio del *favor testamenti*, se evita la nulidad testamentaria, sin afectar los derechos que la legitimaria tiene en la sucesión de su padre.

Ciertamente, si se hubiera entendido preterida – tesis la cual en el orden técnico pudiera sustentarse¹⁵, de aplicarse literalmente

¹⁵ Nos alerta BOLÁS ALFONSO, Juan, “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 25, Madrid, 1983, p. 184, a partir del estudio que hace de la preterición en el Código Civil español, tras la mencionada reforma, la fuerza que tiene el principio de la *voluntas testatoris*, sobre todo en casos de preterición errónea. En tales circunstancias apunta que aun admitiéndose cláusulas de previsión genérica “lo que no debemos olvidar es que tal previsión testamentaria puede ser un arma de doble filo, ya que la situación contemplada por el testador al restringir los efectos de la preterición errónea, puede ser notablemente distinta a la situación existente en el momento de su muerte. En estos casos, la solución habrá que buscarla por vía de la interpretación de la voluntad real y la previsión perderá su valor si llegara a acreditarse no responder a la *voluntas testatoris*”. Se apoya el autor en el conocido caso resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 1966, referida al Derecho catalán, pero aplicable al Derecho común. De todos modos no hay que olvidar que en dicha Sentencia prima el rigor formalista romano para la mención de los legitimarios, así en el cuarto Considerando de la primera sentencia se deja dicho: “*Que exigido por el Derecho Romano, al que ha de acudirse para determinar, cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir, como para desheredar, se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, de modo indudable, también a los (postumis sui) -Digesto, 28, 3, 3, 5-, ya que al ser legitimarios del pater familiar en ellos concurre, aún acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, del que al testar se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre, cómo el designado, fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación (inter ceteros), siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho*”.

Expresa BOLÁS, comentando el supuesto fáctico que llevó a tal sentencia de casación (anulatoria de la de instancia)

¹⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de Derecho de sucesiones*, 2ª edición, actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999, p. 195.

el artículo 495.1 del Código Civil, el juzgador hubiera declarado la nulidad de la institución de heredero, agotándose el testamento en tal institución, dado que no se atribuyeron legados¹⁶.

que: "En el caso, un catalán soltero otorgó testamento en contemplación de las segundas nupcias que iba a contraer su padre, e instituyó en el mismo herederos a sus dos hermanos y legó a su citado padre y, al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, los que les correspondan según ley'. Años después, el testador contrajo matrimonio, y al año de contraído falleció en accidente de automóvil, quedando su viuda encinta, de la que cuatro meses después nació un hijo póstumo. Se trataba, pues, de una preterición errónea, y el testador había empleado una cláusula de previsión, la más amplia posible, para evitar la preterición, pero era evidente que no obstante la claridad de la cláusula, estaba pensada para hipótesis muy distintas a la realmente acaecida, que era 'impensable' para el testador cuando testó. Con buen criterio, el Tribunal Supremo apreció la preterición del póstumo". De todas formas, a mi juicio, habría que analizar cada caso según sus circunstancias, pero no está demás indagar incluso hasta con medios extrínsecos de interpretación la voluntad del testador.

Con criterio distinto – el cual comparto-, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio...*, cit. p. 196, para quien la tesis del Tribunal Supremo resulta insostenible e ignora que "el Código es muy generoso a la hora de identificar a la persona favorecida por el testamento (...) y que el art. 750 proclama que toda disposición a favor de persona incierta será nula a no ser que por algún evento pueda resultar cierta. Parece evidente que se está en ese caso en relación con posibles y eventuales legitimarios, inciertos por tanto cuando se testa (al menos inciertos por el testador), pero que devienen ciertos al llegar a existir".

¹⁶ Como ha sostenido el Tribunal Supremo, a través de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia No. 395 de 27 de diciembre del 2010, único Considerando, ponente Acosta Ricart. "... la existencia en nuestra legislación sustantiva de la figura del heredero especialmente protegido es un límite o freno a la libertad de testar según lo prescribe el artículo cuatrocientos noventa y dos del Código Civil, de donde al incurrirse en infracción del mismo, con la consecuente preterición de los legitimarios o especialmente protegidos, no admite solución distinta a la contenida en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y cinco del Código Civil, a saber y de forma radical e invariable la nulidad de la institución de heredero, y no del testamento como en ocasiones se aduce (...)"

Igualmente en la Sentencia No. 422 de 18 de noviembre del 2011, único Considerando de la segunda sentencia, de la que ponente Bolaños Gassó: "... acreditado como se encuentra en las actuaciones la existencia de una menor hija del causante que por consiguiente con relación a él adquiere la categoría de heredera especialmente protegida que prevé el inciso a) del apartado uno del artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil, al ser desconocida en el testamento que otorgó a favor de persona distinta, ello deviene clara situación de preterición que invalida dicha institución y que obliga acudir a la persona interesada a los trámites de la herencia intestada (...)"

Ergo, en dependencia de la composición familiar del causante, pudiera haberse beneficiado más, en el orden cuantitativo, la especialmente protegida, de resultar ser la única heredera *ab intestato*, pero de concurrir con más de un hijo, su porción en este tipo de sucesión sería en todo caso igual a la porción de legítima (si concurre con otro heredero), o menor, de concurrir con más. No hay que olvidar tampoco que el tránsito a la sucesión legal se hace insoslayable, al abrirse paso esta como única alternativa, dado que el legislador cubano no previó la acción de reducción de las atribuciones a título de herencia, de existir legitimarios preteridos, sino la de nulidad de la institución de heredero, con lo cual se da al traste con el principio de conservación del testamento, cercenándose la autonomía privada, pues si bien el testador quebrantó el deber de legítima, tan solo debería restablecerse el orden violentado, a saber: la cuota de legítima dejada de atribuir, sin menoscabar la parte de libre disposición a la que tiene derecho la persona instituida, a título de herencia o de legado, por el testador. A fin de cuentas, el legitimario tiene derecho a la legítima, no al todo de la herencia. Si se utilizan estas cláusulas de protección genérica de la legítima se evita a toda costa la preterición, y en otro orden se dispone la sucesión en la forma prevista por el testador. En todo caso, no puede perderse de mira que como con agudeza intelectual se ha dicho: "La restricción del concepto de preterición beneficia tanto al testador como al legitimario. Al primero porque se conservarán en mayor medida sus disposiciones testamentarias en tanto no exista preterición. Al segundo porque precisa - para la adecuada satisfacción de su derecho -del cumplimiento del deber legitimario, que justamente queda excluido cuando está preterido. Cuantos menos sean sus supuestos de hecho, menos quedará tipificada"¹⁷. Al reconocer -aunque sea en forma genérica-, la

¹⁷ Vid. ALFARO GUILLÉN, Y., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 137-138.

existencia de legitimarios hipotéticos, existan o no al momento de otorgarse el testamento, el testador está previendo un posible cambio de circunstancias y tomando el antídoto para evitar una situación de preterición que puede poner en crisis su voluntad testamentaria. Cualquiera que sea la persona que se arrope con la condición de legitimario, tiene reservada por expresa disposición testamentaria su legítima.

Como con acierto expresa en el Derecho patrio ALFARO GUILLÉN, la mención legitimaria ha sido considerada uno de los puntos neurálgicos del concepto mismo de preterición. A su juicio – criterio que comparto-, “La suficiencia de la mención es el aspecto cardinal de este componente conceptual de la institución en estudio y estriba en determinar si se ha cumplido o no por el causante su deber con la alusión al legitimario. Debe validarse tanto cuando es atributiva de bienes (...), derechos o porciones alícuotas *mortis causa*, como cuando es referida a la condición legitimaria porque la norma indica lo que a este sucesor corresponde (...). Se va sentando con fuerza el favorable criterio de que es suficiente cualquier género de alusión testamentaria al legitimario por entender la figura como una exigencia de carácter formal (...) y con ello va perdiendo fuerza la posición precedente de estimar suficiente solo a la mención atributiva (...). La alusión a la condición legitimaria debe ser validante entonces, tanto cuando se hace específicamente reconociendo dicha condición (...) como cuando (...) genéricamente previene su posible existencia para evitar desprotecciones (*v.gr.*, ...reconozco los derechos sucesorios a quienes pudieran ser a mi muerte mis herederos especialmente protegidos...)”¹⁸.

¹⁸ *Idem.*, pp. 124-125.