

ISBN-978-959-257-317-8

Límites y limitaciones en sede Civil en Cuba. Su influencia en el Derecho de Contratos, en el Derecho de Sucesiones y en el Derecho de Propiedad.

Coordinadoras: Katiуска Hernández Fraga.

Vivian Varona Santiago.

SUMARIO

Presentación

/.....

.....Pág. 3

Límites y limitaciones al principio de autonomía de la voluntad civil en

Cuba.....Pág. 4

Relaciones de vecindad y servidumbres en el Derecho Civil Comparado. Sus
límites y limitaciones.....Pág. 20

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.....Pág.3

3

PRESENTACIÓN

Los límites y limitaciones son instituciones de Derecho que afectan a la propiedad como todo derecho subjetivo y que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio de la mala fe. En materia de contratos, sucesiones y propiedad estas instituciones han tenido un aumento considerable en su número, condicionado por las circunstancias económicas, políticas y sociales de nuestro país. Con su incremento agigantado se ha quebrantado el principio de autonomía de la voluntad, como principio general del Derecho, evidenciándose una decadencia actual del mismo, afectando considerablemente tanto a las partes de un contrato como a los sujetos de una relación jurídica sucesoria y una relación jurídica real de propiedad.

Esto ha motivado la aparición de diversas investigaciones teóricas referentes al tema, que ofrecen una visión sobre las posibles modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico. El Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos, presenta en este volumen un conjunto de tres trabajos asociados a los límites y limitaciones, que pretenden mostrar la necesidad imperiosa de eliminar el número de restricciones para evitar demoras innecesarias en la tramitación de asuntos jurídicos y la comisión de actos ilícitos.

Los trabajos presentados nos acercan a los marcos conceptuales, teóricos y prácticos que son hoy discutidos en el ámbito académico. En este sentido el trabajo titulado: "Límites y limitaciones al principio de autonomía de la voluntad contractual civil en Cuba" de las autoras: Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, nos ofrece la visión de que independientemente de que la autonomía de la voluntad es considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones, e impiden la posibilidad de actuar de una u otra forma, con lo cual se constriñe la amplia dimensión de este principio.

Por lo que afecta al contrato tanto en su formación como en sus efectos y repercute en la seguridad jurídica que ofrece el contrato a las partes intervinientes lo cual tiene su origen en el desarrollo, así como los cambios socio-económicos que se traducen en el progreso del mundo moderno, encontrándose cada vez más inmersos en un dinamismo económico que tiende a una revisión de las instituciones jurídicas vigentes en el Sistema Civil cubano, y en especial del contrato.

El trabajo "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" de la autora: Vivian Varona Santiago, presenta las consideraciones referentes a la convivencia en las viviendas de propiedad personal, dejando bien establecido que la inclusión de este término 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. 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.

Finalmente, el trabajo titulado: "Relaciones de vecindad y servidumbres al derecho de propiedad en el Derecho Civil Comparado. Límites y limitaciones" de las autoras Katiuska Hernández Fraga y Osliané Alonso Débora, nos acerca a los problemas más frecuentes que en materia vecinal se presentan en la actualidad. Considerándose que hoy día, el tratamiento legal que reciben las relaciones de vecindad y las servidumbres al Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes en el Código Civil cubano puede y debe considerarse como un problema a solucionar. Son instituciones que conociéndose sus definiciones y características son utilizadas indistintamente en la práctica jurídica, partiendo de que reciben un tratamiento legal deficiente. Estas dificultades deben ser erradicadas partiendo de una correcta aplicación de las definiciones de las instituciones anteriormente mencionadas; permitiendo así el uso adecuado de dichos términos en la práctica jurídica y evitándose el abuso de la aplicación práctica del artículo 170 de nuestro Código Civil.

Los trabajos expuestos anteriormente tienen la peculiaridad de ser investigaciones presentadas en eventos investigativos, obteniendo valiosos resultados.

Katiuska Hernández Fraga y Vivian Varona Santiago. Coordinadoras y profesora del Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos.

Universidad de Cienfuegos.

"Carlos Rafael Rodríguez".

Título: Límites y limitaciones al principio de autonomía de la voluntad contractual civil en Cuba.

Autoras: Lic. DANAY GUERRA COSME.

Lic. KATIUSKA HERNÁNDEZ FRAGA.

Palabras claves: Autonomía de la voluntad, límites, limitaciones y principios.

RESUMEN:

La autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual, que encuentra su fundamento en el hecho de ser considerado como una manifestación de la libertad del individuo. Este principio en la actualidad se encuentra en decadencia, lo cual se debe a las restricciones que le son impuestas. Por ello el presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis sobre los principales factores jurídicos y sociales que permiten demostrar la decadencia actual del principio de autonomía de la voluntad en la regulación de las obligaciones contractuales civiles en Cuba, teniendo como base las diferentes posiciones adoptadas por la doctrina, relacionadas con el tema, a fin de argumentar la importancia de preservar uno de los principios más importantes en el Derecho Civil. Se llegó a la conclusión de que los límites y limitaciones al principio de autonomía de la voluntad contractual en materia civil en Cuba, son los factores jurídicos y sociales que conllevan a la decadencia actual del principio de autonomía de la voluntad.

INTRODUCCIÓN

La autonomía de la voluntad es un concepto técnico del Derecho Civil y constituye un principio jurídico general de acuerdo con el cual se tiene la facultad de realizar o no determinado acto jurídico, y de hacerlo en la forma y con la extensión que las partes consideren conveniente. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

Si se tiene en cuenta que las relaciones jurídico-contractuales son aquellas cuyo objeto emana de un contrato concertado entre las partes, y en virtud de que el contrato es un negocio jurídico bilateral que implica un acuerdo de voluntades, cuyo fin es crear, modificar o extinguir una relación jurídico obligatoria, se puede afirmar que es en el Derecho de Obligaciones y Contratos donde más se siente el influjo de la libertad jurídica. Es por ello que el eje esencial en materia contractual, lo constituye el principio de autonomía de la voluntad, por medio del cual los individuos son capaces de autodiseñarse la estructura y funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado.

Se puede considerar que el contenido de la autonomía de la voluntad contractual se expresa en la autodecisión y la autorregulación. En primer lugar, el sujeto es libre de contratar o no y ambas partes están en situación de igualdad para vincularse. En segundo lugar, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato. La autonomía de la voluntad en el ámbito contractual implica por tanto: la libertad de contratar o de no hacerlo, libertad de elegir con quien se contrata, la posibilidad de discutir el contenido del contrato, de elegir la forma, cuando preceptivamente esta no se impone para la validez del acto. Así

como la facultad de establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o modificarlo.

No obstante, la autonomía privada no puede verse al margen del ordenamiento jurídico, su existencia emana de él en definitiva, pues su reconocimiento en la ley es presupuesto para su ejercicio. La autonomía de la voluntad tiene su máxima expresión en el Código Civil cubano en el artículo 312 que regula que “las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen por conveniente salvo disposición legal en contrario”¹. Dicho artículo confiere gran poder a los contratantes al otorgarles la posibilidad de decidir determinados aspectos del contenido del negocio por medio de la inclusión de los pactos, cláusulas y condiciones que consideren necesario, por lo que hace alusión expresa únicamente a la ley como límite a la libertad contractual.

Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones, e impiden la posibilidad de actuar de una u otra forma, con lo cual se constriñe la amplia dimensión de este principio.

En este sentido, Pérez Gallardo (Pérez Gallardo, 2000) coincide con Díez-Picazo al considerar que existen límites al principio de autonomía de la voluntad. Además establece que las leyes imperativas limitan la libertad contractual de varias formas, ya sea al proscribir un determinado tipo contractual, al prohibir si no todo el tipo contractual, sí una zona de su contenido, o al dotar al contrato, libremente concertado, de un contenido previo e imperativamente fijado, así como al imponer determinadas formalidades a los negocios jurídico-contractuales. No obstante, considera que de conjunto con los límites, existen limitaciones a dicho principio, sostiene que las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, por esta razón constituyen las fronteras del Derecho, más allá de las cuales no se está ante el legítimo ejercicio del mismo.

Mientras, para Ojeda Rodríguez (Ojeda Rodríguez, 2000) las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad son de carácter subjetivo y objetivo, las primeras recaen sobre los sujetos contractuales y las segundas se refieren al objeto del contrato. Sin embargo, amén de realizar esta subdivisión plantea que las limitaciones de carácter general están inspiradas en intereses públicos, y las limitaciones de carácter particular son las relativas a cada contrato en concreto. Por lo que los límites a la autonomía de la voluntad pueden ser resumidos en las categorías de la ley, la moral y el orden público.

Los cambios en las estructuras sociales, políticas, económicas, así como los agigantados e incontenibles avances tecnológicos, y la evolución permanente en

¹Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59: Código Civil.--La Habana, 1987.--p. 26.

el ámbito de las ideologías, son realidades insoslayables que continuamente mueven a las sociedades, transformándolas. Dichos cambios inciden de forma directa en la concepción clásica del contrato, donde la voluntad de las partes constituye el sostén fundamental, por lo que se ha afectado al principio de autonomía de la voluntad, en virtud de que es en la esfera del negocio jurídico contractual donde este principio encuentra su máximo exponente.

Por lo que existe una decadencia actual del principio de autonomía de la voluntad, que afecta al contrato tanto en su formación como en sus efectos y repercute en la seguridad jurídica que ofrece el contrato a las partes intervinientes. Lo cual tiene su origen en el desarrollo, así como los cambios socio-económicos que se traducen en el progreso del mundo moderno, encontrándose cada vez más inmersos en un dinamismo económico que tiende a una revisión de las instituciones jurídicas vigentes en el Sistema Civil cubano, y en especial del contrato. Es necesario tener en cuenta que las prerrogativas que incluye la autonomía de la voluntad, deben respetarse, admitiéndose la imposición de límites y limitaciones razonables a dicha facultad, siempre como excepción y no como fórmula general, pues de lo contrario este principio se ve anulado, restringiéndose por tanto la personalidad jurídica individual

DESARROLLO

La autonomía de la voluntad como principio general del Derecho en el ámbito de las obligaciones contractuales.

El contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. Según Rivera (Rivera, 2004) el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos; el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad. Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es, indudablemente, aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes.

El rol creador de la voluntad en el ámbito contractual se origina en la Escuela del Derecho Natural, según Hugo Grocio (Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Tomo 2, Parte General, 2004) "...coinciden las opiniones de los jurisconsultos al afirmar que no hay nada tan natural como atender a la voluntad del propietario que desea transferir a otro su derecho, ni nada que refleje mejor la lealtad entre los hombres que el mantenimiento de la promesa hecha." De modo que la voluntad es la creadora de la relación jurídica, y por ende, del vínculo obligacional de fuente contractual. El contrato es considerado, a su vez, como el puro producto del consentimiento.

La idea de que la voluntad, actuada a través de una declaración de voluntad, es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico tiene una gran evolución. A

partir de Savigny comienza una mutación importante, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana; su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca al proteger el fin querido por la voluntad.

Mayores avances se producen con las doctrinas denominadas preceptivas, para las cuales los efectos jurídicos se producen en tanto y en cuanto están previstos en las normas. El acto o negocio jurídico no es entonces, más que un supuesto de hecho de la norma jurídica; la función de la voluntad es la de desatar los efectos jurídicos previstos en la norma de conformidad con la función del negocio (Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Tomo 2, Parte General, 2004).

En otro escalón Ferri (Castillo Santos, 1949) sostiene que el negocio jurídico es supuesto de hecho, pero a la vez es creador de derecho objetivo, de normas que entran en vigor por consecuencia del negocio y que tienen vigencia un determinado tiempo, que es el necesario para que se produzcan los efectos buscados.

Pese al desarrollo de la doctrina preceptiva, algunos autores ponen en primer plano a la voluntad como causa del efecto jurídico. Así, Stolfi (Castillo Santos, Anuario de Derecho Civil, Tomo 2, fascículo 2, 1949) considera que si se amengua el papel de la voluntad individual, se reduce el rol del negocio jurídico y la doctrina pierde gran parte de su importancia y fundamento lógico. Este autor, por su parte, defiende la tesis tradicional conforme a la cual los efectos jurídicos que se producen por el negocio tienen como causa inmediata la voluntad de los particulares. Considera que el efecto jurídico se origina no sólo porque el ordenamiento jurídico lo vincula a aquel, sino, en primer término, porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico, precisamente con la celebración del negocio jurídico.

En sentido semejante, Galgano considera que la esencia del negocio jurídico está en ser una declaración o manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el Derecho realiza en cuanto queridos (Castillo Santos, Anuario de Derecho Civil, Tomo 2, fascículo 2, 1949).

Más allá de los matices que, sin duda, existen en las exposiciones de cada uno de los autores citados, es acertado sostener el papel principalísimo de la voluntad en la producción de los efectos jurídicos del contrato. En cuanto esa voluntad se manifiesta lícitamente en una materia en la cual rige el principio de autonomía, el Derecho la reconoce como fuente productora de consecuencias jurídicas y provee los medios necesarios para su eficacia.

La autonomía privada en sentido amplio, está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto,

referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos (Pérez Gallardo, Compendio de Derecho Civil, 2004). Por lo que desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad se analiza en dos sentidos, como creadora de normas jurídicas del ordenamiento jurídico que pasan a conformarlo junto a las demás. Pero además es por otra parte creadora de relaciones jurídicas concretas y reconocidas por el Derecho.

En realidad, la autonomía de la voluntad sólo tiene como contenido la segunda de estas cuestiones, ya que este poder individual que se le reconoce al individuo por el ordenamiento jurídico tiene como esfera de eficacia su propia autonomía, por lo que no implica la creación de normas jurídicas de regulación social. Entonces, la autonomía privada es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y es aquí donde se concretiza la autonomía privada. En otros términos, la autonomía de la voluntad se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, a través de actos o negocios jurídicos. Por otro lado, este principio no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.

De esta forma el principio de autonomía privada se manifiesta en el contrato, en la posibilidad hecha realidad en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen de decidir, los sujetos, concertar o no un contrato, en virtud de lo cual las partes pueden crear libremente todas las relaciones jurídicas entre ellas que consideren pertinentes. Además, nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad; no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, y si opta por este último camino, ello no le acarrea responsabilidad de ninguna especie, ya que es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quien lo hace.

Otra de las consecuencias de este principio es la libertad de elegir el tipo contractual, que se manifiesta además en la posibilidad de discutir el contenido del contrato. La voluntad de las partes es la que determina el contenido del contrato, de manera que su interpretación se atiende fundamentalmente a su intención. Las partes son libres también para atribuir a los contratos celebrados los efectos que consideren pertinentes, ya que las reglas del legislador son, en general, meramente supletorias de su voluntad. En virtud de este principio las partes pueden también elegir la forma en que se debe constituir el contrato, y tienen igualmente independencia para establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o modificarlo (Delgado Vergara, 2003).

En ese sentido, las manifestaciones más importantes, en el Sistema de Contratación Civil de la autonomía de la voluntad son la libertad de contratar y la libertad contractual. Libertad de contratar, denominada también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y, en caso de hacerlo, determinar con quién contrata. Es decir, la libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y

con quién contratar. Por su parte la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás.

Por lo que la libertad contractual se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo acordado por las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que dimanen de tal acuerdo.

Respecto a la libertad de contratar existen dos posiciones contrapuestas: la libertad absoluta y el dirigismo total, aunque también se puede apreciar una postura intermedia, recogida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en que se reconoce la libertad con limitaciones (Rodríguez Olivera & López).

La libertad absoluta para contratar se sustenta en el presupuesto de la igualdad de las partes, las que al contratar, restringen su propia libertad y lo hacen porque quieren los efectos del contrato, después de la discusión de las estipulaciones contractuales. En virtud de ella las partes que intervienen en un contrato no necesitan la interferencia legislativa para impedir las estipulaciones de obligaciones onerosas o perjudiciales, porque ellos las han negociado libremente y en pie de igualdad (Rodríguez Olivera & López).

El principio de la libertad de contratar tiene su máxima expresión a partir de la Revolución Francesa. El Código Civil francés sólo restringe la libertad de contratar por normas de orden público y por las buenas costumbres. Con el decursar del tiempo, este principio sufre distintas restricciones de diverso grado, según el país de que se trate y sus concepciones políticas y sociales. De modo que se llega a sistemas de dirigismo total, en los cuales se anula el principio de la autonomía y la libertad de contratar, y se establecen en lugar de leyes supletorias, normas imperativas, de forma que las partes están obligadas a aceptar lo que está predispuesto en la ley y no pueden suscitar efectos jurídicos diversos.

La autonomía de la voluntad tiene su expresión en el Código Civil cubano en el artículo 312, según el cual “las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen por conveniente, salvo disposición legal en contrario”². Lo que debe entenderse referido tanto a la libertad de elección de los tipos contractuales, como a la libertad de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto al establecido por la ley.

Del análisis de dicho artículo se infiere que si bien es cierto que el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es decir, el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado este principio, esto no puede llevar a considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico. Todo acto jurídico, y dentro de él, por supuesto, el

² Artículo 312 del Código Civil cubano. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988.--La Habana: Divulgación del MINJUS, 1988.

contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. El principio de autonomía de la voluntad no es, por tanto, absoluto e ilimitado, sino que encuentra actualmente notables restricciones que han condicionado un rediseño de dicho principio, manifestado en la llamada crisis o decadencia de la autonomía de la voluntad.

El contrato, definido como acuerdo libre de voluntades, coexiste con una serie de supuestos cuya génesis y conformación difieren bastante de la construcción clásica, lo cual posibilita afirmar que existe una crisis del contrato.

El concepto de la autonomía privada se encuentra presente en todos los contratos privados a través del poder, facultad o voluntad para crear relaciones jurídicas y la libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear. Así, se puede notar que la libertad se encuentra intrínsecamente unida a la autonomía privada, la cual como se ha expresado comprende en el ámbito contractual dos facultades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Sin embargo, ellas constituyen derechos y no obligaciones y, como tales, depende de las personas si las ejercen o no.

Si se acepta que todo contrato se basa en la autonomía privada de las partes, y que la misma a su vez está conformada por la libertad de contratar y la libertad contractual, es obvio que en la estructura del contrato clásico o tradicional ambas potestades se encuentran presentes en toda su esencia. Pero con las restricciones impuestas al principio de autonomía de la voluntad, manifestadas tanto en los límites y las limitaciones, estas libertades se encuentran reducidas a su mínima expresión, o incluso anuladas.

La decadencia del principio de autonomía de la voluntad debe entenderse como una mutación importante en su desarrollo. Al respecto se debe señalar que los límites y limitaciones, constituyen los factores fundamentales de esa decadencia, y que no son inamovibles, por el contrario, se caracterizan por su naturaleza cambiante y variada. Los contratos, como forma de vinculación jurídica, se multiplican y perfeccionan en la medida del progreso y complejidad del desarrollo económico-social. Constituyen la forma de expresión de las relaciones de producción y también de otras vinculaciones o relaciones jurídicas convencionales de significada connotación económica.

En el Derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas³, donde existe la colaboración de ellas en el diseño o configuración del contrato. Sin embargo, actualmente la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se realizan dentro de un amplio margen de restricciones, las que ya no solo se exteriorizan en los límites tradicionales de respeto de las normas imperativas, a los principios de orden público y a la moral. Las restricciones al principio de autonomía de la voluntad se han hecho mucho más evidentes con el surgimiento de figuras como las condiciones generales de la contratación, así como la proliferación de la contratación masiva, donde no

³ Estas partes tradicionalmente han sido los oferentes y los aceptantes.

hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual, e incluso la libertad de contratar, no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión.

Con relación a la libertad contractual o de configuración interna, la realidad es mucho más evidente, ya que en las nuevas formas de contratación⁴, la etapa de la negociación, que es donde se exterioriza la libertad contractual para determinar la forma y contenido del contrato, es prácticamente inexistente.

El contrato, por tanto, deja de ser un resultado de la autonomía privada para ser el producto de la adecuación entre el resultado pretendido por las partes y el ordenamiento jurídico. Lo que incide en que se dejen de concebir los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad como excepciones de una indeseable intervención gubernativa, para ser entendidos como manifestación positiva de un mismo bien común, de modo que pasan a integrar en el contrato las normas imperativas en un plano compartido con la voluntad.

Consideraciones generales referentes a los límites y limitaciones al principio de autonomía de la voluntad contractual.

La autonomía de la voluntad brinda la posibilidad de que los sujetos se den a sí mismos normas que rijan sus relaciones jurídicas privadas. Este principio tiene una vigencia distinta según las diversas materias jurídicas⁵, pero su mayor desenvolvimiento se produce en el campo del Derecho de Contratos, en el que se desdobra en dos principios: la libertad de contratar o decidir si se concluye o no el acuerdo, y la libertad contractual o de fijar el contenido del contrato.

La autonomía de la voluntad como eje central del Derecho Civil se erige en principio general del Derecho, informador del conjunto de normas jurídicas, el cual no está desterrado en el ordenamiento jurídico cubano. Aunque desde el Derecho Civil se siente el influjo de normas de naturaleza administrativa, que ponen cortapisas al poder de decisión de las partes en sede de contratación.

Por tanto, no se está en presencia de un principio absoluto, sino que es objeto de una serie de restricciones impuestas a lo largo de la historia por la práctica, tanto legislativa como jurisprudencial. Restricciones que son justificadas por los legisladores en base a una mayor certeza y seguridad en su aplicación. En ese sentido, Díez-Picazo (Díez-Picazo, 1996) considera que la libertad contractual no puede ser omnímoda, y plantea que existe, en primer lugar, un límite a la autonomía de la voluntad que está constituido por las normas a las que el legislador dote de carácter imperativo. Para este autor, la ley imperativa constituye un límite a la libertad contractual expresado en varios modos:

1- Se puede proscribir un determinado tipo contractual, con lo cual se logra, sin prohibir el tipo contractual, como conjunto, prohibir que las partes le doten de

⁴ Esto ocurre en los contratos de servicios de energía, abastecimiento de agua potable, servicio telefónico convencional; es decir, en los casos concretos de los contratos por adhesión, donde la libertad de decidir si se contrata y con quien no existe

⁵ El principio de autonomía de la voluntad se manifiesta de una forma más reducida en el Derecho de Familia, en el que priman las consideraciones de orden público; es más amplia en el ámbito de los Derechos Reales, pero también limitado por la necesaria protección a terceros; por su parte en el Derecho de Sucesiones ocupa un lugar destacado, pero con importantes limitaciones.

un determinado contenido. Lo que da lugar a la existencia de contratos permitidos, pero pactos, cláusulas o condiciones prohibidas.

2- Se puede dotar al contrato, elegido libremente por las partes, de un contenido imperativamente fijado. En tal caso, las partes son libres para contratar o no, pero si lo hacen, el contenido de la regla contractual queda legalmente fijado en todo o en parte.

Otro de los límites señalados por este autor es la moral, considerada como el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica (Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen 1, 1996). El último de los límites señalados por Díez-Picazo, es el orden público, el cual comprende la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares.

De lo analizado se puede concluir que este destacado catedrático, solo hace referencia a los límites a la autonomía de la voluntad, y que considera como tales a la ley, la moral y el orden público, sin hacer referencia a las limitaciones a la autonomía privada. Es de significar además, que para este autor el principio de autonomía de la voluntad no debe ser absoluto, aun cuando considera que el contrato tiene su fundamento más hondo en este principio. En ese sentido, pone de manifiesto su firme posición de la necesidad de reconocimiento de la autonomía privada, pero siempre respetando los límites antes señalados, de modo que no se llegue a la desmedida preponderancia de la libertad individual.

Por su parte De Castro, considera que la autonomía va unida íntimamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto que le es debido y constituye el centro mismo del Derecho Privado, plantea además que resulta peligrosa para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada (De Castro y Bravo, 1982). Este autor, al igual que Díez-Picazo, considera que la autonomía de la voluntad se ve restringida por la ley, la moral y el orden público, sin embargo, emplea la noción de limitaciones para referirse a dichas categorías.

Respecto a la ley, defiende que los pactos contra ella o que impliquen renuncia de ley son nulos, considera que se debe deshacer el equívoco según el cual todas las normas relativas al Derecho de la contratación son dispositivas. Sostiene, que existen normas imperativas, no solo sobre la perfección del contrato sino también sobre su contenido, y que si se tiene en cuenta que está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación. Sin embargo, el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley (Amoros Guardiola, 1983).

En cuanto al orden público, señala que dicho concepto como cláusula general, presenta un contenido variable. Como término técnico se emplea para calificar

aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento; con lo cual se alcanza la limitación del precepto codificado que otorga a los contratos valor de ley (Amoros Guardiola, Anuario de Derecho Civil, 1983). En este sentido, el propio De Castro afirma que deben considerarse como de orden público las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento jurídico.

El mencionado autor asevera además, que la autonomía de la voluntad, a pesar de su importancia en el Derecho Privado, no se considera como un principio absoluto e ilimitado, sino que presenta limitaciones intrínsecas que condicionan su aplicación. Que no cabe amparar en la autonomía la validez de los pactos abusivos, impuestos o injustos; y que la autonomía contractual no puede rebasar el esquema institucional típico de cada contrato.

La doctrina contemporánea se refiere a los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad de modo contrapuesto. Así, para Lastra (Lastra Lastra) el problema de la autonomía privada es un problema de límites. El orden social precisa que ésta no sea absoluta, sino limitada, de tal manera que los límites no sean tan amplios para otorgar al individuo una libertad desmesurada que sólo ocasiona la perturbación del orden, pero tampoco tan reducidos que lleguen a suprimir la propia autonomía.

Tales límites son, al igual que para el resto de los autores ya mencionados, la ley, la moral y el orden público, sostiene que la voluntad de los particulares no puede eximirse de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El orden público funciona como un límite, por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos, o se impide que éstos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico, por lo que es en el derecho moderno una categoría delimitadora de la autonomía privada.

Los límites a la autonomía de la voluntad, según Lastra son fluctuantes, porque tanto el concepto de orden público como la comprensión de lo moral o inmoral, son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí la importancia que asume la autoridad judicial como intérprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época.

En tanto, Pérez Gallardo, plantea que existen límites a la autonomía de la voluntad, en los que circunscribe, la ley, la moral y el orden público, entiende que dichos límites son intrínsecos al negocio jurídico. Para este autor, la ley prohibitiva es un mandato de abstención, bien a una persona de que no intervenga en un negocio jurídico o bien a las personas para que se abstengan de realizarlo en una materia específica (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000).

Por su parte, la moral, plantea que posee obvios lazos de concatenación con las llamadas buenas costumbres, si se tiene en cuenta que en principio las buenas costumbres no son sino una manifestación externa de una moralidad aceptada. No obstante, aun cuando aparezcan indistintamente consideradas como límites la

moral y las buenas costumbres, debe considerarse a la primera como conjunto de convicciones de orden ético que no es necesario que se plasmen en actos concretos, en tanto la segunda supone una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones se positivizan (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000).

En el tercero de los tradicionales límites a la autonomía de la voluntad sitúa el orden público. Indica Pérez Gallardo que los contratantes elaboran su propia ley contractual como *lex privata*⁶, pero cuando el Estado interviene al poner a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia, no puede colaborar al imponer a una de las partes que realice algo inmoral o injusto, retirando la protección jurídica a los convenios contrarios a las buenas costumbres o con causa ilícita.

Sin embargo, el propio autor reconoce las limitaciones a la autonomía de la voluntad, como extrínsecas al negocio jurídico, con lo que las distingue de los límites. Plantea que dichas limitaciones están condicionadas por la intervención del legislador para tutelar la justicia contractual, así como por el intervencionismo del Estado para proteger a ciertas clases sociales, mediante la promulgación de normas imperativas que excluyen la libertad de contratación⁷. Manifestándose además en el uso abusivo de ciertas figuras como los contratos por adhesión y las condiciones generales de la contratación.

Por lo que para Pérez Gallardo existen límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad, al distinguir que los primeros permanecen estables en el decursar del tiempo, como una manifestación importante dentro del contrato. Por su lado, las limitaciones, están condicionadas por los distintos cambios tanto políticos como sociales y sobre todo económicos, provienen del medio externo al contrato y se caracterizan por su inconstancia.

De lo expuesto, se puede afirmar que las restricciones a la autonomía de la voluntad son analizadas indistintamente por varios autores, los cuales las abordan de modo diferente. Con lo cual se aprecia que existe una parte reducida de la doctrina que distingue entre límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad, mientras que existen otros autores que emplean sin distinción el vocablo límite y limitación y que afirman que ambos términos son similares, e implican el mismo significado.

Se considera acertado el criterio de Pérez Gallardo, que diferencia los límites a la autonomía de la voluntad de las limitaciones. Lo cual es correcto si se parte de que el contrato es ante todo un fenómeno económico, consistente en una acción voluntaria de los interesados que produce efectos jurídicos, sin olvidar que es un negocio jurídico que surge y se desarrolla en los marcos de la sociedad.

Por ende, las restricciones al principio de autonomía de la voluntad, que rigen en la esfera de los contratos, no pueden ser solo clasificadas como límites inamovibles, los cuales aparecen regulados en la ley, e integran el contenido del

⁶ Ley privada.

⁷ Contratos de trabajo, seguro, transporte, arrendamiento.

propio contrato, sino que también deben ser estudiadas las limitaciones a este principio. Estas últimas, son el resultado de la dinámica cambiante del contrato, al estar en correspondencia con las circunstancias históricas; y las concepciones éticas, sociales, políticas, económicas y jurídicas imperantes en la sociedad.

Precisamente, al considerarse la autonomía de la voluntad en el marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas, su reconocimiento como un principio básico del Derecho, también está en correspondencia con las características del ordenamiento jurídico de que se trate y del carácter versátil de la sociedad. En el caso de Cuba, el principio de autonomía de la voluntad contractual tiene su respaldo legal en el artículo 312 del Código Civil, aunque con ciertas peculiaridades, pues dispone la libertad de las partes de establecer en los contratos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente salvo disposición legal en contrario. De esta forma, el respectivo artículo se refiere a determinar el contenido del contrato a partir del programa contractual que las partes han previsto, a lo cual se subordina la aplicación de las normas de Derecho dispositivo, fijadas por el legislador.

La libertad contractual encuentra además reconocimiento legal en los artículos 314 y 315 del Código Civil, preceptos que positivizan los contratos atípicos⁸ y los mixtos, con mucho más auge en la contratación mercantil que en la civil. Si se tiene en cuenta que a partir de la década de los años '90 y el redimensionamiento de la economía cubana, con necesidad de insertarse en un mercado globalizado, resulta necesario darle cobertura legal a tipos contractuales con tipicidad social, algunos de ellos, pero carentes de tipicidad legal en el Derecho patrio. A fin de cuentas en la sociedad actual, es muy difícil encontrar un contrato químicamente puro, pues si se disecciona cualquiera de ellos, se puede constatar que por sus nervios y arterias se desenvuelven prestaciones que de un modo u otro desnaturalizan al contrato en su prístina formulación normativa.

Lo anterior permite afirmar que si bien los intereses de los particulares existen con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, es mediante el reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad que los individuos logran una mayor satisfacción de sus necesidades propias, con lo que se permite a la persona reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte. Precisamente, la mayor o menor amplitud de la autonomía privada, se encuentra en relación con el reconocimiento mayor o menor que este principio encuentre en los distintos ordenamientos jurídicos, sus múltiples manifestaciones en los Códigos Civiles, y los límites y limitaciones a que se encuentre sometido. Pues evidentemente la autonomía de la voluntad no es una regla de carácter absoluto, sino que se encuentra limitada, con lo que se

⁸ Esta categoría o tipo de contrato es un reflejo del principio de libertad de contratar, que implica poder elegir el tipo de contrato que se quiera, poder combinar incluso distintos tipos de contratos y llegar a los denominados contratos mixtos, al poderse introducir modificaciones y crear tipos que no correspondan a las figuras tradicionales.

restringe la facultad de los individuos para realizar ciertos actos, o se impide que estos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico.

Nociones doctrinales sobre los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad contractual.

En materia de contratos, la suprema ley es la voluntad de las partes, en virtud de la cual se elige la regla jurídica por la cual se debe regir él o los vínculos jurídicos que se crean. No obstante, la autonomía de la voluntad; independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, definida como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar sus efectos, contenido y duración; no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

Es válido que se deba considerar la autonomía de la voluntad en el marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas, y no como un principio ideal de libertad concebido *a priori*. Pero esto no debe conducir a la restricción excesiva de dicho principio, el cual despliega en la actualidad un valor inigualable en sede contractual.

Existe autonomía cuando se ejerce un poder con libertad y capacidad para manifestar el propio designio y vincular a los demás a él. Como todo poder, entraña una elemental cuestión de límites, como toda libertad, limita con la libertad de los demás. Implica así la autonomía de la voluntad la cuestión de determinar el rango en que la voluntad puede expresarse y regir para los demás, su esfera de influencia, su marco de actuación, el ámbito en que es autónoma esa voluntad individual (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000).

En primer orden, según Pérez Gallardo (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000), es dable conceptuar y distinguir los límites y las limitaciones a la autonomía de la voluntad. La palabra límite, del latín *limes*, *limitatis*, significa término, confín (De Casso y Romero & Cervera), en este concepto se ubica la configuración del poder autónomo, su demarcación como poder, el espacio dentro del cual tiene potestades autónomas la voluntad. Por su parte, el vocablo limitación procede etimológicamente del latín *limitatio*, que significa acción o efecto de limitarse (De Casso y Romero & Cervera, *Diccionario de Derecho privado*, Tomo 2).

Los límites son contestación histórica al omnímodo poder que detentó el individualismo, y a los excesos a que condujo la aplicación a ultranza del dogma de la autonomía de la voluntad. Mientras que las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, por lo que implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Es por esta razón que constituyen las fronteras del Derecho, más allá de las cuales no se está ante el legítimo ejercicio del mismo (Pérez Gallardo, *Lectura de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000).

Considerados los límites como intrínsecos al negocio, en cuanto forman parte de él, son sistematizados por la doctrina con las categorías generales de la ley, la moral y el orden público. Estos, se catalogan por algunos autores (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000) como límites de carácter negativo, topes o barreras infranqueables. Sin embargo, es criterio de la autora que el principal límite a la autonomía de la voluntad, lo constituye la ley, y que la moral y el orden público son aspectos que son tenidos en cuenta por el legislador al redactar las normas, los cuales acentúan aun más los límites que son impuestos por la ley a este principio.

Precisamente se considera que la ley reviste un carácter fundamental, debido a que aunque generalmente las normas que rigen los contratos y gran parte del Derecho Civil son de carácter dispositivo, por ende, disponibles por las partes, quienes pueden por su voluntad, excluirlas o sustituirlas por aquellas más convenientes a sus intereses; también existen en materia contractual preceptos imperativos a los cuales la voluntad privada tiene que subordinarse.

Si bien es verdad que el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es decir, el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado este principio, esto no puede llevar a considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico. No existe contrato fuera de un contexto legal, ausente de un ordenamiento jurídico. El ordenamiento no solo reconoce la autonomía de la voluntad, sino que la protege y la hace posible. Todo acto jurídico, y dentro de él por supuesto el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. Si no existe un contexto legal que anteceda al contrato, resulta inútil todo ejercicio de voluntad.

No obstante, desde esa perspectiva las leyes prohibitivas e imperativas limitan la libertad contractual de varias formas, ya sea al proscribir un determinado tipo contractual, al prohibir si no todo el tipo contractual, sí una zona de su contenido, donde el contrato en sí es permitido pero no así determinadas cláusulas, pactos o condiciones⁹. También la limitan al dotar al contrato, libremente concertado, de un contenido previo e imperativamente fijado, o al imponer determinadas formalidades a los negocios, cuyo desconocimiento invalida el negocio cuando se le considera requisito esencial para su constitución.

Es en este punto donde aparecen las categorías de contratos reglamentados, los contratos normativos y los forzosos (Ojeda Rodríguez, *Derecho de Contratos*, Tomo 1, 2003). Los contratos reglamentados son los que tienen como fin la regulación del contenido del contrato que los sujetos contratantes han querido concertar, función ésta que corre por cuenta de la ley y las partes sólo tienen la libertad de elegir si contratan o no; si deciden contratar entonces no pueden

⁹ Ver Artículo 380 del Código Civil cubano, al prohibir el pacto de intereses entre particulares y el Artículo 342 del mismo texto legal al prohibir que los sujetos contratantes en la compraventa pacten la exención de la obligación de saneamiento por evicción.

alterar, modificar u obviar el contenido que ya está determinado legalmente. Por su parte, los contratos normativos son aquellos que tiene por objeto establecer la conducta de los sujetos en un contrato futuro, no obligándolos a concertar este último sino que solamente fija su contenido. Los contratos normativos en su origen suelen dar lugar a lo que hoy se conoce como contrato tipo; contratos celebrados mediante formularios; contratos por adhesión o condiciones generales¹⁰.

El contrato forzoso se vincula a la idea del cumplimiento de una conducta social, cuando el sujeto se ve inmerso en una relación jurídica sin haberse obligado a algo, o sea, que es la ausencia de un acuerdo de voluntades, creándose la relación obligatoria, incluso en contra de su voluntad, por lo que es un elemento desnaturalizador del negocio jurídico por excelencia. En ese sentido, no resulta correcto técnicamente denominarle como una relación contractual, pues lo que se establece es un vínculo al que se le aplican por analogía las normas contractuales.

La doctrina civilista en materia de contratos considera como límites al ejercicio de la autonomía privada además de la ley, los conceptos de moral, buenas costumbres y orden público. La moral, entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con un carácter general en la comunidad jurídica. Plantea Pérez Gallardo (Pérez Gallardo, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2000) que en la moral están ancladas las cosmovisiones, intereses, valores, estructuras de clase y motivaciones de la sociedad como conjunto de convicciones de orden ético que no es necesario que se plasmen en actos concretos. En tanto las buenas costumbres suponen una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones se positivizan.

Por su parte, el orden público es entendido no como ley imperativa, sino como el conjunto de principios que constituyen el núcleo fundamental de criterios informadores del ordenamiento jurídico. Identificado además con la organización general de la comunidad y sus principios fundamentales y rectores. En otro orden, las limitaciones a la autonomía de la voluntad provienen de la dinámica económica. Son manifestaciones de la llamada crisis o decadencia de la autonomía de la voluntad en su sentido individualista. Son determinaciones económicas que prueban las realizaciones normativas de una época dada, afloran como imperativos extrínsecos al negocio contractual, imponiéndole un acomodo propio a sus designios. Por lo que se puede afirmar que en la actualidad la libertad en el campo de los negocios jurídicos privados, y en especial, del contrato se caracteriza por un incremento incesante del número de limitaciones. Lo cual es condicionado por la intervención creciente del legislador en la reglamentación contractual, la proliferación de las normas de *ius cogens*¹¹, las

¹⁰ No existe en la actualidad acuerdo doctrinal sobre estos conceptos, empleándose en ocasiones los mismos vocablos para aludir a diferentes figuras o llamando de diferentes modos al mismo fenómeno.

¹¹ Obligadas por el Derecho de forma imperativa.

transformaciones que la dogmática contractual experimenta, y además por el intervencionismo estatal en la economía.

La injerencia del poder estatal sobre la autonomía privada se produce en dos sentidos: en la formación de la voluntad, cuando se contrae un vínculo obligatorio sin que las partes lo hayan querido; o en los efectos del contrato, cuando el contenido de éste, cualquiera que sea la forma en que haya sido concertado, está preceptivamente señalado en la ley. En consecuencia señala Díez-Picazo (Díez-Picazo & León, Anuario de Derecho Civil, 1956) que la transformación de la teoría contractual se desenvuelve en dos sentidos: al incidir sobre la libertad contractual o sobre la fuerza obligatoria de los contratos. Por lo que las limitaciones impuestas por la intervención estatal a la autonomía privada se originan en dos vertientes: relaciones jurídicas que no se constituyen autónomamente y relaciones que, sin considerar el modo en que se constituyen, no ven autónomamente determinado un contenido.

Estos aspectos conducen a que en la actualidad, con la presencia de los contratos dirigidos, la contratación deje de ser en muchos casos un acto libremente pactado por los contratantes, toda vez que la ley regula imperativamente sus condiciones en términos que aquellos no pueden eludir. Si bien es cierto que conservan su libertad de contratar o no; esa libertad es sólo para pactar el contrato; pues sí lo pactan, la mayoría de las veces no pueden hacerlo como les plazca; sino en las condiciones legales. En términos generales, si el contrato es un fenómeno social, y cada día es mayor la dependencia del individuo respecto de la colectividad en que vive, es incuestionable el derecho del Estado de proteger a los débiles y evitar abusos o lucros indebidos por parte de particulares; pero también es cierto que el legislador no debe olvidar que el contrato tiene como base la fe jurada y que hay una conveniencia en que ésta se cumpla.

Debe tenerse presente que la autonomía de la voluntad importa la ocurrencia de dos factores: la voluntad como causa eficiente de las consecuencias jurídicas de los actos de los particulares, y el reconocimiento de esa voluntad por el ordenamiento. Con las necesarias limitaciones que éste debe imponer en orden a salvaguardar los intereses superiores de la comunidad, pero sin dejar de reconocer que la libertad de la persona no puede limitarse a decidir si realiza o no un contrato, sino que también debe poder determinar las consecuencias del mismo.

Obviamente la autonomía de la voluntad no puede verse al margen del ordenamiento jurídico (Delgado Vergara, Derecho de Contratos, Tomo 1, 2003), pues precisamente, la esencia del principio radica en el poder que el ordenamiento reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o relaciones jurídicas con los demás sujetos. Sin que ello implique que al proceder a hacerlo no deban observar los requisitos exigidos, o que no obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

Como resultado del análisis de los aspectos referenciados y a los efectos del presente artículo se puede plantear que los límites son puntos de partida estables, sedimentos que recogen en sí el devenir y al que se le agrega lo propio de cada tiempo. Se caracterizan por ser ineludibles y forman parte del propio contenido del contrato. Las limitaciones, por su parte, son contingencias, no quiere decir siempre percederas, sino que responden a la admonición de un determinado estado de cosas, son más cambiantes, pueden desaparecer o renovarse, crecer y hacerse de un perfil definitivo incluso, pero sin llegar a ser parte del negocio. Son la impronta de la circunstancia económica o política en la producción normativa, que incide en el tipo contractual histórico concreto.

La autonomía de la voluntad en definitiva, debe ser valorada como uno de los principios más importantes del Derecho, en virtud del cual los particulares, libremente y según su mejor conveniencia son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos; principio que posee un mayor reconocimiento en el ámbito contractual. Dicho principio, en la actualidad se encuentra sometido a un gran número de restricciones, lo cual conlleva a la decadencia de la autonomía privada. Dichas restricciones se manifiestan como límites y limitaciones, y afectan al contrato desde su propia formación en sus aspectos subjetivos y objetivos.

Límites a la autonomía de la voluntad. Especial referencia en sede contractual civil

Como se ha expresado en la actualidad, el principio de autonomía de la voluntad está sujeto a restricciones en todo el Derecho Privado y, especialmente, en el Derecho de Contratos. Del análisis realizado se puede apreciar que la mayoría de los autores consideran que la libertad contractual no puede ser absoluta (Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, 1996), y reconocen como límites a dicho principio, la ley, la moral y el orden público. Formulación bicentenaria que, como todos los casos sujeta al devenir social, no es esencia preestablecida, transformándose históricamente bajo el hálito de una misma denominación, que constituye la postura de mayor respaldo por parte de la doctrina.

Sin embargo, se considera por parte de la autora, que el principal límite al principio de autonomía de la voluntad en sede contractual civil es la ley, mientras que la moral y el orden público son factores que igualmente inciden en la decadencia de este principio. Lo anterior se debe a que las categorías de la moral y el orden público son valoradas al redactarse las leyes, y sus postulados se convierten de esta forma en normas conductuales que deben ser respetadas por la sociedad.

Como argumenta Lalaguna Domínguez es la ley, “(...) la fuente que ofrece el más amplio repertorio de expresiones limitativas de la libertad contractual” (Lalaguna Domínguez, 1993). La norma imperativa tiene un rango preferente, una jerarquía superior al precepto privado y a las normas supletorias o dispositivas. Su carácter coactivo impide que el sujeto no haga lo que manda

hacer o haga lo que la norma prohíbe hacer. Se designa así la ley que dicta una disposición no derogable por la voluntad de los particulares. Por tanto, la norma imperativa es aquella que restringe la libertad de contratar, fija los límites de la autonomía de los particulares y eventualmente la corrige o la modifica.

Puede apreciarse entonces, que la libertad de contratar significa que las partes pueden determinar cada una de las cláusulas concretas del contrato, pero respetando las normas legales imperativas del régimen contractual general y particular. Por lo que al existir una norma imperativa los particulares no pueden estipular, en el contrato, una disposición contraria.

Por otra parte, no corresponde la distinción entre normas imperativas y prohibitivas. Se entiende que la norma imperativa, que impone un hacer, es implícitamente una norma prohibitiva. Al imponer una determinada estipulación en el contrato o al aplicar una determinada manera de proceder, se está prohibiendo un comportamiento contrario. Es por ello que la doctrina, no distingue entre normas imperativas, por un lado, y prohibitivas, por el otro, sólo señala la existencia de dos categorías: imperativas y supletorias (Gamarra, 1998). La ley prohibitiva es aquella en virtud de la cual se impide a una persona participar o ser objeto de un negocio jurídico. Implica una abstención, ya que dicta una disposición no derogable por la voluntad de los particulares.

Existen además las normas dispositivas, las cuales son recogidas en los Códigos, por ser las reglas habitualmente seguidas en la práctica de los negocios y que, por ello, se puede presumir que, en caso de silencio de los contratantes, sean también queridas por ellos. Dichas normas son disponibles por las partes, quienes pueden por su voluntad excluirlas o sustituirlas por aquellas más convenientes a sus intereses. Es de esta forma, que se diferencian de las leyes imperativas, debido a que en las últimas la libertad privada tiene que subordinarse, ya que contienen prohibiciones o dictan conductas obligatorias a seguir so pena de ser sancionada con la nulidad su inobservancia.

Las reglas dispositivas, según De Castro, no son puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, son recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se estima normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad en cuanto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones (De Castro y Bravo, Anuario de Derecho Civil, 1982).

Es decir, las normas dispositivas son aquellas que legislan sobre materias no comprendidas en el cuadro de la autonomía de la voluntad. Se distinguen de las imperativas en que estas últimas ordenan o prohíben hacer alguna cosa, en tanto, las leyes dispositivas regulan situaciones que están fuera de la voluntad de los individuos, por el hecho de no ser contractuales.

Por lo que se puede afirmar, que la ley constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad, si se tiene en cuenta que el contenido de muchos contratos en la actualidad, resulta establecido por normas legales que imponen

soluciones, a veces no consideradas y otras, ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato. La ley limita además, la función regularizadora del negocio jurídico, no solo en lo referente a si se puede o no celebrar determinado tipo de negocio, sino directamente en el contenido del contrato que se quiere celebrar, al establecer las cláusulas que no debe contener, o las que debe contener.

Existen además otros factores que afectan a la autonomía de la voluntad, pues son también apreciados en la redacción de las normas jurídicas, y una vez incorporados a la ley son de obligatorio cumplimiento por los individuos. Precisamente la moral y el orden público, constituyen esos factores, que específicamente en la regulación de las obligaciones contractuales civiles, restringen las amplias facultades que implica para los contratantes la autonomía privada.

Cualquiera que sea la concreción objetiva que se pueda hacer de la moral, el espectro de lo que por ella se entiende es muy amplio y diverso. No se puede confundir moral con determinado credo religioso, el reconocimiento de igualdad de todas las confesiones ante la ley, el derecho de la persona a profesar cualquier fe religiosa, pues lo anterior puede conllevar a una identificación entre moral y religión, lo cual no resulta correcto. La moral, es entendida como el conjunto de convicciones de orden ético que no es necesario que se plasmen en actos concretos.

Bajo la moral social¹² están ancladas sus cosmovisiones, intereses, valores, estructuras de clase y motivaciones. En una sociedad hay un pluralismo de morales, inexpresadas bajo el predominio de la moral hegemónica, que es aquella que ha logrado socializarse desde el grupo que la porta y que por tanto goza de cierto consenso en la ética civil. Esta moral hegemónica se convierte en la moral sin más y es a la que se refiere el Derecho. La moral que refrenda el Derecho es la de la sociedad que lo engendra, es un criterio contingente, por lo que varía de sociedad en sociedad y le corresponde a cada una definirla.

Estrecha relación tiene la moral con las buenas costumbres, las cuales aparecen en los Códigos¹³ como límites a la autonomía de la voluntad. Su fundamentación tiene que concebirse en un criterio extrajurídico, ya que se refiere a la defensa que el ordenamiento jurídico intenta de una moralidad media de una colectividad. En principio, las buenas costumbres no son sino una manifestación externa de una moralidad aceptada.

Siguiendo esta corriente extrapositiva de dirección sociológica se sustenta, fundamentalmente por la doctrina francesa, que la noción de buenas costumbres corresponde su aplicación no al legislador, sino al juez. Se trata de una apreciación discrecional del juez. El magistrado si bien no es un creador de

¹² La sociedad contemporánea está regida por una serie de valores que conforman la moral social, la cual es aquella que trata de analizar, desde la luz de la revelación y con la ayuda de las ciencias sociales, las exigencias de la vida en sociedad.

¹³ Ver Artículo 6 del Code Civil francés, que se refiere al término “*bonnes moeurs*”, Artículo 1255 del Código Civil español que hace referencia a la “moral”, y en idéntica posición los artículos 1207, 1547 y 1106 de los Códigos Civiles de Puerto Rico, Honduras y Panamá, respectivamente, que inspirados en su precedente español lo toman textualmente.

sistemas morales, puede, sin embargo, ser el auxiliar de las transformaciones de la conciencia humana (Espín Cánovas, 1963).

Por lo que es acertado distinguir la moral de las buenas costumbres, ya que aunque poseen puntos en común son conceptos distintos. La moral se refiere a los principios básicos basados en leyes naturales que inspiran a la sociedad. Impone el deber ser, es decir, la realidad ideal y realizable. Mientras que la costumbre es un accionar general y repetido por un grupo de personas y que en su mayoría aceptan.

Es criterio de la autora que la aplicación de la moral en el ordenamiento jurídico cubano, también se puede considerar, si se realiza una interpretación extensiva del artículo 2 del Código Civil cubano, que establece que: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República”¹⁴. La moral forma parte de esos fundamentos, ya que estos últimos abarcan los principios técnicos, jurídicos e ideológicos, así como aquellos valores, que aunque no se encuentren expuestos normativamente o establecidos en la base del ordenamiento, si constituyen el soporte de una sociedad determinada. Precisamente, la moral está conformada por aquellos valores que dentro de un grupo social son aceptados por la mayoría, como los que dictan el comportamiento ideal dentro de ese grupo y en determinado período de tiempo.

En definitiva, la moral es entendida como uno de los factores que dentro de la ley afectan al principio de autonomía de la voluntad, al restringir los actos jurídicos que los sujetos de derecho pueden celebrar, ya que a través de la moral se arraigan definiciones o determinaciones conductuales con el objetivo de que sean observadas, cumplidas y acatadas por la sociedad. Convirtiéndose sus postulados en reglas de moral, a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente.

Por su parte, el orden público como limitante dentro de la ley a la autonomía volitiva, ofrece contornos imprecisos porque en general está desligado lo que normalmente se entiende como orden público en una acepción de paz y tranquilidad ciudadana y aquel orden público limitativo de la libertad de contratación. Espín Cánovas (De Castro y Bravo, Anuario de Derecho Civil. Las nociones de orden público y buenas costumbres, 1963) refiere que la concepción de orden público para la doctrina francesa está dividida en dos tendencias, las que el autor agrupa en una corriente o dirección positiva y otra extrapositiva. La primera considera que las reglas de orden público se traducen en leyes, por lo que, suele hablarse de leyes de orden público, o sea, aquellas que no pueden ser derogadas por los particulares.

Sin embargo, aún dentro de la orientación positivista, otros autores¹⁵, afirman que si bien el orden público tiene que encontrar su fuente en la ley, no se pueden

¹⁴ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59: Código Civil.--La Habana, 1987.--p. 1.

¹⁵ Tal es el caso de autores como Capitant, De Page, Malaurie.

identificar las normas imperativas y el orden público. Esto se debe a que las normas imperativas se dictan para la protección tanto de intereses generales como particulares, mientras que lo específico del orden público es la defensa de intereses generales.

No es admisible identificar las normas imperativas con el orden público, pues éste tiene un carácter flexible, puede imponer su efecto limitativo fuera de un texto legal; así se diferencia un orden público textual o legislativo que encuentra su origen en la ley, y un orden público virtual o judicial que es el determinado por la jurisprudencia. A este orden público virtual o judicial es al que hace referencia Espín Cánovas cuando describe la dirección extrapositiva en la concepción del orden público (Espín Cánovas, Anuario de Derecho Civil, 1963). La noción tradicional de orden público sufre también la influencia del más reciente concepto de orden público económico. Según el profesor De Castro (De Castro y Bravo, Anuario de Derecho Civil. Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad, 1982) la fundamentación normativa de las dos clases de orden público, el jurídico y el económico, es muy diferente. El primero se basa en normas extrapositivas, y su específica finalidad es evitar que, por medio de la libertad de contratación, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el sentido de lo justo o de lo moral; su eficacia se traduce en declarar nulos ciertos convenios. Mientras que el llamado orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la administración, teniendo la eficacia de imponer determinados comportamientos para establecer la previa ordenación económica.

El orden público es resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de una colectividad determinada. Más concretamente, resulta de la observancia de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal. Constituye por tanto, el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.

En consecuencia, las leyes de orden público restringen a la autonomía de la voluntad. Lo anterior se evidencia en la total ineficacia de aquellos contratos contrarios al orden público, cuando voluntariamente se proceda al cumplimiento de lo pactado en contravención de dicho orden.

Limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en sede contractual civil.

Las limitaciones a la autonomía privada provienen de la dinámica económica. Son manifestaciones de la llamada crisis o decadencia de la autonomía de la voluntad en su sentido individualista. Constituyen determinaciones económicas

que prueban las realizaciones normativas de una época dada, afloran como imperativos extrínsecos al negocio contractual, imponiéndole un acomodo propio a sus designios.

En contraste con las condiciones de ejercicio de la libertad contractual en el pasado siglo, en que las limitaciones son mínimas, se puede afirmar que en la actualidad la libertad en el campo de los negocios jurídicos privados, y en especial, del contrato, se caracteriza por un incremento incesante del número de limitaciones. Lo cual, en principio, no significa necesariamente que en esta época sea menor el grado de libertad o más limitada la esfera de su ejercicio en el orden contractual.

Tradicionalmente, las relaciones privadas están sometidas a la iniciativa particular, porque es a ella a quien corresponde regular los intereses privados. Esta autonomía en la regulación de intereses se manifiesta en particular en el contrato. Sin embargo, la intervención creciente del Estado para ordenar y regular las relaciones privadas motiva una decadencia o crisis del principio de autonomía de la voluntad, al aparecer toda una serie de categorías, que resultan extrañas en el marco del derecho contractual clásico.

De los elementos que influyen en la proliferación de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, sin duda una de las más interesantes es la referida a las condiciones generales de negocios, conocida también como cláusulas generales de contratación. Las cuales, a pesar de que encuentran su mayor manifestación en el ámbito contractual económico, también tienen su influencia en sede contractual civil, por la propia dinámica de interrelación de la sociedad. De los numerosos problemas que plantea a la moderna contratación la formulación de las condiciones generales, la limitación a la libertad de contratación es una de las más interesantes, pues representa una evidente restricción a los derechos que comprende el principio de autonomía de la voluntad (Soto Coáguila, 2004).

Cuando se celebran contratos mediante cláusulas generales, las normas supletorias o dispositivas, que de ordinario, en contratos paritarios, pueden ser contravenidas por los pactos contractuales, adquieren un inusitado carácter imperativo y rigen aún en contra de la voluntad del predisponente, al no poder sostenerse que el derecho dispositivo en estos casos tenga siempre carácter meramente supletorio de la voluntad de los contratantes. Es este el tipo de relaciones contractuales, en las que es una parte contratante la que unilateralmente elabora, íntegra o parcialmente, el contenido del contrato, y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones (Soto Coáguila, Anuario de Derecho Civil. La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato, 2004).

También se destaca el fenómeno jurídico de la contratación masiva o contratos en serie, cuyo eje central es que las partes no negocian el contenido del contrato. La etapa previa del contrato, la negociación o los acuerdos, en esta figura, no existe en sentido amplio, ya que las partes no se reúnen para negociar el

contenido del contrato que pretenden concertar (Soto Coáguila, Anuario de Derecho Civil. La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato, 2004).

En la actualidad existen las modernas operaciones contractuales que se realizan a través de máquinas automáticas o por medios telemáticos; operaciones en que las partes no se detienen a negociar y mucho menos a diseñar el contenido del contrato. Lo cual es el resultado de la aparición de la contratación electrónica, que constituye un modelo de generación del contrato que responde a las nuevas exigencias del tráfico jurídico contractual y la tecnología.

Es fácil, pues, denotar que el resultado del contrato en la práctica no es tan justo como el considerado en abstracto, porque las partes, a veces, si bien se encuentran en condiciones de igualdad jurídica, se hallan determinadas en su realización por necesidades económicas. Movidos por esta preocupación de justicia y del espíritu que anima los deberes asumidos por el Estado moderno en el campo de la economía, los órganos legislativos intervienen en la valoración del contenido contractual, a fin de que los pactos libremente concluidos sean válidos y conserven su eficacia. La injerencia del legislador constituye una acción, que muchas veces amparada en la labor preventiva para la tutela eficaz de los contratantes, trae como consecuencia la creación de reglas contractuales que no tienen su origen en la actividad común de las partes.

La intervención que ponga limitaciones e implique un control por parte del Estado no puede ser admitida con excesos. El contrato debe ser el instrumento ideal para la satisfacción de las necesidades de los particulares, aspecto que se logra en toda su extensión con el principio de autonomía de la voluntad.

De lo hasta aquí expuesto, es factible concluir que las limitaciones impuestas al principio de la autonomía de la voluntad se hacen sentir como una necesidad imperiosa para poner barreras a la desigualdad económica existente entre las partes del negocio contractual. Las nuevas formas de contratar, desarrolladas con ímpetu en los últimos años, significan una modificación del esquema contractual del igual poder de negociación de las partes. En efecto, las orientaciones modernas, se proponen moderar el rigor de dos principios importantes en materia de contratos, la libertad contractual o, en otros términos la autonomía de la voluntad de los contratantes, consecuencia de la autonomía individual; y la fuerza obligatoria del contrato.

Los elementos analizados son la expresión en la práctica jurídica de la nueva dimensión que adquiere la doctrina general del contrato al enfrentarse a una nueva realidad económica, social, tecnológica, e incluso axiológica. Todo lo cual lleva a la proliferación desmedida de limitaciones a la libre voluntad de las partes en las relaciones jurídico-contractuales. Dichas limitaciones de conjunto con los límites analizados, influyen directamente en la decadencia actual del principio de autonomía de la voluntad en la esfera contractual. Con lo que se afecta la seguridad jurídica de los contratantes, en la medida que el contrato deja de ser una manifestación de la autonomía privada, para ser el producto de la

adecuación entre el resultado pretendido por las partes y el ordenamiento jurídico.

Algunos de los límites y limitaciones más relevantes al principio de autonomía de la voluntad contractual civil en Cuba

Es en la figura del negocio jurídico donde se logra la mayor realización de la voluntad humana, al ser propiamente un acto de autonomía privada, que brinda la posibilidad de crear la relación jurídica y de determinar su contenido. Precisamente, dada la importancia de que en todo sistema socio-político se reconozca a la persona, la titularidad sobre su esfera de intereses privados, en la que el individuo goza de cierto poder de autodeterminación para crear, modificar o extinguir relaciones sobre bienes, resulta factible indagar su manifestación en las relaciones jurídico-civiles en materia contractual en Cuba.

Si se analiza la manifestación del principio de autonomía de la voluntad contractual en el ordenamiento jurídico cubano, se encuentra que el artículo 309 del Código Civil cubano no establece una regulación precisa de qué es el contrato, sólo hace alusión a los fines y posibilidades que pueden lograrse a través de dicha figura. No obstante, con los artículos 310 y 311 se completa un poco la idea conceptual, pues deja claro que en esta legislación el principio general es el consensualista por ser el consentimiento el criterio vinculante del contrato, otorgándole al elemento volitivo el lugar más importante.

Por su parte, el artículo 312 de la propia Ley sustantiva confiere gran poder a las partes contratantes al otorgarles la posibilidad de decidir determinados aspectos del contenido del negocio, a través de la inclusión de los pactos, cláusulas y condiciones que consideren necesarios siempre que la ley no lo prohíba. Todo parece indicar que basta con que no exista disposición legal en contrario para que se consideren admisibles, y que pueden existir tantos pactos, cláusulas y condiciones como la voluntad de las partes determine.

Sin embargo, se puede apreciar que indiscutiblemente la propia institución contractual aparece ajustada a la concurrencia de un conjunto de elementos o requisitos, a los que se subordina su validez jurídica; sin ellos, el contrato no existe. El poder autónomo reconocido a la voluntad no puede elaborar un contrato sin esos elementos. Además, del análisis del propio Código Civil cubano, se concluye que existen varios supuestos que evidencian que las partes no siempre pueden libremente determinar el contenido concreto del contrato.

Desde esa perspectiva, dicho cuerpo normativo prohíbe el pacto de supresión de la responsabilidad por evicción¹⁶ en su artículo 342, quizás para otorgar estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones sociales. No obstante, la obligación de sanear por evicción es una garantía privada que ofrece el vendedor al comprador, no perteneciendo al orden público por lo que al menos en una venta aleatoria donde el peligro de evicción es inminente, se debe permitir a las partes establecer dicha cláusula accidentalmente.

¹⁶ Ver Artículo 342 del Código Civil cubano.

Tampoco se admiten los pactos de retroventa y de preferencia, si bien no de forma expresa, ello se colige de la lectura del Libro II del Código Civil cubano en el que el legislador regula los derechos reales taxativamente, sin tener en cuenta aquellos que surgen de la voluntad de los sujetos. En el primero; retroventa, que supone un retracto convencional y en el segundo, que supone un tanteo convencional, están excluidos ambos, siendo inoperantes entonces dichos pactos, pues sólo se reconoce el retracto y el tanteo legal¹⁷.

Como regla general, la ley sustantiva cubana mantiene el criterio de la consensualidad o ausencia de formas obligatorias en la formación del contrato, aunque se advierte un renacimiento del formalismo. Este renacimiento moderno del formalismo se funda en las innegables ventajas que ofrece la forma al dar precisión a las obligaciones que se contraen, se debe tener en cuenta que son solemnes la compraventa, permuta, donación de bienes inmuebles, la sociedad, el seguro, la prenda, la fianza, y el anticipo.

En los actos jurídicos mencionados se impone el cumplimiento de un requisito esencial especialísimo de forma para su existencia, pues la voluntad de los contratantes no puede suplir la falta de este requisito, al fijar la ley la forma *ad solemnitaten*, atendiendo a un interés público de seguridad jurídica. En otros contratos este formalismo se ve debilitado por la acción *pro forma*¹⁸ para revestir de formalidades legales aquellos contratos en que no hayan sido observadas.

Otra de las manifestaciones de límites a la autonomía de la voluntad presente en el Código Civil cubano, es la del artículo 376, que prohíbe al donante imponer una condición en la donación, así como el artículo 380, al prohibir el pacto de intereses entre particulares. En dichos preceptos el contrato en sí es permitido, pero no así determinados pactos, cláusulas o condiciones, al prohibirse una zona de su contenido.

Otro de los ejemplos de límites en el ordenamiento jurídico cubano, se manifiesta en el contrato de seguro, regulado por el Código Civil en sus artículos 448 al 465, y por las disposiciones dictadas por los organismos correspondientes, contentivos de las condiciones generales y especiales y las tarifas aplicables a cada tipo de seguro. Dichos artículos constituyen un límite a la autonomía privada al dotar al contrato, libremente concertado de un contenido previo, ya que al contratar a las partes se les impone un contenido sobre el cual no pueden disponer y que se integra al contrato.

Existe además el ejemplo de las formalidades impuestas al contrato de sociedad civil¹⁹, al establecerse que la sociedad para su constitución requiere la previa autorización del organismo estatal competente y que adquiere la personalidad jurídica por su inscripción en el registro público correspondiente. Con lo cual se

¹⁷ Ver Artículos 226.1 y 227 del Código Civil cubano.

¹⁸ Ver Artículo 313 del Código Civil cubano.

¹⁹ Ver Artículo 396.2 del Código Civil cubano.

impone una formalidad a este contrato, cuyo desconocimiento invalida el negocio, al considerarse requisito esencial para su constitución.

Por su parte en el artículo 74, de la Ley General de la Vivienda, prohíbe el subarrendamiento de la vivienda y la cesión de derechos arrendaticios. Lo anterior constituye un límite al proscribir dichos tipos contractuales. Deben ser válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones conciba el interés privado, obviamente, dentro de los marcos de equidad del ordenamiento jurídico, pues las clasificaciones del legislador siempre son al respecto estrechas e insuficientes, al no poder prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano.

La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley. Resulta factible que se modere la libre voluntad de los particulares, pues ella no puede conducir a la actuación fuera de toda organización legal y social, pero se deben respetar siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en su esencia sean lícitas y honestas.

Al analizar las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad contractual se debe advertir que las mismas pueden ser de carácter general y de carácter particular, las primeras están inspiradas en un interés público, en el orden público o en las buenas costumbres, y las segundas son las relativas a cada contrato en concreto. Desde esta perspectiva, es necesario determinar y ejemplificar las limitaciones subjetivas, que son aquellas que recaen en los sujetos contratantes y las limitaciones objetivas que inciden específicamente en el objeto del contrato.

Limitaciones subjetivas

Los sujetos de derecho son aquellas personas, naturales o jurídicas, que actúan en una relación jurídica determinada. Dicha relación se establece para el logro de determinados fines, importantes o trascendentes desde el punto de vista social o jurídico, y que son por tanto merecedores de tutela jurídica. Precisamente, dentro de las principales fuentes de relaciones jurídicas obligatorias se encuentra el negocio jurídico, considerado además como uno de los principales medios de satisfacción de los intereses de los particulares.

Como regla general cualquier persona natural o jurídica con plena capacidad puede participar como parte en un negocio jurídico²⁰. El Código Civil dispone al respecto, que en los contratos traslativos de la propiedad como la compraventa, donación y permuta debe ser propietario el transmitente (vendedor, donante y permutante), aunque este aspecto no es considerado requisito esencial para la constitución del contrato. Puede verse como excepción a esta limitación la figura del representante y del usufructuario. De no ser propietario el transmitente, existe la posibilidad de sanear por evicción, evidencia clara de una limitación en las partes contratantes de estos actos jurídicos.

²⁰ Aspecto regulado en los artículos del 29 al 32 del Código Civil cubano.

Relativo a los sujetos de la relación jurídica contractual, el artículo 338.1 del Código Civil cubano establece una prohibición para las personas que el propio precepto relaciona²¹ para concertar el contrato de compraventa. Esta limitación se extiende a cualquier forma de transmisión según dispone el apartado segundo del propio artículo alcanzando de esta forma los contratos de donación y permuta.

Limitación muy controvertida referente a los sujetos, es la relativa a la imposibilidad de los cónyuges a que donen, compren y vendan entre sí, recogida en un buen número de legislaciones cuyo fundamento doctrinal se encuentra en el régimen económico del matrimonio, como la comunidad matrimonial de bienes que establece el Código de Familia cubano en su artículo 29, para evitar confusiones de los bienes propios con los comunes. El Código Civil cubano, por su parte, no prohíbe la compraventa, permuta o donación entre los cónyuges, tampoco lo hace el Código de Familia.

Por su parte, las limitaciones objetivas pueden ser múltiples y serán aquellas que afecten el objeto de contratación. Estas varían en dependencia del tipo contractual de que se trate y de las condiciones económicas, políticas y sociales imperantes en un momento real y concreto de cada sociedad.

CONCLUSIONES

1. La autonomía de la voluntad se encuentra sometida a un gran número de restricciones, las que se manifiestan en límites y limitaciones, y constituyen los factores jurídicos y sociales que conllevan a la decadencia actual de dicho principio.
2. Los términos límites y limitaciones constituyen categorías diferentes, siendo entendidos los primeros como normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario que vienen establecidos en ley, son ineludibles, e integran el contenido del contrato. Las limitaciones, por su parte, son excepcionales, extrínsecas, seccionan externamente el contenido normal del contrato y varían en dependencia de las circunstancias económicas, políticas, sociales y jurídicas de la sociedad.
3. El principal límite a la autonomía de la voluntad contractual civil es la ley, contentiva de los presupuestos de orden público y moral.
4. Las limitaciones a la autonomía de la voluntad contractual pueden ser subjetivas y objetivas, las subjetivas recaen en los sujetos contratantes y las objetivas inciden específicamente en el objeto del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, A. (1997). De los Contratos. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

²¹ Artículo 338.1. No pueden adquirir por compra los bienes, derechos y acciones:

- a) El tutor, los de la persona que está bajo su tutela;
 - b) los apoderados, mandatarios y albaceas, los que tengan en administración;
 - c) el personal judicial y fiscal, los auxiliares judiciales y los abogados, los que estuviesen sujetos a litigios en que intervengan; y
 - ch) los notarios, los relacionados con los asuntos en que intervengan en el ejercicio de sus funciones.
2. Esta prohibición se extiende a cualquier otra forma de transmisión.

Amoros Guardiola, M. (1983). Anuario de Derecho Civil. La Habana.

Aparisi, Á. (1992). Introducción a la Teoría del Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch.

Castillo Santos, J. (1949). Anuario de Derecho Civil. La Habana.

Castillo Santos, J. (1949). Anuario de Derecho Civil, Tomo 2, fascículo 2.

Clemente, T. (1989). Derecho Civil. La Habana: Pueblo y Educación.

Constituyente, A. (1940). Constitución de la República. La Habana, Cuba.

De Casso y Romero, I., & Cervera, F. Diccionario de Derecho Privado, Tomo 2. Madrid: Labor S.A.

De Castro y Bravo, F. (1982). Anuario de Derecho Civil. La Habana.

De Castro y Bravo, F. (1991). El negocio jurídico. Madrid: Civitas.

Delgado Vergara, T. (2003). Derecho de Contratos, Tomo 1. La Habana: Félix Varela.

Díez-Picazo, L. (1996). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen 1. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1993). Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos S.A.

Díez-Picazo, L., & León, P. d. (1956). Anuario de Derecho Civil.

Enciclopedia Universal Ilustrada (Europeo-Americana). Madrid: espasa-Calpe S.A.

Espín Cánovas, D. (1963). Anuario de Derecho Civil. La Habana.

Fernández Bulté, J. (2004). Teoría del Estado y el Derecho. La Habana: Félix Varela.

Gamarra. (1998). Tratado de Derecho civil Uruguayo, Tomo 8. Montevideo: Del Foro S.R.L.

Gobierno, C. d. (1916). Ley No. 2: Código Civil. Ciudad de Panamá, Panamá.

Jiménez Cano, R. (s.f.). www.juridicas.unam.mx. Recuperado el 17 de Enero de 2011, de www.juridicas.unam.mx.

Kam Ríos, J. (s.f.). www.monografias.com. Recuperado el 4 de Enero de 2011, de www.monografias.com.

Lalaguna Domínguez, E. (1993). Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Valencia: Tirant lo blanch.

Lastra Lastra, J. M. (s.f.). www.juridicas.unam.mx. Recuperado el 13 de Diciembre de 2010, de www.juridicas.unam.mx.

Legaz y Lacambra, L. (1962). Los principios generales del Derecho. Revista del Instituto de Derecho Comparado, 19-35.

Lezcano Calcines, J. R. (2002). Estudios de Derecho Administrativo. La Habana: Félix Varela.

López Santa María, J. (1998). Los Contratos. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Ministros, C. d. (1975). Ley No.1289: Código de Familia. La Habana, Cuba.

Nacional, C. (1855). Código Civil. Santiago de Chile.

Ojeda Rodríguez, N. (2003). Derecho de Contratos, Tomo 1. La Habana: Félix Varela.

Ojeda Rodríguez, N. (2000). Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos. La Habana: Félix Varela.

Parlamento. (1888). Código Civil. Madrid, España.

Pérez Gallardo, L. (2004). Compendio de Derecho Civil. La Habana: Félix Varela.

Pérez Gallardo, L. (2000). Lectura de Derecho de Obligaciones y Contratos. La Habana: Félix Varela.

Popular, A. n. (1987). Ley No. 59: Código Civil. La Habana, Cuba.

Popular, A. N. (2004). Ley No. 65: Ley general de la Vivienda. La Habana, Cuba.

Rivera, J. C. (2004). Instituciones de Derecho Civil, Tomo 2, Parte General. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rodríguez González, J. I. (2000). El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español. Madrid: Colex.

Rodríguez Olivera, N. (s.f.). www.derechocomercial.edu.uy. Recuperado el 13 de Diciembre de 2010, de www.derechocomercial.edu.uy.

Rodríguez Olivera, N., & López, C. (s.f.). www.derechocomercial.edu.uy. Recuperado el 13 de Diciembre de 2010, de www.derechocomercial.edu.uy.

Rodríguez Olivera, N., & López, C. (s.f.). www.derechocomercial.edu.uy. Recuperado el 13 de Diciembre de 2010, de www.derechocomercial.edu.uy.

Soto Coágula, A. (2004). Anuario de Derecho Civil. La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato. La Habana.

Vivienda, I. N. (s.f.). Reglamento complementario al Decreto-Ley 233. La Habana, Cuba.

Universidad de Cienfuegos

“Carlos Rafael Rodríguez”

Título: Relaciones de vecindad y servidumbres en el Derecho Civil Comparado. Sus límites y limitaciones.

Profesora: Lic. Katuska Hernández Fraga

Estudiante: Oslané Alonso Débora

Palabras claves: Relaciones de vecindad, servidumbre, límites y limitaciones.

Resumen

En Cuba, a partir del año 1889, que comenzó a regir el Código Civil español, las normas más importantes referidas a las relaciones de vecindad, estaban tratadas como parte del derecho real de servidumbres, específicamente en las clasificadas como legales. Actualmente, las relaciones de vecindad y las servidumbres se encuentra reguladas en los artículos del 170 al 177 de la Ley No. 59 de 1987, Código Civil cubano, que derogó al español, introduciendo importantes y radicales modificaciones. Esta materia se trata como “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, donde se mezclan indistintamente límites y limitaciones a la propiedad inmobiliaria con motivo de las relaciones entre vecinos. Además se excluyen las servidumbres, modificación que resulta trascendental, en tanto no se trata de cuestión semántica ni de simple ubicación en la Ley, sino que incide en la práctica jurídica cubana, pues además de crearse lagunas en el Derecho positivo, las normas referidas suscitan disímiles interpretaciones, tanto por la doctrina como por los operadores del Derecho, lo que ha traído consigo falta de uniformidad al tratar el tema por la jurisprudencia.

Introducción

El hombre vive en sociedad y por tanto debe cumplir las regulaciones que se dicten para un mejor desenvolvimiento de su actuar en la misma, inclúyase tanto el derecho de propiedad como los actos que puede desarrollar sobre el bien objeto de su dominio. El derecho a la propiedad individual surgió en Roma y el propietario ostentaba considerables atribuciones y facultades. Éste Derecho era considerado un derecho perpetuo, pues el dominio subsistía independientemente del ejercicio que se podía hacer de él, exclusivo en virtud de que el propietario podía rechazar la intervención de los terceros en el uso y goce de la cosa y tomar al respecto todas las medidas que considerara conveniente y absoluto, pues el propietario podía hacer o no en sus cosas aquello que creyera por conveniente (Rodríguez Saif).

El antecedente legislativo más cercano e importante que incidió en la configuración de las normas referidas a las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad en nuestro derecho positivo lo tenemos en el Código Civil español de 1888. En 1889 fue hecho extensivo a Cuba por el Real Decreto del 31 de julio del mismo año y que rigió hasta 1987 que se promulgó la Ley número 59, Código Civil cubano.

El derecho de propiedad otorgaba a su titular el poder jurídico pleno sobre la cosa en todos aquellos aspectos y utilidades que pudiera ofrecer. El actuar de manera excesiva en una propiedad donde se perjudicara la del vecino llevo al surgimiento de límites al derecho de propiedad, unido esto al desarrollo de la vida en sociedad. La propiedad deja de considerarse como una pertenencia exclusiva del individuo y comienza a verse como una atribución que debía ser usada en beneficio suyo y de la colectividad, es decir, era un poder jurídico con límites. Esa plenitud de manifestación evidente en el derecho de propiedad, ya no implicaría un poder desmedido del dueño, pues el titular no tendría una potestad ilimitada y libre respecto a su propiedad. El propietario tendría el aprovechamiento del bien y el alcance mayor en las posibilidades de utilización y disposición del mismo, pero con los límites legales que el derecho de vecindad pudiera imponer.

Las relaciones de vecindad se enmarcan jurídicamente en el Derecho de Propiedad y más propiamente en el ámbito de la inmobiliaria. El Derecho Inmobiliario puede ejercitarse de la manera más plena y satisfactoria posible para cada propietario de un bien inmueble, pero sin causar perjuicios al fundo vecino. De ahí, que el conjunto de normas y principios que constituyen las relaciones de vecindad se presenten como un límite al ejercicio del derecho de propiedad de cada propietario colindante a razón de que a veces el ejercicio pleno del derecho de propiedad perturba, lesiona o impide el correspondiente derecho de propiedad del vecino (Sánchez Baza), por lo cual su función es lograr el bienestar social. El propietario debe darle al bien el uso para el cual es socialmente destinado y según este regulado en la ley, porque para tal uso fue creado y solo así resulta protegido por el Derecho. El uso que ocasione al vecino una molestia o una perturbación, es y debe considerarse prohibido; puede decirse que las relaciones de vecindad existen para evitar el incorrecto uso de la cosa objeto de propiedad de una persona.

En cuanto a las servidumbres resulta difícil dar una definición que diferencie este derecho de los demás derechos limitativos de la propiedad. Existen autores que no encuentran diferencia alguna concreta entre la servidumbre y los demás límites a la propiedad, y otros que afirman que dada la multiplicidad de objetos y aplicaciones de la servidumbre, no es posible dar una definición general de ella. Sin embargo, a partir de los elementos que componen ésta institución se puede, en nuestro criterio, dar una definición de la misma. No puede dejar de mencionarse que las servidumbres son derechos reales establecidos sobre un bien ajeno. Éstas se constituyen a partir de la voluntad de las partes o por ley, le permiten al propietario de un predio el uso y disfrute de otro predio ajeno a su propiedad con el objetivo de brindar una utilidad al mismo. Las relaciones de vecindad son límites que afectan el dominio de todo propietario de un bien inmueble, mientras que las servidumbres son limitaciones que surgen de una necesidad puntual del propietario de un predio sobre otro predio vecino.

Al sustituirse el Código Civil español donde se trataban las servidumbres en el capítulo “De las Servidumbres”, por el de “Limitaciones Derivadas de las Relaciones de Vecindad”, no se aprecian ninguna de las propuestas que en tal materia existían. Ésta institución daba respuesta a diversos conflictos que afloraban en la vida diaria y en el quehacer jurídico y son, primordiales en el desarrollo de la vida jurídica de cualquier país. Esto provocó una carencia en la materia que debe subsanarse, sin olvidarse de los adelantos del mundo al respecto y partiendo de la adecuación de las condiciones particulares de cada sitio para con ésta materia.

Hoy día, el tratamiento legal que reciben las relaciones de vecindad y las servidumbres al Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes en el Código Civil cubano puede y debe considerarse como un problema a solucionar. Son instituciones que conociéndose sus definiciones y características son utilizadas indistintamente en la práctica jurídica, partiendo de que reciben un tratamiento legal deficiente. Estas dificultades deben ser erradicadas partiendo de una correcta aplicación de las definiciones de las instituciones anteriormente mencionadas; permitiendo así el uso adecuado de dichos términos en la práctica jurídica.

Desarrollo:

Epígrafe I: Límites y limitaciones. Concepto y características

Entre dos propiedades contiguas la misma vecindad crea conflictos, por lo que el mismo desarrollo de la sociedad exige establecer límites recíprocos en el ejercicio de las facultades que ostenta cada propietario. Resulta imposible la actuación de los fundos adyacentes pertenecientes a propietarios distintos sin que uno invada la esfera del otro. La ley impone mediante un conjunto de normas jurídicas restricciones para que tales intromisiones estén contenidas en la medida que se respete la propiedad del vecino y un mejor desenvolvimiento de los derechos que poseen sus titulares.

Los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario, vienen establecidos en la ley, son ineludibles, van ligados al derecho desde su origen. Al respecto, ALBARADEJO consideró los límites al derecho de propiedad como "las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido tal poder" (Rodríguez Saif M. J.). Siguiendo este criterio, se considera que los límites afectan a todos los predios por igual, permitiéndoles conocer a los propietarios de los mismos las prohibiciones que deben observar para lograr el desarrollo eficaz de su derecho de propiedad.

Pueden ser por motivo de interés público establecidos con carácter general para todas las personas y cuya finalidad es asegurar la conservación del orden general de la sociedad, imponiendo conductas positivas y prohibiciones. Además, se clasifican por motivos de interés privado, los que se caracterizan por la regulación de situaciones de posibles conflictos a causa del ejercicio de los derechos reales que involucrarían sujetos puntuales. Se encuentran reguladas por

las disposiciones del Código Civil cubano en lo referente a las relaciones de vecindad (Rivero Valdés, 2005). Las relaciones de vecindad son límites que comprenden el derecho de propiedad y se aplican de forma general.

Las relaciones de vecindad imponen restricciones de hacer, las cuales tiene como objetivo conciliar los derechos de los propietarios de fundos contiguos y forman parte del contenido normal de la propiedad. Ellas inciden en el ejercicio de las facultades de goce y exclusión que tiene todo titular frente a la intromisión de terceros. Tienen carácter social pues dimana de un hecho social, que es la convivencia que se manifiesta en las interacciones entre las personas y los bienes inmuebles de que son titulares. Además tiene carácter jurídico, pues tiene tal connotación social que necesita de un respaldo en la ley para evitar posibles conflictos.

Las relaciones de vecindad se caracterizan fundamentalmente por perdurar en el tiempo, pues subsisten siempre que existan relaciones de vecindad entre ciertos fundos y por su generalidad pues se extienden por todas las relaciones que surgen entre inmuebles vecinos (Sánchez Baza, www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentación/derecho-romano/otras-ponencias/Roxana-Sánchez.pdf), entrañan una relación de reciprocidad y son imprescriptibles. Teniendo como punto de partida su caracterización puede decirse que el contenido de las relaciones de vecindad es variado y amplio por eso se necesitan normas genéricas, tratando de que estén contenidas en las mismas la mayor cantidad de supuestos de posibles conflictos, para lograr jurisprudencia uniforme.

Las limitaciones, por su parte, tienen carácter extraordinario y se agregan voluntariamente; sólo existen cuando se han concebido, mientras, no pueden obligarse a cumplir. Con respecto a ellas, puede señalarse que reducen el poder que normalmente tiene el dueño sobre su bien pudiendo originarse por causa de necesidad, utilidad o interés social y por la propia voluntad de las partes (Sánchez Baza, vlex.com/vid/limitaciones-utilidad-privada-215176#ixzz41WKVeBnq).

Las limitaciones pueden ser por motivos de interés público, como las servidumbres administrativas y por motivos de interés privado, como las prohibiciones de disponer y los derechos reales de origen convencional como el tanteo y retracto (Rivero Valdés, 2005).

En nuestro criterio, a razón de que las servidumbres son un derecho real de aprovechamiento en cosa ajena, de que son prohibiciones de no hacer y que pretenden ajustar los intereses de los propietarios de ambos predio, tanto el sirviente como el dominante; nos afiliamos a la definición DE RUGGIERO sobre servidumbre al considerar que “son vínculos de naturaleza obligatoria, por los cuales se constituye un derecho de un tercero a una determinada acción frente al poseedor de un fundo, es un derecho real” (De Ruggiero, 1929).

Entre las características de las servidumbres se encuentran su especificidad, pues se regulan cuando afectan a un fundo determinado con respecto a otro, son

ilimitadas en su número, pues surgen de necesidades determinadas que no pueden someterse a un límite numérico, imponen al propietario obligaciones de no hacer y son ejecutorias al no poder el propietario del inmueble sirviente oponer resistencia (Rodríguez Saif M. J.) y son derechos de naturaleza real, establecidos sobre la cosa ajena. Los tipos de servidumbres generalmente reconocidos son, según la Enciclopedia Encarta, la de abrevadero la cual grava un predio adonde los ganados de otro van a beber; de acueducto que grava un predio por donde pasa una conducción de aguas; de luces aquella que limita la construcción o altura de un edificio para dejar libre paso de la luz a otra finca inmediata, sin permitir la vista desde esta; de paso la que permite atravesar una finca ajena en beneficio de otra propia y la de vistas que da al predio dominante el derecho de tener ventanas u otros huecos en su casa, desde donde pueda mirar al predio sirviente, con la consiguiente obligación de este de no impedirlo con nuevas construcciones o plantaciones.

Como resultados del análisis de los conceptos referenciados se puede plantear que las relaciones de vecindad integran el régimen normal de la propiedad, su contenido, hasta donde llega el poder del dueño, configurando o enmarcando el dominio en lo que es y debe ser. También son una manifestación del régimen ordinario de la propiedad ya que consiste en la imposición de límites. Las servidumbres, por su parte, son excepcionales, anormales o extrínsecas, viniendo a recortar externamente el contenido normal del derecho, traducido esto en el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa, que no se suprime, sino que se comprime. Las servidumbres, en cambio, son limitaciones. Los límites al derecho de propiedad recaen sobre las facultades que tiene el dueño sobre su propiedad, afectan a todas las propiedades por igual, mientras que en las limitaciones hay un gravamen de un predio en beneficio de otro predio, un fundo sirviente y otro dominante.

Por su parte, López y López apunta que: "cabe hablar de la existencia de un contenido normal del Derecho de Propiedad, que viene circundado por un régimen ordinario de restricciones, que afectan de modo general a todos los titulares dominicales que versan sobre una misma categoría de objetos; a estas restricciones normales y que han sabido ser fijadas en su mayoría por razones de interés general las conocemos por límites". Según el mismo autor: "Las limitaciones son reducciones del poder del propietario en casos singulares, reducciones que afectan precisamente el contenido normal, es decir fijado por los límites" (López y López & Montés Penadés, 1994).

Las relaciones de vecindad no otorgan ningún derecho a indemnización a favor de quien los sufre, excepto cuando se incumplen. A diferencia las servidumbres legales, al reducir el contenido normal del derecho de propiedad en beneficio del predio dominante, exigen como justa compensación una indemnización a favor del predio sirviente.

Los límites derivados de la vecindad son inherentes al derecho de propiedad, y por ellos no es necesario un acto especial para imponerlos al dominio en cada

caso particular, el título reside en el mismo derecho de propiedad, al que esos límites le vienen incorporados directamente por la ley. Por el contrario, las servidumbres legales, aun cuando puedan imponerse coactivamente, necesitan que se exija su constitución; requieren un acto especial de constitución sólo a partir del cual es que existen.

DÍEZ-PICAZO, al abundar en las radicales diferencias entre una y otra (servidumbres y derecho de vecindad), utiliza también los términos límites y limitaciones y asevera: “además de las limitaciones legales, la propiedad como todo derecho subjetivo, tiene límites genéricos; que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio de mala fe. Estos límites genéricos obligan a la convicción de las actuaciones del propietario como procedentes e improcedentes, tarea en la que el juzgador no podrá olvidar las concepciones ideológicas que predominan en la sociedad. Las limitaciones sobre el uso o goce no generan siempre derechos reales de servidumbre a favor de otro sujeto, aunque en ellas puede desembocar. En otras palabras, limitaciones legales del dominio y servidumbre no son términos idénticos en todo caso y circunstancia” (Díez Picazo & Antonio, 2001).

Los límites tienen carácter bilateral pues responden a una situación de igualdad y recíproco equilibrio entre las propiedades, generan derechos y deberes para los propietarios. En las servidumbres, por el contrario, existe una subordinación o dependencia de uno de los fundos en utilidad o provecho de otro, existe un predio dominante y uno sirviente.

Los límites no necesitan ser probados, sino que basta la invocación de la norma jurídica que lo establece, en nuestro derecho positivo se invoca al Artículo 170 del Código Civil cubano. No ocurre así con las servidumbres, que no se presumen nunca y deben probarse, pues ellas no existen hasta que no hayan sido constituidas. Los límites derivados de la vecindad son imprescriptibles, a diferencia de las servidumbres, que se extinguen por el no uso durante el tiempo establecido en la ley, en Cuba el término es de 5 años según lo dispone el Artículo 114 del Código Civil cubano.

Puede concluirse afirmando que las relaciones de vecindad y las servidumbres son categorías jurídicas diferentes. Ellas se encuentran vinculadas por las esferas en que actúan y por la relación que tienen ambas con el concepto de propiedad, pero no pueden ser consideradas como una sola institución, teniendo en cuenta las características propias a cada una de ellas. Resulta necesario que en la regulación de las mismas se definan y se determinen los rasgos identificativos que las hacen distintas.

Epígrafe II: Análisis de los límites y limitaciones al Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes en el Libro Segundo del Código Civil cubano

En cuanto a los límites y limitaciones que por razón de la vecindad se les imponen a los propietarios de inmuebles, cabe señalarle al Código Civil cubano la no utilización de términos tradicionales o clásicos en el Derecho. Ellos son

sustituidos por otros que no logran expresar con transparencia el sentido de la institución a la que se refieren o por el silencio del propio legislador.

El primer límite que se impone sobre el ejercicio de los derechos lo encontramos en el artículo 4 del Código Civil¹, referido a la prohibición del abuso del derecho. Como límite inherente al ejercicio de cualquier Derecho, lo es también respecto al de propiedad, y por ello preside, con carácter genérico, el ejercicio de las facultades derivadas del dominio, debiendo regir como principio informador de las relaciones de vecindad.

El Libro Segundo del Código Civil cubano se dedica al Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes, y específicamente su Título II. Con las disposiciones generales comienza éste título, presidido por el artículo 128² que define el carácter socialista de la propiedad que rige en el país. En éste capítulo se incluyen los primeros límites estrictamente patrimoniales, contenidos en los artículos 131 y 132 ambos del Código Civil cubano.

El cuerpo legal antes mencionado, dedica el Capítulo IV a las Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, donde mezcla indistintamente límites y limitaciones, así, el artículo 170, deja sentado que las relaciones de vecindad generan derechos y obligaciones para los inmuebles colindantes, y que los propietarios de inmuebles deben abstenerse de realizar actos que perturben más allá del límite generalmente admitido el disfrute de los inmuebles vecinos; el artículo 172, se refiere al paso necesario por el predio vecino de forma temporal para realizar obras de construcción o conservación, ya sea por interés público o privado. Por su parte, el artículo 173 nos plantea la obligación de permitir el paso de las aguas fluviales; el artículo 174 trata la extralimitación de las ramas, raíces o frutos hacia el inmueble vecino; el artículo 175, se refiere a la invasión sin mala fe del predio vecino al levantar una edificación y el artículo 177, establece la acción de deslinde.

Por otra parte, nuestra ley sustantiva dedica el artículo 171 a la servidumbre de paso, aunque no se le llame por ese nombre, y el artículo 176 a la medianería.

Es de señalar que en nuestro cuerpo legal no se precisa previamente el contenido y alcance desde el punto de vista de su configuración de la medianería, y se va directamente a establecer el límite, como realmente es, utilizando el término de “instalaciones comunes”.

Al igual que en el Código Civil español, no existe en el Código Civil cubano ningún precepto que regule las inmisiones, aunque no deja desamparadas a las personas que por este motivo sufran perturbaciones, porque la fórmula del artículo 170 deja una brecha amplia en la que cabe cualquier contenido de

¹ Artículo 4 del Código Civil Cubano: Los derechos que este Código reconoce han de ejercerse de acuerdo con su contenido y finalidad, y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro.

² Artículo 128.1 del Código Civil: En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal.

hecho, que siempre debe afianzarse con las posibilidades que ofrece el artículo 4 y 111³ del Código Civil cubano.

Quizás en el afán de simplificar el articulado tan amplio que existía como antecedente en el Código Civil español, que no se atemperaba a la nueva concepción de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción y a los cambios en el orden patrimonial introducidos por las Leyes de Reforma Agraria y de Reforma Urbana, y también para evitar el casuismo exagerado, se omitió dedicar un artículo al límite referido a las luces y vistas, omisión que ha dejado una laguna imposible de llenar con la anticuada, dispersa y poco uniforme normativa contentiva de las regulaciones urbanísticas.

En virtud de lo expresado anteriormente, se hace necesario un análisis de los artículos que el Código Civil cubano dedica a los límites y limitaciones derivados de las relaciones de vecindad, para poder ilustrar las lagunas y deficiencias en su regulación que inciden de forma negativa en la real y efectiva protección a los propietarios en sus relaciones vecinales.

En primer orden, y con el propósito de que nuestra ley sustantiva siga una sistemática adecuada, sería preciso que el Capítulo IV del Título II del Libro Segundo hiciera una distinción entre límites y limitaciones a la propiedad. En consecuencia, el Capítulo podría nombrarse “Límites y limitaciones a la propiedad derivados de las relaciones de vecindad”, con una sección primera donde se agruparan los límites al dominio y una segunda sección dedicada a las limitaciones a la propiedad.

Los artículos que conformarían la sección primera del Capítulo IV del Título II del Libro Segundo propuesta por la autora serán los relacionados a continuación:

- ❖ Artículo 170 apartados 1 y 2 del Código Civil Cubano⁴: Este artículo ha sido objeto de innumerables críticas, pues la ambigüedad del mismo no es lo que representa una dificultad, sino la falta de otras normas específicas que lo refuercen para amparar un derecho. Se trata de una fórmula abstracta pues la “perturbación más allá del límite generalmente admitido” está relacionado con el nivel de tolerabilidad normal en un lugar y tiempo concreto, atendiendo a las reglas de la razón y la lógica, que como es natural, puede ser en algún momento un instrumento mal utilizado por los operadores del derecho en el tráfico jurídico, su interpretación intenta insertar tantas posibles situaciones que no se tiene

³ Artículo 111 del Código Civil cubano: La protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente: a) el reconocimiento del derecho; b) el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben; c) la condena a cumplir la prestación; ch) la extinción o la modificación de la relación jurídica; d) la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados; e) la imposición de sanciones pecuniarias en los casos en que proceda; f) la subrogación del acreedor en el lugar del deudor para ejercer las acciones de éste; y g) el ejercicio, por parte del acreedor, de la acción revocatoria de los actos en que el deudor hubiese realizado en fraude de sus acreedores, cuando no pueda satisfacer su crédito de otro modo.

⁴ Artículo 170 del Código Civil: 1. Las relaciones de vecindad generan derechos y obligaciones para los propietarios de los inmuebles colindantes.

2.- El propietario de un bien inmueble debe abstenerse de realizar actos que perturben más allá del límite generalmente admitido, el disfrute de los inmuebles vecinos.

idea de cuáles pudieran no estar contenidas en él, además de establecer “las relaciones de vecindad generan derechos y obligaciones” sin contar con normas complementarias que así los establezcan. El artículo objeto de análisis es innecesario al existir Artículos como el 131 y el 132 de nuestro Código Civil que establecen de manera general algunos de los límites específicos que no se pueden sobrepasar en el ejercicio de los derechos reales; en cambio, es útil que determinara los niveles sobre los que se entiende el ejercicio normal del derecho que al ser quebrantados afectan a un inmueble colindante.

Sin embargo, la existencia del artículo 170 en nuestra ley sustantiva, es una útil herramienta en manos de los operadores jurídicos para amparar el derecho de personas que sufran una lesión que no se encuentre prohibida expresamente en el Código Civil ni en otra legislación complementaria, o sea, que nos encontramos ante una fuente autónoma de derecho, una norma técnica “concreta” que podría ponerse en relación con preceptos generales como son el artículo 4 y el 111 del Código Civil, ya que normas como éstas no pueden faltar en nuestro ordenamiento jurídico, pues la vida es muy rica, y siempre pueden presentarse situaciones que no se encuentren previstas en la Ley.

- ❖ Artículo 172 del Código Civil⁵: Constituye un límite al dominio porque el paso necesario es temporal y no implica servilismo de un predio respecto a otro, además, es bilateral y recíproco, pues este predio debe tolerar el paso temporal del vecino, tal como ese vecino u otro tiene que tolerar a su vez el de aquel, si fuera preciso. Debe señalarse que la indemnización que establece el artículo analizado no es el resultado del deber de tolerar el paso sino por los perjuicios ocasionados.
- ❖ Artículo 174 del Código Civil cubano⁶. Similar tratamiento deberá recibir este artículo que recoge acertadamente el supuesto de la extensión de las ramas y raíces de los árboles al predio vecino, sólo aclarar que el apartado 2 también concede un derecho sobre los frutos que “caigan en su inmueble” pero no de aquellos que cuelguen o prendan de las ramas que sólo podrá adquirirse en el caso en que proceda su derecho a cortarlos por sí.

⁵ Artículo 172 del Código Civil: 1.- Los propietarios de inmuebles urbanos o rústicos no pueden oponerse al paso por ellos, si resulta indispensable para la realización de obras de utilidad pública o para efectuar construcciones o reparaciones necesarias en inmuebles vecinos o pisos adyacentes.

2.- El paso debe realizarse de modo que ocasione la menor molestia posible al que ha de permitirlo.

3.- Tampoco pueden oponerse los propietarios a la colocación de andamios o realización, en sus propiedades, de las obras autorizadas que sean indispensables para la higiene o conservación de los inmuebles vecinos o pisos adyacentes.

4.- En todos los casos a que se refieren los apartados anteriores, los que realizaron las obras o, en su defecto, los beneficiados con ellas, están obligados a reparar los daños y perjuicios que ocasionaren al ejercitar estos derechos.

⁶ Artículo 174 del Código Civil: 1.-El propietario de un inmueble puede reclamar que se corten las raíces, ramas y frutos de los árboles que se extiendan sobre su propiedad o cortarlos por sí cuando, después de transcurrido el plazo de siete días de la notificación a su propietario, éste no lo hiciera.

2.- Si el dueño del inmueble ejercita las facultades a que se refiere el apartado anterior, puede hacer suyos los frutos, ramas o raíces que corte por sí. También puede hacer suyos los frutos del árbol ajeno que caigan en su inmueble.

- ❖ Artículo 175 referido a la construcción extralimitada⁷: Es una figura que no tiene precedentes en la legislación española. En la práctica es un artículo casi inoperante porque su redacción trae confusiones que se traducen en criterios divergentes. En primer lugar, contiene un elemento subjetivo para llegar a la conclusión si procede o no la demolición: “Si al levantar una edificación u otra instalación se invade, sin mala fe, el inmueble vecino, el propietario de éste no puede reclamar la demolición de lo construido, a no ser que se haya opuesto oportunamente a la extralimitación....”, de esta redacción se entiende que si hubo mala fe, no importa que haya habido oposición o no, igual procedería la demolición, ahora, labor difícil significa demostrar la mala fe en un proceso, cuando por imperio del artículo 6 del Código Civil cubano⁸ la buena fe se presume.

En segundo lugar, debemos interpretar qué significa oponerse oportunamente a la extralimitación, interpretación que tiene que hacer el juez, teniendo en cuenta que en este caso no se valora la entidad del perjuicio para disponer la demolición o no, sino que se tiene en cuenta la invasión de los límites y la oposición oportuna. En la práctica se conoce que no existe ninguna forma efectiva de oponerse a la extralimitación que no sea a través de un Proceso Especial de Suspensión de Obra Nueva, porque la legislación administrativa prevé la demolición de las construcciones que no están amparadas documentalmente, pero los inspectores encargados de aplicar las medidas penando las contravenciones que en ese sentido se cometen no tienen facultades para suspender una obra por este tipo de conflicto, o sea, solamente verifican si la construcción está autorizada mediante licencia o permiso, y si se ajusta al proyecto, no así si con ella se produce algún tipo de contienda vecinal, lo que es perfectamente válido, porque toda disputa que para su solución se imponga impartir justicia debe ser resuelta por órganos compuestos y por personal calificado. Por último, es un término abstracto el utilizado por el legislador para reclamar la demolición cuando establece que “el propietario se vea amenazado de un daño considerable”, hasta qué punto un daño es considerable o no, además deja claro que debe darse uno de los dos supuestos para que proceda la demolición.

- ❖ Artículo 176 sobre medianería⁹: La medianería es la titularidad conjunta de dos dueños de predios o pisos distintos sobre elementos comunes de

⁷ Artículo 175 del Código Civil: 1.- Si al levantar una edificación u otra instalación se invade, sin mala fe, el inmueble vecino, el propietario de éste no puede reclamar la demolición de lo construido, a no ser que se haya opuesto oportunamente a la extralimitación, o que se vea amenazado de un daño considerable.

2.- El perjudicado tiene derecho a demandar la compra de la parte ocupada o su compensación, con indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido con motivo de la construcción.

⁸ Artículo 6 del Código Civil: La buena fe se presume cuando el Código la exige para el nacimiento o los efectos de un derecho.

⁹ Artículo 176 del Código Civil: 1.- Las construcciones, setos vivos, obras y otras instalaciones comunes a inmuebles vecinos se presumen medianeras y sus copropietarios están obligados a sufragar proporcionalmente los gastos que ocasione su mantenimiento.

separación, cuyo elemento divisorio (paredes, cercas, muros, zanjas...) se haya situado sobre terreno de ambas fincas y pertenece por mitad a los dueños de una y otra. Del concepto anterior se deduce que la naturaleza jurídica de la medianería es la mancomunidad, debiendo estar ubicada en el Capítulo III dedicado a la copropiedad, donde se debe definir el contenido de la medianería y los derechos que a cada medianero asisten sobre el terreno común, así como las obligaciones que comparten. Sin embargo, la inexistencia de dichas normas ha traído consigo la confusión de los operadores del derecho en el tráfico jurídico a la hora de clasificar una pared como medianera o no, error que lleva aparejadas decisiones judiciales alejadas de la justicia y la legalidad, y que a veces, por emanar del Tribunal Supremo, sientan bases para que el desliz se generalice.

- ❖ Artículo 177 relativo al deslinde¹⁰ : En la práctica no existen criterios divergentes sobre la aplicación de este artículo. Se debe consignar expresamente que la autoridad competente para fijar los límites de los inmuebles urbanos es la Dirección Municipal de la Vivienda, a través del procedimiento establecido por el Instituto Nacional de la Vivienda.

Al realizar una interpretación extensiva del articulado de nuestra ley sustantiva se puede afirmar que conformarían la sección segunda del Capítulo IV del Título II del Libro Segundo los artículos dedicados a las limitaciones o gravámenes a la propiedad tales como:

- ❖ Artículo 171 referido a la servidumbre de paso¹¹: En la práctica actual, con amparo en el artículo 170.2 de nuestra ley sustantiva y aprovechando la confusión legal en cuanto límites y limitaciones, se han protegido las diversas formas de servidumbres prediales que existen como limitaciones al derecho de propiedad inmobiliaria, pues en el actuar forense se suscitan conflictos que involucran especies de servidumbre que no coinciden con las que aparecen hoy en nuestro Código Civil, ejemplos: saca de agua, de acueducto, de desagüe de aguas albañales, de luces y vistas etc.
- ❖ Artículo 173 del Código Civil¹²: Este artículo constituye una verdadera servidumbre a favor del predio superior donde no puede este ejecutar acto

2.- El copropietario no puede, sin el consentimiento del otro, abrir en pared medianera, ventana ni hueco alguno.

¹⁰ Artículo 177 del Código Civil: 1.- Si es necesario precisar los límites de un inmueble, el propietario de éste y los propietarios de los colindantes pueden fijarlos mediante acuerdo, que para ser válido, requiere la aprobación de la autoridad competente.

2.- De no existir acuerdo, la autoridad competente fija los límites a través del correspondiente procedimiento.

3.- Los gastos de la delimitación, así como los necesarios para el establecimiento y el mantenimiento de los límites fijados, han de satisfacerse proporcionalmente por los interesados.

¹¹ Artículo 171.1. El propietario de un inmueble rústico o urbano enclavado entre otros ajenos, sin salida a la vía pública, tiene derecho a exigir paso por los inmuebles vecinos.

2. Si la necesidad de constituir el paso resulta de la transmisión del inmueble, aquél ha de establecerse, de ser posible, por el inmueble que ha sido objeto de dicho acto.

3. Si el inmueble transmitido no tiene acceso a la vía pública, el transmitente está obligado a conceder el paso a través de otro inmueble de su propiedad.

4. El paso necesario debe constituirse por el lugar menos perjudicial para el inmueble por el que ha de permitirse.

¹² Artículo 173 del Código Civil: 1.- El propietario de un inmueble rústico o urbano situado en plano inferior está obligado a permitir el paso de las aguas que, sin la intervención de la acción del hombre, descienden de los superiores, así como de la tierra o sustancias que naturalmente arrastran en su curso.

alguno que agrave la situación del vecino. Por otro lado, el predio sirviente debe abstenerse de realizar cualquier acción que impida el descenso de estas aguas, existiendo así una verdadera relación de no hacer del propietario del predio inferior con respecto al superior, siendo incluido en la sección referente a las limitaciones o gravámenes a la propiedad. Sólo señalar que además de contar con el consentimiento de los afectados, como así lo establece el apartado 2, siempre se debe tener en cuenta la opinión de la autoridad que en materia de recursos hidráulicos este capacitada para ello.

Del análisis realizado se consuma la idea que el Artículo 170 es la única vía, en la actualidad, de solucionar los conflictos que surgen en materia de límites y limitaciones que no encuentran regulación en el Código Civil cubano y así se demuestra en la práctica judicial, pues es el artículo más utilizado en esta materia. Además, está en estrecha relación con el Artículo 4 de nuestro Código Civil que establece que no es lícito el ejercicio de los derechos que reconoce este Código cuando el objetivo es causar daño a otro; de igual manera el Artículo 170 lo reconoce, siendo esta prohibición un principio general del derecho, es decir, son normas o reglas que sirven de base a todo ordenamiento jurídico, son reconocidas en todas las ramas del derecho; constituyendo estos principios fuentes del Derecho Civil.

Al examinar los artículos antes referidos no existe duda de que es bueno que nuestra ley sustantiva sea breve, un Código preciso es siempre una ventaja para los ciudadanos, a quienes va destinado principalmente, pero si la brevedad significa un elevado y complejo número de leyes especiales, este mérito se desvanece, al tiempo que se observan algunos vacíos o lagunas importantes en algunas disciplinas.

Siguiendo el estudio del Capítulo IV del Título II del Libro Segundo del Código Civil, dedicado a las “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, se considera que la institución de la servidumbre debe insertarse nuevamente en el Código Civil cubano sin retomar algunas de las que fueron previstas en el ya derogado Código Civil español, porque no se atemperan a la forma de propiedad que rige la sociedad cubana ni a la realidad social imperante. Deben recogerse aquellas que subsisten y que necesariamente han tenido que reconocerse por la jurisprudencia como es el caso de: servidumbre de acueducto, con la modalidad de saca o abasto de agua cuando no existe sistema hidráulico y la de luces y vistas. Debe insertarse un precepto que deje sentado que podrá constituirse una servidumbre siempre que resulte de la necesidad del predio dominante, y de la utilidad del sirviente.

Para lograr sustentar estos criterios, es necesario realizar un estudio comparado en materia de relaciones de vecindad y servidumbre a la propiedad inmobiliaria en diferentes legislaciones. Entre los códigos a analizar está el Código Civil de

2.- El dueño del inmueble situado en plano inferior no puede realizar obras que impidan el descenso de las aguas y lo que éstas arrastren; ni el del superior, obras que agraven sus efectos, salvo consentimiento de los afectados.

España, siendo este uno de las principales fuentes legislativas de nuestro derecho civil. También se considera importante analizar otras legislaciones afines teniendo en cuenta la identidad que rodea las culturas de las naciones seleccionadas como es el caso de Costa Rica, Venezuela y Chile. Además, se examina la legislación que en esta materia establece el código Civil de México pues éste cuerpo legal prevé un elevado número de servidumbres que pueden atemperarse a nuestro contexto social.

Con el objetivo de darle un basamento práctico a la inserción nuevamente de la institución de la servidumbre en el Código Civil cubano se analizan en los códigos antes mencionados: definición de servidumbre, vías de establecerse las mismas, modos de extinguirse, los tipos de servidumbres previstos y cómo reconocen a la medianería.

Código Civil de España

El Código Civil de España se extendió por nuestro país en 1889 por el Real Decreto del 31 de julio del mismo año, vigente desde el 5 de noviembre de ese año hasta el 16 de julio 1987 que se promulgó nuestro Código Civil, el que sufrió diversas modificaciones aunque no sustanciales en la materia de relaciones de vecindad. En este Código se regula en el Libro II, Título VII, en los Artículos del 530 al 604, la institución de las servidumbres. El Código Civil de España comienza la regulación de las servidumbres dando una definición de ella en el Artículo 530, que resulta muy conveniente para lograr una mejor aplicación de la misma pudiendo partir de su definición, evitando así las disímiles interpretaciones que en cuanto a ello puedan tener los operadores del derecho.

La forma de constituirse las servidumbres en el mencionado Código Civil español según lo preceptuado en el artículo 549 es la Ley. Referente a este particular el artículo 594 regula las servidumbres voluntarias, en virtud de la cual todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente siempre que no contravenga ni las leyes ni el orden público. Resulta acertado, en nuestra opinión, el establecimiento de las formas de constituirse las servidumbres pues dicha figura está influenciada, como casi toda institución del derecho, por el sistema político y económico que impere en el país donde se aplica, por lo que puede variar de un país a otro las vías de constitución.

Con respecto a los modos de extinción de la institución analizada, el Código Civil de España establece en su Artículo 546 que éstas pueden extinguirse por: reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente; por el no uso durante 20 años; como consecuencia de que los predios estén en un estado que no pueda usarse la servidumbre; por llegar el día o realizarse la condición si la servidumbre fuera temporal o condicional; por la renuncia del dueño del predio dominante y por la redención convenida entre el propietario del predio dominante y el sirviente.

Se considera que en materia de modos de extinción de las servidumbres existe una gran necesidad de establecerlas en nuestra legislación, pues su no regulación traer consigo un abuso del derecho por parte del predio dominante al no determinarse cuando o cómo concluye la misma. El Código Civil de España establece como servidumbres legales las servidumbres en materia de agua previstas en los artículos del 552 al 563, también prevé la de paso en los artículos del 564 al 570, la medianería en los artículos del 571 al 579, la de luces regulada en los artículos del 580 al 585 y la servidumbre de desagüe contenida en los artículos del 586 al 588. Las servidumbres voluntarias se establecen en los artículos del 594 al 604 del cuerpo legal analizado.

Nuestro ordenamiento jurídico civil cubano, al igual que el Código Civil español, regula de forma acertada determinadas servidumbres legales que se atemperan a nuestro sistema político, económico y de derecho imperante en la Sociedad. En este caso, nuestro Código Civil reconoce en el Artículo 171 la servidumbre de paso, prevista en los Artículos del 564 al 570 del Código Civil de España y la servidumbre en materia de agua regulada en el Artículo 173 del Código Civil de Cuba y en el Artículo 552 del Código Civil de España de igual manera.

Del análisis de las servidumbres españolas, se considera que puede ser insertado en el Código Civil cubano la servidumbre de saca de agua y de abrevadero prevista en el Artículo 555¹³ del Código Civil español, si tenemos en cuenta los problemas con el abastecimiento de agua que existe en la actualidad en nuestro país tanto para la población como para el ganado y la efectividad e importancia de su aplicación. También pueden ser incluidas la servidumbre de luces¹⁴ y vistas¹⁵, las que deben abarcar no sólo los elementos sujetos a la medianería sino también aquellas edificaciones y plantas que puedan afectar la visibilidad de un inmueble pues estaríamos restringiendo su ámbito de aplicación.

Con respecto a las servidumbres voluntarias se considera que debe existir un artículo en la ley sustantiva cubana que le permita a los propietarios de diferentes fundos crear las servidumbres que crean conveniente, siempre que se ajuste a la ley, pues la vida es muy dinámica y la ley no puede abarcar todos los supuestos de servidumbre que puedan surgir.

Código Civil de Costa Rica

El Código Civil de Costa Rica fue el segundo Código Civil redactado en el año 1886, aprobado por la Ley No. 30 del 19 de abril de 1885. Su vigencia se inicia a partir del 1 de enero de 1888, en virtud de la Ley No. 63 del 28 de septiembre

¹³ Artículo 555 del Código Civil de España: Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización.

¹⁴ Artículo 581 del Código Civil de España: El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de la carreras o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en el que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiera pactado lo contrario.

También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana.

¹⁵ Artículo 580 del Código Civil de España: Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco.

de 1887 y fue modificado en su totalidad por la Ley No.7020 el 6 de enero de 1986. Es el Código más longevo hasta el momento en ese país. Tiene como modelos principales el Código Napoleónico y el proyecto de Código Civil español que entró en vigencia en 1889. Su libro segundo versa sobre los bienes y la extensión y modificación del Derecho de Propiedad. Las limitaciones al derecho de propiedad están reguladas bajo el nombre de Servidumbres.

El Código Civil de Costa Rica no establece una definición de servidumbre lo que puede crear distintos comentarios al emplear el término. En cuanto a las vías de constituirse esta institución la legislación abordada regula en los Artículos 378 y 379 que se establecerán en dependencia de su clasificación. Se es del criterio que esta distinción no es necesaria si partimos de la idea que su constitución tiene como objetivo satisfacer una necesidad de un predio sobre otro predio y no de cómo se clasifique; además, no establece como forma de constitución de una servidumbre la ley.

Las formas de extinción de las servidumbres se establecen en el Artículo 381, evitando esto posibles conflictos entre el propietario del predio donde se ha constituido la servidumbre y el predio dominante. Entre los tipos de servidumbres que reconoce el Código Civil de Costa Rica se encuentra la servidumbre de paso prevista en el Artículo 395 para el caso de que el propietario de un predio entre dos ajenos que no tenga salida a la vía pública, pueda exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando todo perjuicio que pueda causar. Esta servidumbre está establecida en el Código Civil de Cuba en el Artículo 171.

La medianería se encuentra regulada en el Artículo 386¹⁶ del Código Civil costarricense, haciéndose un uso incorrecto de esta institución, pues ella no somete la voluntad de un predio sobre otro, sino une la voluntad de ambos para con un elemento común entre ellos. Es necesario destacar, que de manera muy positiva el Código Civil de Costa Rica al regular la servidumbre de paso, le otorga el derecho al dueño del predio sirviente de señalar el lugar por donde el paso del propietario del predio dominante debe efectuarse, y de no ser aceptado el mismo el juez determina el lugar en el inmueble del dueño sirviente que mejor se ajuste para constituir esta servidumbre¹⁷.

Es menester mencionar que bajo dos nombres distintos se regulan las limitaciones a la propiedad; Servidumbres y bajo otro Título se regulan las Cargas o Limitaciones de la Propiedad impuesta por Ley, dándole un tratamiento distinto, cometiendo un error de términos que puede infundir graves errores en la práctica jurídica.

Código Civil de Chile

¹⁶ Artículo 386 del Código Civil de Costa Rica: La pared que sirve de separación entre edificios, patios o jardines, y las cercas, zanjas o acequias abiertas que haya entre diversos predios se presumen medianeras, si no hay título o señal que demuestre lo contrario.

¹⁷ Artículo 397 del Código Civil de Costa Rica: El dueño del predio que ha de sufrir el paso, tiene derecho a señalar el lugar por donde éste deba verificarse. Si el demandante no lo acepta, hará la designación el juez, procurando conciliar los intereses de los dos predios

El Código Civil de Chile, también conocido como Código de Bello, fue obra del jurista Andrés Bello. Entró en vigencia el 1 de enero de 1857 y ha permanecido en vigor desde entonces, con variadas modificaciones. Entre las principales fuentes materiales utilizadas para la redacción del Código están el Corpus Iuris Civilis, Código Civil Napoleónico de 1804 y el Proyecto de Código Civil Español de 1851. El Libro II es concerniente a los bienes, su dominio, posesión, uso y goce.

Puede plantearse que el Código Civil de Chile establece una definición de servidumbre en su Artículo 820. En éste Código se regula las vías de constitución de las servidumbres en el Artículo 831, estableciendo que pueden ser constituidas de forma natural, por ley o por la voluntad de las partes interesadas. Las formas de extinguirse las servidumbres se establecen en el Artículo 885. Al regular ésta institución las divide en servidumbres naturales, legales y voluntarias. Las primeras provienen de la natural situación de los lugares prevista en el Artículo 833 donde se obliga al predio inferior a recibir las aguas que descienden del predio superior sin intervención del hombre, dejando sentado que no se puede dirigir un albañal sobre el predio vecino, si no se ha constituido esa servidumbre y que en el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, que la grave.

Las llamadas servidumbres legales son impuestas por la ley, comprenden el deslinde reconocido en el Artículo 842¹⁸, la servidumbre de paso prevista en el Artículo 847¹⁹, la medianería en el Artículo 851²⁰, la servidumbre de acueducto en el Artículo 861²¹ y la servidumbre de luz establecida en el Artículo 873²². Las servidumbres voluntarias, son constituidas por un hecho del hombre y según el Artículo 880 cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes.

En relación a las servidumbres mencionadas se considera que se pueden aplicar en nuestro país todas excepto la medianería, pues en nuestra opinión esta no es una servidumbre sino una relación de vecindad ya que no existe predio

¹⁸ Art. 842 del Código Civil de Chile: Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.

¹⁹ Artículo 847 del Código Civil de Chile: Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.

²⁰ Artículo 851 del Código Civil de Chile: La medianería es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse.

²¹ Artículo 861 del Código Civil de Chile: Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas. Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente a expensas del interesado; y está sujeta a las reglas que prescribe el Código de Aguas.

²² Artículo 873 del Código Civil de Chile: La servidumbre legal de luz tiene por objeto dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado; pero no se dirige a darle vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no.

dominante ni predio sirviente, ambos propietarios del elemento medianero tiene los mismos derechos y obligaciones sobre el mismo. Por su parte, la acción de deslinde tampoco es considerada en nuestro ordenamiento jurídico una servidumbre, pues constituye un límite al dominio producto de las relaciones de vecindad.

Sobre la servidumbre de luces se debe subrayar que no se permiten tener ventanas, miradores, balcones que den vista al predio del vecino, artículo 878²³, aspecto este interesante si se analiza que de esta forma se protege el derecho a la privacidad que pueden tener los propietarios de predios colindantes. Interesante es también el hecho de que de la redacción del artículo mencionado, se deduce que no puede existir la medianería pues de existir este elemento pueden realizarse estas acciones siempre que exista el consentimiento de ambos propietarios.

Código Civil de Venezuela

Por otra parte, el Código Civil de Venezuela en los artículos del 644 al 758, prevé lo referente a las servidumbres en el Título III, referente a las Limitaciones de la Propiedad, dentro del Capítulo II sobre las Limitaciones Legales a la Propiedad Predial y de las Servidumbres Prediales.

El Código Civil de Venezuela hace una distinción entre limitaciones legales a la propiedad predial y servidumbres prediales; de lo analizado hasta el momento se puede decir que esta diferenciación es incorrecta pues las limitaciones tienen carácter extraordinario y se agregan voluntariamente o por ley, sólo existen cuando se han concebido y reducen el poder que tiene el propietario sobre su bien; mientras que las servidumbres son un derecho real en cosa ajena que contrae el dominio del dueño en beneficio a un propietario de un predio distinto, considerándose dos conceptos con igual significado.

El Artículo 709 del Código Civil venezolano, establece la definición de servidumbre pudiendo la misma traer diferentes interpretaciones cuando regula que son aquellas que se crean por la acción del hombre. Criterio considerado errado pues existen servidumbres que se crean sin la intervención humana como la del paso del agua del predio superior sobre un predio inferior. En cuanto a los modos de establecer las servidumbres el Artículo 720 dispone que pueden establecerse por: título; prescripción o por destinación del padre de familia. En el Código Civil de Venezuela se prevén las vías de extinción de las servidumbres en los Artículos 748, 750, 751 y el artículo 752.

El mencionado Código regula un gran número de supuesto de posibles conflictos donde se pueden constituir servidumbres, pero las trata bajo el nombre de limitaciones. Entre ellas están las limitaciones de la propiedad predial

²³ Art. 878 del Código Civil de Chile: No se pueden tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que intervenga una distancia de tres metros. La distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos. No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos.

que se derivan de la situación de los lugares, conocidas como servidumbres naturales, y están contenidas en el Artículo 647²⁴; también se regulan las de abrevadero, prevista en el artículo 658²⁵; la de paso en el artículo 660²⁶; la medianería comprendida en el artículo 685²⁷; la de acueducto incluida en el artículo 666²⁸; la de luces y vistas previstas en los artículos 705²⁹ y 706³⁰ respectivamente y por último la del desagüe de los techos regulada en el Artículo 708³¹.

Se considera que además de encontrarse reguladas en el Código Civil cubano las servidumbres de paso o las llamadas naturales pueden ser incluidas la de abrevadero, facilitando con ella el abastecimiento de agua para el ganado mayor y menor. También puede ser incorporada la de acueducto, teniendo entre los objetivos fundamentales de su inserción disminuir los problemas que existen hoy en nuestra sociedad con el abastecimiento del agua potable. Por otra parte, se considera que no se pueden incluir la medianería al no ser una institución que limita el actuar de un predio con respecto al otro, sino que limita el actuar de dos propietarios que son dueños de un elemento en común. Tampoco se está de acuerdo con la servidumbre de desagüe de los techos, pues se requiere ser el

²⁴ Artículo 647 del Código Civil de Venezuela: Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, caen de los superiores, así como la tierra o piedras que arrastran en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta limitación, ni el del superior obras que la hagan más gravosa.

²⁵ Artículo 658 del Código Civil de Venezuela: Los propietarios de fundos pecuarios, no cercados, no pueden impedir que pasten en sus sabanas, ni abreen en las aguas descubiertas que en ellas se encuentren, los ganados de los demás propietarios de fundos vecinos que estén en iguales circunstancias.

²⁶ Artículo 660 del Código Civil de Venezuela: El propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, y que no tenga salida a la vía pública, o que no pueda procurársela sin excesivo gasto e incomodidad, tiene derecho a exigir paso por los predios vecinos para el cultivo y uso conveniente del mismo.

La misma disposición puede aplicarse al que teniendo paso por fundo de otro, necesita ensanchar el camino para conducir vehículos con los mismos fines.

Se deberá siempre una indemnización equivalente al perjuicio sufrido por la entrada, paso o ensanche de que tratan este y el anterior artículo.

²⁷ Artículo 685 del Código Civil de Venezuela: Se presume la medianería mientras no haya un Título o signo exterior que demuestre lo contrario.

1. En las paredes divisorias de los edificios contiguos, hasta el punto común de elevación.

2. En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo.

3. En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

²⁸ Artículo 666 del Código Civil de Venezuela: Todo propietario está obligado a dar paso por su fundo a las aguas de toda especie de que quiera servirse el que tenga, permanente o sólo temporalmente, derecho a ellas, para las necesidades de la vida o para usos agrarios o industriales.

Se exceptúan de estas limitaciones los edificios, sus patios, jardines, corrales y demás dependencias.

²⁹ Artículo 705 del Código Civil de Venezuela: El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas o troneras para recibir luces, a la altura de dos y medio metros, por lo menos, del suelo o pavimento que se requiere iluminar y de las dimensiones de veinticinco centímetros por el lado, a lo más; y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared donde estuvieren abiertas las ventanas o troneras, podrá adquirir la medianería y cerrarlas, siempre que edifique apoyándose en la misma pared medianera.

La existencia de tales ventanas o troneras no impide al propietario del predio vecino construir pared contigua al edificio donde aquéllas estén, aunque queden las luces cerradas.

³⁰ Artículo 706 del Código Civil de Venezuela: No se pueden tener vistas rectas o ventanas para asomarse, ni balcones ni otros voladizos semejantes sobre la propiedad del vecino, si no hay un metro y medio de distancia entre la pared en que se construyan y dicha heredad. Esta prohibición cesa cuando hay, entre dos paredes una vía pública.

Tampoco pueden tenerse vistas laterales y oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay cincuenta centímetros de distancia. Esta prohibición cesa, cuando la vista lateral y oblicua forma al mismo tiempo una vista directa sobre una vía pública.

³¹ Artículo 708 del código Civil de Venezuela: El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados de tal manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo, o sobre la calle o sitio público, de acuerdo con lo que se disponga en las ordenanzas y Reglamentos sobre la materia.

propietario de un edificio y por la forma de propiedad que rige en nuestro país, propiedad socialista de todo el pueblo, además de que la Ley General de la Vivienda que sólo permite tener una casa en propiedad y una de veraneo; este supuesto de servidumbre en Cuba no se ajusta a la ley.

Código Civil de México

El Código Civil de México entró en vigor el 3 de enero de 1957. Tiene por objeto regular en territorio estatal los derechos y obligaciones de orden privado concernientes a las personas, sus bienes y sus relaciones. El Libro Quinto denominado De los Bienes al que se refieren los artículos 5.1 al 5.295, se compone de ocho títulos donde una de ellos recibe el nombre De las Servidumbres.

El Código Civil de México establece en el Artículo 1057 una definición de servidumbre, definiendo los términos predio sirviente y predio dominante. Sobre las formas de constituirse las servidumbres el artículo 1067 regula que se establecen por la ley o por la voluntad del hombre. El Código Civil de México establece las causas de extinción de las servidumbres pero las divide según su origen en voluntarias, en el artículo 1128 y en legales en los artículos 1129, 1130 y 1131. Dentro de las servidumbres legales establece la de acueducto en el artículo 1078³², la de paso en el artículo 1079³³ y la servidumbre legal de desagüe en el artículo 1071³⁴. Por otra parte, las servidumbres voluntarias son todas aquellas que el propietario de una finca o heredad tenga por conveniente establecer siempre que se ajuste a derecho y no perjudique a un tercero, según establece el Artículo 1109 del Código Civil de México.

Se considera que pueden ser utilizadas en el ordenamiento jurídico cubano las servidumbres legales referidas anteriormente y las servidumbres voluntarias que no infrinjan una norma y que no causen ningún daño o perjuicio a un tercero.

Respecto a la servidumbres de desagüe, destacar que de manera positiva separa su regulación de la servidumbre de paso, pues independientemente de que el desagüe puede implicar el paso por el predio sirviente, su característica principal es que los predios inferiores reciben las aguas que naturalmente o de las mejoras agrícolas o industriales, caigan de los superiores, así como la piedra o tierra que arrastren en su curso, aunque se deben observar las reglas de la servidumbre de paso para establecer las dimensiones y dirección del desagüe³⁵. Aspecto

³² Artículo 1078 del Código Civil de México: El que quiera usar agua de que pueda disponer, tiene derecho a hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, así como a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas.

³³ Artículo 1097 del Código Civil de México: El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas sin salida a la vía pública, tiene derecho de exigir paso, para el aprovechamiento de aquéllas por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan reclamarle otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen.

³⁴ Artículo 1071 del Código Civil de México: Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente, o como consecuencia de las mejoras agrícolas o industriales que se hagan, caigan de los superiores, así como la piedra o tierra que arrastren en su curso.

³⁵ Artículo 1073 del Código Civil de México: Cuando un predio rústico o urbano se encuentre enclavado entre otros, estarán obligados los dueños de los predios circunvecinos a permitir el desagüe del central. Las dimensiones y dirección del conducto del desagüe, si no se ponen de acuerdo los interesados, se fijarán por el juez, previo informe de peritos y audiencia de los interesados, observándose, en cuanto fuere posible, las reglas dadas para la servidumbre de paso.

novedoso respecto a esta servidumbre resulta que establece que las aguas que descienden del predio superior pueden provenir de las mejoras en la agricultura y la industria, aspecto que no se recoge en el Código Civil de Cuba, pues restringe el ámbito de aplicación de la misma al establecer que las aguas que desciendan no pueden sufrir la intervención de la acción del hombre. Dentro de la servidumbre legal de acueducto prevé una servidumbre no regulada en el Código Civil de Cuba ni en los códigos antes analizados, la cual puede ser muy útil en la explotación del agua y es la servidumbre de estribo de presa contenida en el artículo 1096³⁶.

Referente a las servidumbres voluntarias muy acertado resulta el artículo 1110³⁷ que establece que solo podrán constituir servidumbres los que tienen derecho de enajenar, es decir, los propietarios del inmueble, pues si no se puede disponer de un inmueble por no ser su propietario no tiene lógica que pueda constituir una servidumbre que puede traer aparejado el deterioro del mismo y por lo tanto causar daños y perjuicios al propietario.

Mencionar como aspecto negativo que de forma incorrecta regula límites dentro de esta servidumbre, siendo el caso del artículo 1108³⁸ referente a la reparación de inmuebles vecinos y la colocación de las vías telefónicas que los establece dentro de la servidumbre legal de paso. Sobre la medianería decir que de forma positiva no la regula como servidumbre pues en realidad ella es un freno al desarrollo de las relaciones de vecindad.

Al analizar los Códigos anteriores, puede decirse que todas las legislaciones analizadas adolecen de una correcta regulación de los límites y limitaciones al derecho de propiedad; los reconocen bajo el mismo nombre, no ajustándose a sus definiciones ni a sus características, elementos estos que marcan diferencias elementales en las mencionadas instituciones. Sin embargo, todas las legislaciones examinadas regulan de manera muy acertada a las servidumbres, dando su definición, los modos de constitución y extinción, permitiendo esto una mejor interpretación y aplicación en la práctica jurídica de la misma; a diferencia de nuestro Código Civil que en torno a la regulación de las servidumbres es insuficiente y deja desamparada disímiles situaciones que se resuelven con la constitución de la una servidumbre.

En cuanto a las normas referidas a las servidumbres, recogidas éstas en el Capítulo IV bajo el nombre de Limitaciones Derivadas de las Relaciones de Vecindad en el Código Civil Cubano, resultan insuficientes para darle respuesta

³⁶ Artículo 1096 del Código Civil de México: Cuando para el mejor aprovechamiento del agua de que se tiene derecho de disponer, fuere necesario construir una presa y el que haya de hacerlo no sea dueño del terreno en que se necesite apoyarla, puede pedir que se establezca la servidumbre de un estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.

³⁷ Artículo 1110 del Código Civil de México: Sólo pueden constituir servidumbres las personas que tienen derecho de enajenar; los que no pueden enajenar inmuebles sino con ciertas solemnidades o condiciones, no pueden, sin ellas, imponer servidumbres sobre los mismos.

³⁸ Artículo 1108 del Código Civil de México: Cuando para establecer comunicaciones telefónicas particulares entre dos o más fincas, o para conducir energía eléctrica a una finca, sea necesario colocar postes y tender alambres en terrenos de una finca ajena, el dueño de ésta tiene obligación de permitirlo, mediante la indemnización correspondiente. Esta servidumbre trae consigo el derecho de tránsito de las personas y el de conducción de los materiales necesarios para la construcción y vigilancia de la línea.

a las variadas situaciones que en la práctica se suscitan entre propietarios. Constituye ello un problema al promoverse las reclamaciones que comprenden la utilización por un propietario de un bien ajeno a su dominio para satisfacer una necesidad precisa. Al triunfar la Revolución Socialista en Cuba era lógico que el Código Civil de España de 1889 vigente en Cuba tenía que ser suplantado por uno nuevo que estuviera de acuerdo a los nuevos caminos trazados por dicha Revolución. Se imponía la necesidad de crear un Código Civil acorde a la realidad socioeconómica que se imponía, incorporar otras instituciones y suprimir las normas que resultaban inaplicables, incorporando las más recientes contribuciones de la doctrina jurídica actual. Sin embargo, la servidumbre debe volverse a incorporar al Código Civil de Cuba con las modificaciones que en dependencia de nuestro nuevo sistema social se deban imponer. Deben retornarse servidumbres que logren una efectiva aplicación de la misma, consiguiendo subsanar los errores cometidos al aplicar el artículo 170 de nuestro Código como fuente para erradicar todos los conflictos que surge en esta materia y que no se encuentran regulados en el mencionado en nuestra Ley sustantiva.

CONCLUSIONES

1. Las relaciones de vecindad forman parte del contenido normal del derecho de propiedad, a diferencia de las servidumbres, que vienen a recortar el contenido de este derecho. El Código Civil de Cuba, desatendiendo la distinción doctrinal entre relaciones de vecindad y servidumbres y las tendencias actuales en la materia, mezcla las instituciones en un mismo capítulo, que denomina “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, donde prescinde de las servidumbres y crea una laguna en el Derecho positivo.
2. La formulación de normas imprecisas que contiene el Código Civil cubano para resolver los conflictos vecinales que surgen con motivo de los límites que impone al derecho de propiedad la contigüidad de los inmuebles, unido a la falta de normas administrativas uniformes, ha traído consigo interpretaciones diversas, con una jurisprudencia que no se sustenta en preceptos sólidos y trae inseguridad jurídica a los propietarios de inmuebles.
3. La omisión en el Código Civil cubano de la institución de las servidumbres ha traído consigo que los operadores del derecho utilicen indebidamente como norma generadora de derecho el artículo 170 del mismo, referido a los límites de la propiedad, para sustentar una pretensión relacionada con ese derecho real, desnaturalizando la institución.
4. En materia de servidumbres es positiva la regulación que éstas reciben en los códigos analizados, lo que trae consigo una interpretación uniforme para aplicar esta institución.

BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Hernández, I. (2008). Límites y limitaciones a la Propiedad Inmobiliaria. *Conferencia Jurídica Nacional*. Cuba.

Cisneros Farrías, G. (2003). *Diccionario de frases y aforismos latinos*. México. civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T7.htm. (s.f.). Recuperado el 15 de Julio de 2011, de civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T7.htm.

Código Civil de Chile. Actualizado. (2000). Chile.

Código Civil Federal de México. Actualizado. (s.f.). México.

De Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil, Volumen 1*. Madrid: Reus.

Diccionario Larousse. (1968). Cuba.

Díez Picazo, L., & Antonio, G. (2001). *Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*. Tecnos.

Díez Picazo, L., & Gullón Ballesteros, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil, Volumen II*. Madrid: Tecnos .

Fernández Bulté, J. (1998). *Manual de Derecho Romano*. La Habana: Pueblo y Educación.

López y López, Á. M., & L, M. P. (1994). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia.

Pérez Echemendía, M. L., & Arzola Fernández, L. L. (2009). *Expresiones y Términos Jurídicos*. Santiago de Cuba: Oriente.

Pérez Gallardo, L. (2006). *Código Civil de la República de Cuba. Ley No.59/1987. Anotado y Concordado* . La Habana: ONBC.

Popular, A. N. (1987). *Código Civil cubano. Ley No. 59/1987*. La Habana, Cuba.

Rivero Valdés, O. (2005). *Temas de Derechos Reales*. La Habana: Félix Varela.

Rodríguez Saif, M. J. (s.f.). <http://www.santiago.cu/cienciapc/numeros/2001/3/articulo01.htm#LIMITES%20Y%20LIMITACIONES%EN20%20EL%20DERECHO%20ROMANO%20>. Recuperado el 15 de Abril de 2010, de <http://www.santiago.cu/cienciapc/numeros/2001/3/articulo01.htm#LIMITES%20Y%20LIMITACIONES%EN20%20EL%20DERECHO%20ROMANO%20>.

Rodríguez Saif, M. J. (s.f.). vlex.com/vid/limitaciones-utilidad-privada-215176#ixzz41WKVeBnq. Recuperado el 2 de Mayo de 2010, de vlex.com/vid/limitaciones-utilidad-privada-215176#ixzz41WKVeBnq.

Rodríguez Saif, M. J. (s.f.). www.santiago.cu/cienciapc/numeros/2001/3/articulo01.htm#LIMITES%20Y%209LIMITACIONES%EN20%20EL%DERECHO%ROMANO%20. Recuperado el 15 de Abril de 2010

Sánchez Baza, R. (s.f.). html.rincondelvago.com/propiedad_1.html. Recuperado el 18 de Abril de 2010, de html.rincondelvago.com/propiedad_1.html.

Sánchez Baza, R. (s.f.). vlex.com/vid/limitaciones-utilidad-privada-215176#ixzz41WKVeBnq. Recuperado el 2 de Mayo de 2010, de vlex.com/vid/limitaciones-utilidad-privada-215176#ixzz41WKVeBnq.

Sánchez Baza, R. (s.f.). www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentación/derecho-romano/otras-ponencias/Roxana-Sánchez.pdf. Recuperado el 25 de Abril de 2010, de www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentación/derecho-romano/otras-ponencias/Roxana-Sánchez.pdf.

www.gobiernoenlinea.Ve/docMagr/sharedfiles/CodigoCivil.pdf. (s.f.). Recuperado el 8 de Julio de 2011, de www.gobiernoenlinea.Ve/docMagr/sharedfiles/CodigoCivil.pdf.

www.paginaschile.c1/codigocivil/codigocivildechile.htm. (s.f.). Recuperado el 8 de julio de 2011

www.santiago.cu/cienciapc/numeros/2001/3/articulo02.htm#ALGUNAS%20DIFERENCIAS%20ENTRE%20RELACIONES%20DE%20VECINDAD%20Y%20SERVIDUMBRES. (s.f.). Recuperado el 8 de julio de 2011, de www.santiago.cu/cienciapc/numeros/2001/3/articulo02.htm#ALGUNAS%20DIFERENCIAS%20ENTRE%20RELACIONES%20DE%20VECINDAD%20Y%20SERVIDUMBRES.

Título: 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.

Autor(a): Lic. Vivian de la Caridad Varona Santiago. Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos Carlos Rafael Rodríguez. Dirección: Avenida 64 No. 5104, entre 51 y 53. Cienfuegos. CP 55100.

Curso 2010-2011

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

RESUMEN

El tema de la vivienda destinada a la residencia permanente, constituye en Cuba una prioridad fundamental. La transmisión de este 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.

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. (Pérez Gallardo, 2004) 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”. (Diez-Picazo & Gullón, 1983)

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. (Pérez Gallardo, 2004) 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*¹ la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas.

¹Vocablo en Latín que hace referencia a la causa de muerte.

Tras las huellas del Derecho Romano, el Ordenamiento Jurídico Sucesorio cubano recoge varios principios,² 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*.³ 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 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. (es.wikipedia.org/wiki/Autonomía de la voluntad/mw.head) Pero, en este sentido, también es fundamento del principio espiritualista, de la mayoría de los Códigos Civiles. (es.wikipedia.org/wiki/Autonomía de la voluntad/mw.head)

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

²Los 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.

³*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.

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.

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 La autonomía de la voluntad privada y su primacía en el derecho sucesorio.

En los últimos treinta años, la doctrina civilista cubana no se ha dedicado a ofrecer un estudio pormenorizado de criterios jurisprudenciales de diferente índole. Padecieron de una orfandad casi absoluta del tratamiento jurisprudencial, instituciones jurídicas, principios del Derecho e importantes figuras legales. Con ello se le daba la espalda al tratamiento que el Alto Foro le iba dando al Derecho vivo y sentido del caso, a la hermenéutica de nuestros principales cuerpos legales, reflejo del Derecho creado en un nuevo contexto socio-histórico. (Pérez Gallardo, Algunos Criterios Jurisprudenciales., 2005)

Para comenzar el estudio de la autonomía de la voluntad privada, como principio, es necesario analizarlo dentro del ordenamiento jurídico cubano, donde al examinar su significado, se tienen en cuenta las utilidades que son posibles encontrar a la autonomía de la voluntad privada dentro del Derecho, (<http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/proyecto.htm>Búsqueda) y en respuesta a esta cuestión, es posible encontrar dos funciones claves:

1.- Es un Principio General del Derecho: El principio de la autonomía de la voluntad es una de las ideas fundamentales o soporte de la institucionalidad regulada por el Código Civil cubano.

2.- Es un Principio aplicable directamente en la labor jurídica: En efecto, el principio debe ser aplicado, como norma de derecho cuando no exista ley o costumbre que regula una cuestión, y también, debe estar presente en toda labor interpretativa del Derecho.⁴

El principio de autonomía de la voluntad privada es un principio general del derecho, principio tradicional, que contribuyó a la desaparición del formalismo, al que la jurisprudencia considera como principio clásico de la ordenación sustantiva cubana; como principio del derecho natural, es premisa *sine qua non*⁵ de la protección de la persona, es reconocimiento de la libertad individual y social de la persona; y también es principio político, pues, al menos en cierto sentido, preside la inspiración de la política jurídica en el Código Civil cubano y actualmente en primer lugar por la Constitución de la República de Cuba. (<http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia-voluntad/autonomia-voluntad2.shtml>) Como principio general de Derecho es fuente supletoria, aplicable en defecto de la ley y costumbre y principio informador del ordenamiento jurídico.⁶

Una vez descifrado a grandes rasgos la autonomía de la voluntad privada, vista desde la perspectiva del Derecho en general, resulta conveniente antes de cuestionar el principio en sí mismo, analizar independientemente los términos que lo componen. Entre ellos, el de autonomía y voluntad propiamente dichas, así como otro que se relaciona con él, tal es el caso de la primacía, indagando en ellos desde el punto de vista etimológico, y luego traducido al Derecho.

Primeramente, se debe concretar que, la autonomía, en términos genéricos, significa auto regulación o auto reglamentación, es decir, es la capacidad que se le reconoce a alguien para auto dictarse sus propias normas, con independencia de otra persona. (Díez-Picazo, 1992) Es, la facultad de las personas o las instituciones para actuar libremente y sin sujeción a una autoridad superior dentro de un marco de valores jurídico determinado. (Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Vol.I, 1982) O también puede conceptualizarse como la facultad de gobernarse por sus propias leyes. Territorio que se gobierna así mismo. (Diccionario de la Lengua Española, Vol.I)

Un supuesto de autonomía puede ser la libertad, aunque no significan lo mismo. La libertad consiste en la actuación que una persona tiene reconocida por el ordenamiento, pero la autonomía, le agrega a dicha libertad, un reconocimiento

⁴Vid. artículo 24 del Código Civil cubano.

⁵El término en latín *sine qua non* se emplea para referir algo que no es posible sin una condición determinada; condición inexcusable, sin la cual no es posible.

⁶En este sentido, una manifestación de ello es la importancia práctica de la autonomía en la interpretación de los negocios jurídicos, así como la presunción favorable al carácter dispositivo y no imperativo de las normas civiles.

absoluto al acto emanado en ejercicio de dicha libertad. Es decir, es hacer y que eso sea reconocido y eficaz ante los otros, esto es autonomía.

Ahora bien, la voluntad es la intención, disposición que tiene alguien para hacer o dejar de hacer algo. La capacidad que tiene una persona para decidir algo libremente y acto que de ella resulta.

Es la facultad personal y libre de hacer o no hacer, (<http://itunes.com/apps/wordreference.com>) libre albedrío o libre determinación, consentimiento, intención o deseo. También puede definirse como la facultad de decidir y ordenar la propia conducta; (Diccionario de la Lengua Española, Espasa-Calpe.Vol.I, 2005) o como la propiedad que se expresa de forma consciente en el ser humano para realizar algo con intención. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Voluntad>)

La voluntad es fundamental para el ser humano, pues lo dota de capacidad para llevar a cabo acciones contrarias a las tendencias inmediatas del momento. Pero, sin la ejecución de este acto no es posible lograr objetivos trazados. Es uno de los conceptos más difíciles y debatidos de la filosofía, especialmente cuando los filósofos investigan cuestiones tan variadas como las que se refieren al libre albedrío.

Por su parte, la voluntad, en la filosofía contemporánea se presenta con un valor fundamental, con cierto apetito intelectual, o la capacidad de decisión propia a una persona dotada de inteligencia y capaz de autodeterminarse a sí mismo desde las ideas. La voluntad es la potencia del ser humano, que le mueve a hacer o no hacer una cosa.

La función de la voluntad es un aspecto de la llamada vida de tendencia, o sea, de la aptitud general para reaccionar ante los estímulos externos o internos. Pero se diferencia de las demás actividades propias de la vida, de la tendencia en que la voluntad involucra la representación intelectual del objeto y es deliberada, si bien obra a base de hábitos e instintos. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Voluntad>)

La voluntad no es un término reducido a una sola consideración, sino que se tiene en cuenta desde la filosofía contemporánea hasta todo el transcurso de la vida. A razón de ello, varios han sido los autores que con acierto se han pronunciado de manera independiente sobre el tema en cuestión. Se incluye igualmente la consideración de la autora, la cual refiere que puede concebirse la voluntad como aquel deseo que tiene una persona para disponer sobre una cosa en específico, fundamentada en la aspiración propia de un sujeto para hacer algo sin la imposición de terceros.

Al respecto, Platón considera que las elecciones concretas de los hombres son responsabilidad de cada uno, es decir, dependen de la propia voluntad. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Platón>) Por su parte, Aristóteles distingue entre actos involuntarios (realizados por ignorancia o bajo una fuerza externa que nos mueve sin que lo queramos) y voluntarios (escogidos con conocimiento de causa y sin constricción exterior). (<http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles>) Otros, entienden que la voluntad es la realidad última subyacente al mundo de la

percepción sensible y tienen una especial atención sobre la “voluntad de poder”. (Schopenhauer & Nietzsche)

En el ámbito jurídico, la voluntad se define como la aptitud legal para querer algo. Es uno de los requisitos de la existencia de los actos jurídicos. Es por ello que, luego de largas investigaciones, la voluntad ha sido definida por Catardo, un gran estudioso del Derecho, como una de las potencias creadoras del hombre. A través del ejercicio de ella, el hombre desarrolla su personalidad; desplegar esa actividad creadora es el derecho más elevado del hombre, que lo diferencia de toda otra criatura. Es el medio indispensable para su educación como ser moral ya que sólo se puede considerar que algo es creación de alguien cuando procede sólo de su personalidad; cuando todas sus potencias están en acto, precedidas de un acto de razón. (Catardo, 1998)

Para Marzio Luis Pérez Echemendía y José Luis Arzola Fernández, la voluntad es como aquella acción humana encaminada y dirigida a consagrar una relación jurídica. La hay vituperable y antisocial, cuando se dirige a infringir las leyes de orden público, incurriéndose en delito; la hay, en cuanto a la relación civil, cuando la persona, como sujeto de ésta, investida de capacidad y legitimación, exterioriza su voluntad de perfeccionar un contrato o, en general, una relación jurídica. Y en la teoría contractual es un elemento esencial, colmado de pureza y limpieza. (Pérez Echemendía & Luis, 2009)

Como se demuestra, son muchos los criterios desiguales al respecto. Unos porque la consideran como una acción que se relaciona con las relaciones jurídicas, y otros, porque la ven como toda actividad que responde a un fin determinado.

Para el Derecho, y coincido muy acertadamente, la primacía de la voluntad del causante, no es más que la prioridad que se tiene en cuenta para que ésta sea cumplida y ejercitada luego de su fallecimiento, tal y como fue expresada en su acto de última voluntad, es decir, es utilizado el término de primacía porque la voluntad del causante es lo primero que ha de cumplirse, constituye primer lugar en el tiempo, prioridad, preferencia para ejecutar o llevar adelante algo. Es definida, por tanto como aquella superioridad, preponderancia, preeminencia, supremacía, prioridad, (<http://www.wordreference.com/definición/primacía/fórum>) e incluso dignidad o empleo de primado.

El Ordenamiento Sucesorio cubano reconoce la voluntad del causante como Ley Primera de la Sucesión. Primacía conferida a la misma que la sitúa por encima de la ordenada por ley, de ahí parte la importancia que posee, constituyendo, no por gusto, el primero de los principios en los que se sustenta el mismo.

La autonomía de la voluntad privada constituye un principio general del Derecho Civil, que se traduce en la libre disposición que posee el individuo sobre sus propios actos, y que reorientado en materia sucesoria significa la posibilidad del mismo de ordenar su sucesión para cuando acaezca su fallecimiento. Es la libertad de disponer de su voluntad; por cuanto ésta ha de

ser reconocida, constituyendo el recipiente que la resguarda un documento que le ofrece seguridad, publicidad, solemnidad y en consecuencia la debida legalidad, para que se cumpla acorde a los términos redactados, siempre que no contravenga una disposición legal.

1.2 La voluntad del causante como Ley de la Sucesión: un principio rector del Derecho Sucesorio Cubano.

La primacía de la voluntad sucesoria del *pater familia*,⁷ expresada testamentariamente, sobre las normas legales que regulan la sucesión legítima, resulta ya en la Ley de las XII Tablas que sólo daba lugar a la sucesión legítima *si intestato moritur*.⁸ Prevalencia que tiene su razón en que el testamento, concretado primigeniamente a la institución de heredero, tenía la finalidad de asegurar la unidad de la familia mediante la designación de su nueva cabeza, evitando su disolución. (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004) De ahí la necesidad de designar un sucesor o heredero, lo que no era posible sino mediante testamento, lo que virtualiza la importancia social de esta figura.

La preeminencia que el ordenamiento jurídico cubano le otorga a la voluntad del causante, aunque con otra dimensión, mucho más afín al contexto actual, tiene varias manifestaciones positivizadas en el Código Civil cubano. Primeramente se plantea la manifestación por la cual es reconocida como fuente primera de las sucesiones, es decir, que dentro del Derecho Sucesorio ésta es, sin duda alguna, la primera, teniendo en cuenta el artículo 467.1 del propio cuerpo legal, que establece que la sucesión tiene lugar por testamento o por ley, denominándose a la primera testamentaria y a la segunda intestada (*ab intestato*), lo que permite afirmar que la sucesión testamentaria se regula con preeminencia a la intestada, pues la *ab intestato* cumple funciones supletorias o complementarias de la sucesión testamentaria.⁹

Mediante el testamento, como título sucesorio reconocido, el testador posee amplias facultades. Puede instituir herederos, asignar legados, nombrar sustitutos, albaceas, teniendo cada uno de ellos obligaciones y funciones que aparecen determinadas en ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 468.3 del Código Civil cubano.¹⁰ En función de ello, la voluntad del testador expresada en testamento incide en la determinación de si se está en presencia de un heredero o de un legatario simple.

Otra de las manifestaciones positivizadas en el Código Civil cubano es la referida a que, únicamente le corresponde al testador rehabilitar a los incapaces para suceder, reconocidos en el artículo 469.1 del Código Civil cubano,¹¹

⁷Término en latín que significa padre de familia.

⁸Vocablo en latín que refiere una muerte sin testamento, es decir, morir intestada.

⁹Vid. artículo 476 en relación con artículo 509 del Código Civil cubano.

¹⁰Artículo 468.3: “Si se atribuyen al instituido bienes determinados que constituyen una parte considerable del valor de la herencia, sólo puede reputársele heredero si está obligado a participar en las cargas de la sucesión según la voluntad presunta del causante. En otro caso, el instituido tiene la condición de legatario”.

¹¹Artículo 469.1: “Son incapaces para ser herederos o legatarios los que:

a) hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia;

b) hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o cambiar o a dejar sin efecto la otorgada; y

teniendo en cuenta que la incapacidad cesa por el perdón expreso o tácito del causante según lo establece en el artículo 469.2 de la propia norma legal, consideradas por ello como relativas. Así en dependencia de la causa que motive la incapacidad para suceder respecto al causante, puede operar, su perdón expreso o tácito que evidentemente podrá ser deducido del actuar del mismo, si mantiene la disposición testamentaria a su favor; entendiéndose esta manifestación como tácita o en un documento independiente, otorgado bajo determinados requerimientos de manera expresa.

El testador posee amplias facultades, además de ésta, tiene amplia libertad para disponer libremente de todos sus bienes, es decir, puede dejar en testamento todo aquello que desee, solo se limita esta libertad de testar a la mitad de la herencia cuando existan herederos especialmente protegidos. (Código Civil Cubano.) Son personas que reúnen los requisitos de especial protección, se entiende ante ello a la dependencia económica que poseen respecto al causante y su incapacidad para trabajar, lo que obliga al testador a beneficiarlos obligatoriamente, aunque no sea su voluntad instituirlos del resto, razonamiento muy atinado para garantizar la protección legal a estas personas.

Igualmente puede el testador distribuir todo el patrimonio en legados, según se establece en el artículo 499 del Código Civil cubano.¹² Tiene la posibilidad de imponer un modo a herederos o legatarios instituidos según el artículo 496.2 del propio cuerpo legal,¹³ o de imponer sub-legados a los legatarios, consignado en el artículo 497,¹⁴ además de nombrar sustitutos, según lo establece en su artículo 482,¹⁵ reconociendo solamente la sustitución vulgar.

También, se establece como últimas manifestaciones, la competencia del testador en el nombramiento de albaceas, con las facultades expresamente conferidas por él, en el término señalado al efecto.¹⁶ Le está atribuido además al causante el poder de ejecutar por sí mismo la partición, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, según lo dispuesto en el artículo 534 del Código Civil cubano.¹⁷

Todo ello, constituyen manifestaciones de la autonomía de la voluntad privada del testador que encuentran su expresión en el testamento como documento público. Si bien, la voluntad del causante expresada en ley se maneja por la doctrina en los tres sentidos apuntados con anterioridad referidos a la primacía de la voluntad del causante como Ley de la Sucesión, el testamento como

c) hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia”.

¹² Artículo 499: “El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, pero si toda ésta se distribuye en legados, se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios en proporción al valor de sus legados, a no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario”.

¹³ Artículo 496.2: “El testador puede imponer al heredero la carga de efectuar una prestación patrimonial en beneficio de la persona designada”.

¹⁴ Artículo 497: “El testador puede gravar con un legado al legatario”.

¹⁵ Artículo 482: “El testador puede designar sustitutos a los herederos instituidos para el caso en que éstos mueran antes que él, o no puedan aceptar o renuncien a la herencia”.

¹⁶ Vid. artículos 505.2, 506.1 y 3 del Código Civil cubano.

¹⁷ Artículo 534: “Si el testador, por acto entre vivos o de última voluntad, hubiere hecho la partición del caudal hereditario, se pasa por ella en cuanto no contravenga lo establecido en la ley”.

principal corolario de esa expresión de voluntad y el carácter supletorio de la sucesión legal, pudiera además concebirse que ésta ha de ser entendida cabal e íntegramente sin chocar con limitaciones de orden especial.

1.3 El reconocimiento del testamento como corolario de esa expresión de voluntad *mortis causa*

Resulta importante aclarar que, precisamente la autonomía de la voluntad privada del testador, para que pueda obtener su objetivo o para que pueda persistir en el tiempo, necesita de un recipiente que la resguarde. En este caso, no será otro que el testamento, en cualquiera de sus variantes, el cual aparece definido en el artículo 476 y siguientes, formando parte del Título II del Código Civil cubano vigente.

El testamento es una institución jurídica que surge precisamente en la formación económica-social esclavista, puesto que en la organización social de los pueblos primitivos, incluso en la última etapa de desarrollo de éstos en la sociedad gentilicia, no aparece esta institución, que es un producto de la organización jurídica que establece el Estado, debido a que su base se encuentra en el reconocimiento de la propiedad privada. En los primeros momentos de su reconocimiento quedó reducida a la facultad de testar para la distribución de los bienes entre los hijos del testador, aunque con el desarrollo posterior del propio Derecho Romano esta institución alcanzó nuevas características que han servido como base de su ulterior evolución en las sucesivas formaciones económico-sociales. (Sánchez Toledo & Cobas Cobiella, 1989)

La trascendencia del surgimiento de esta institución estriba fundamentalmente en el hecho de que aún hoy día el testamento encuentra su razón de ser en las primeras manifestaciones jurídicas de su regulación tanto en Roma como en los pueblos germanos. Ello, sin que sea necesario ligarla imprescindiblemente a la noción de la propiedad privada, aunque sí a cualquier forma en que sea reconocido el derecho de propiedad. (Sánchez Toledo & Cobas Cobiella, Apuntes de Derecho de Sucesiones, 1989)

Para llegar a una verdadera definición sobre el testamento, se hace necesario hacer una necesaria distinción entre los actos o negocios jurídicos *mortis causa*, de última voluntad y *post mortem*. Para Giampiccolo, acto *mortis causa* es aquel que tiene por función propia el regular relaciones patrimoniales y no patrimoniales del sujeto para el tiempo y en dependencia de su muerte, y que ningún efecto, ni siquiera preliminar y, por ello, destinado a producir, es derivado, ante de tal evento. (Pérez Gallardo, 2004)

Dentro de los actos jurídicos *mortis causa* se ubica la figura de los actos de última voluntad, definidos como aquellos en que la muerte no es solo el elemento causal-funcional del acto, sino que son expresivos de la última voluntad del sujeto. (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004) Acto de última voluntad no es sinónimo de última voluntad expresada en el momento de la muerte, pues significa además que éste ha de ser eficaz después

de la muerte y por ello éste ha de expresar la última de entre varias voluntades que el testador haya manifestado de forma sucesiva.

El acto *post mortem* es aquel en que la disposición patrimonial obedece a un momento en que el sujeto tributario está aún con vida, si bien se difiere su ejecución o agotamiento para cuando sobrevenga su muerte. (Pérez Gallardo, 2004) Se trata, por tanto, de actos en que la muerte es punto de referencia para la adquisición, modificación o extinción de un derecho, nunca su elemento causal-funcional.

Se puede afirmar entonces y, con toda razón, que el testamento es el principal tipo dentro de los actos de última voluntad, que a su vez es especie de los actos *mortis causa*. Reconocido en el Derecho histórico español, y en los ordenamientos que traen causa de éste, la mayoría de los Códigos Civiles tienden a reconocer una definición aproximada de testamento que,¹⁸ igualmente suele ser criticada por la doctrina científica, por tratarse de definiciones incompletas. (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004)

En otras legislaciones, se considera al testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. Según esta variante, el testamento se asimila como antes se hace alusión con el acto de última voluntad y éste con aquél, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio,¹⁹ cuestión ésta que lo diferencia de la normativa cubana, que considera al testamento como un acto jurídico unilateral, de carácter eminentemente patrimonial.

En razón de ello, no se podrán incluir cláusulas referidas al reconocimiento de un hijo; ordenación de la constitución de fundaciones;²⁰ reconocimiento de deudas; exclusión de posibles herederos *ab intestato*; ni a la expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge superviviente el material genético del testador tras su fallecimiento. Así como tampoco se incluirá la expresión del consentimiento para disponer de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano; ni disposiciones sobre el destino del cadáver, ni lugar de enterramiento de ser el escogido y sobre los sufragios y funerales; (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004) nombramiento de un tutor para el hijo menor o persona mayor de edad judicialmente incapacitada. (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004)

El artículo 476 del vigente Código Civil cubano, no es sino un trasunto del

¹⁸Al respecto, según Pérez Gallardo, ello se refiere: en el Código Civil argentino en su artículo 3607; el Código Civil portugués en su artículo 2179; el Código Civil guatemalteco en su artículo 935; el Código Civil paraguayo en su artículo 2608; el Código Civil peruano en su artículo 686; el Código Civil uruguayo en su artículo 779; el Código Civil chileno en su artículo 999 y los que de él trasuntaron tal definición como el Código Civil colombiano en el artículo 1055, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1059, el Código Civil hondureño en el artículo 980, el Código Civil nicaragüense en el artículo 945.

¹⁹Es la posición que adoptan los Códigos Civiles de Bolivia (artículo 1112), Perú (artículo 686), Portugal (artículo 2179) e Italia (artículo 587).

²⁰En este sentido, según Pérez Gallardo, el Proyecto de Decreto-Ley sobre fundaciones en su versión No. 10 de 12 de mayo de 1998, prevé en su artículo 8.1 al testamento como uno de los cauces formales para ordenar la constitución de fundaciones, por lo que de llegar a convertirse en algún momento en *lege data*, entonces tal disposición sería típica.

artículo 667 del Código Civil español, recordando la crítica que Sánchez Román hacía de la definición que de esta figura jurídica da el legislador del Código Civil Español. (Sánchez Román, 1910) Al contrario del precepto cubano, cuando establece que: “Por el testamento, una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte, con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen”, aún cuando es cierto que el precepto está más encaminado a expresar el contenido del testamento que su definición. (Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, 1910)

No obstante, esté concebido en la *mens legislatoris*,²¹ definir o no al testamento, lo cierto y claro es, que aún perfilado en determinar su contenido, resulta incompleto, al hacer mutis²² sobre las disposiciones no patrimoniales. Pero, no forman parte éstas de la acepción del testamento en sentido material. (Pérez Gallardo & Cobas Cobiella, 1999)

Así, son considerados como testamentos comunes, según los artículos 484, 485 y 486 del Código Civil Cubano: el notarial, el cual se otorga en unidad de acto, a través de escritura pública, ante Notario competente para actuar en el lugar del otorgamiento y en presencia de dos testigos idóneos. El ológrafo, que es el redactado de puño y letra del testador íntegramente, con expresión de la fecha de su otorgamiento, firmado por su autor y averado judicialmente. Y el consular, que es aquel que se otorga en un tercer país ante funcionario consular cubano. A tenor del artículo 13.2 del Código Civil cubano, a los actos jurídicos que se realizan ante funcionario diplomático o consular de Cuba se les exige las formalidades establecidas en las leyes cubanas, y como al contenido del testamento se aplica la ley cubana, tanto en la forma como en el fondo se exigirá la rigurosa observancia de la ley personal del testador.

Los testamentos especiales se redactan en condiciones de excepcionalidad, tanto por el funcionario facultado para autorizarlo (cuya función principal no es ésta, hallándose sólo coyunturalmente habilitado al efecto) como por la situación de hecho en que tiene lugar. (Pérez Gallardo, Derecho de Sucesiones, Tomo I, 2004) Puede ser, en tiempo de guerra en zona de combate, peligro inminente de muerte encontrándose a bordo de nave o aeronave, o en localidades en que no hubiere Notario, que impide sea otorgado de forma ordinaria. A dicha especialidad cabría añadir el estar subordinada su eficacia y validez a un término de caducidad.

Los testamentos especiales se clasifican en: testamento militar, el cual es otorgado por los militares en campaña, en tiempo de guerra. Según lo estipulado en el artículo 487.1, inciso a) del Código Civil Cubano, en el caso de los ciudadanos que residan en territorios donde se desarrollan acciones combativas,

²¹Término en latín que significa: intención legisladora.

²²Vocablo en latín que hace referencia a que el contenido que se analiza es omiso, que no tiene pronunciamiento en cuanto a las disposiciones no patrimoniales.

ante el militar de mayor grado que las circunstancias permitan o ante la autoridad que establezca la legislación especial para ese período, y dos testigos. El segundo de los testamentos especiales reconocidos, según artículo 487 del mencionado cuerpo legal, es aquel que es otorgado por los viajeros y tripulantes cubanos en naves o aeronaves cubanas de larga travesía, cuando estén en peligro inminente de muerte, ante el comandante de aquellas y dos testigos. El legislador civil configura una tercera y última modalidad de testamento especial: el que se otorga por los que residen en comunidades, poblados o lugares en que no hubiere Notario y se halle en peligro inminente de muerte, ante un delegado a la Asamblea Municipal del Poder Popular y dos testigos, y de no ser posible, ante tres testigos (vid artículo 487.1, inciso c), Código Civil cubano.

Por todo ello se reconoce al testamento como el elemento identificador de la voluntad *mortis causa*. Además es la manera en que el testador puede disponer de todos sus bienes, para que esta voluntad al momento de su fallecimiento y ulterior adjudicación de sus bienes por sus causahabientes, sea perfectamente viable y correctamente interpretada de manera clara, exacta y precisa por todas las personas o funcionarios que deban intervenir en el proceso sucesorio.

Uno de estos funcionarios a quien corresponde el otorgamiento, es la figura del Notario y una de las funciones del mismo, y que constituye además uno de los principios rectores del Derecho Notarial, es la interpretación. Consiste en la interpretación que se debe realizar de la voluntad o intención de los comparecientes, para encuadrarla en los marcos legales permitidos, adecuando los hechos al derecho, o sea, el Notario debe velar porque la voluntad narrada en el documento esté acorde con la voluntad deseada, limitándose ésta únicamente por disposiciones de orden público de cualquier naturaleza.

Al respecto, el artículo 39 del Reglamento de la Ley de las Notarias Estatales cubana hace alusión, donde se refiere que en la redacción del documento notarial, el Notario debe atenerse a las intenciones de los comparecientes, indagando, hasta donde sea posible el alcance de sus manifestaciones. Debe informarles el contenido de las cláusulas obligatorias en dependencia del contrato o acto jurídico que se formaliza. Por tanto, el principio de interpretación, como rector del Derecho Notarial, es abarcador de toda la función notarial.

Ya analizada la evolución del testamento y sus diversas acepciones, Cámara Álvarez expresa una cuestión muy atinada y ciertamente aceptada. Considera al título sucesorio como aquel, en cuya virtud se defiere la herencia del causante y ubica dentro de los títulos sucesorios negociales al testamento como el principal título sucesorio. (Cámara Álvarez, 1999)

1.4 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, (Cámara Alvarez M. , 1999) dirigidos éstos a resolver los seis puntos en los que se pronunció Fidel Castro Ruz en su alegato “La Historia me Absolverá”. 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 (...). (Alvarez Tabío & Alonso Fiel, 2008)

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. (Severo, 1989) 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. (Ley General de la Vivienda cubana, 2004)

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. (Diccionario de la lengua Española. Vol.I, 1995) 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. (Ley General de la Vivienda, 2004)

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. (Ley General de la Vivienda, 2004)

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. (Diccionario Enciclopédico. Vol.I, 2009) Etimológicamente el verbo limitar se refiere a poner o fijar límites a algo, (Diccionario de la Lengua Española, Vol.I, 1995) o podría ser circunstancia o condición que limita o dificulta el desarrollo de una cosa. (Diccionario Manual de la Lengua Española. Vol.I, 2007) 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. (Definicion.de.limitación-Qué es, Significado y Concepto/htm)

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.

1.5 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 artículo 476 del Código Civil cubano vigente, “una persona, puede disponer de su patrimonio en todo o en parte para después de su muerte”. Aunque aparece previamente aclarado, en el propio artículo con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen”. 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:

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 ocupara 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

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

personas que ante él concurran 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.

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.

1.6 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.

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.²⁴ 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

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

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 Notarias, 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.

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.

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),²⁵ por algún defecto, en este caso, de carácter sustantivo.

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”. (Pérez Gallardo L. B., Algunos Criterios Jurisprudenciales en sede sucesoria., 2005)

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

²⁵ 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.

evidentemente no cumple el requisito de ocupación exigido por la ley para que en su condición de heredera testamentaria pueda adjudicársela (...).²⁶

Por ello ha de tenerse en cuenta que la convivencia y la ocupación son términos que pueden definirse indistintamente, de acuerdo con el 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 esta 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.

1.7 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 este 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

²⁶A 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.

de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial”. (Ley general de la Vivienda Cubana., 2004)

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 contrapone 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*²⁷ como el *animus*²⁸ 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,²⁹ que de acuerdo a lo estipulado es el que consta en el registro oficial correspondiente”, (Código Civil cubano., 1987) 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

²⁷Término en latín que hace mención al cuerpo.

²⁸Vocablo que se refiere a la intención de hacer algo.

²⁹Lo 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

del Ministro del Interior, éstas últimas atinentes al Registro de Población y del Carnet de Identidad.

Más, no es el hecho de que se tenga fijado domicilio en el inmueble del causante, el decisorio para que el heredero pueda o no adjudicárselo. Para el Alto Foro no prevalece la inscripción meramente formal. (Catardo, 1998) (Pérez Gallardo L. B., Algunos Criterios Jurisprudenciales en sede sucesoria, 2006) 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.

Esta 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 trasmisión 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. (Pérez Gallardo L. B., Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria., 2006)

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 Gallado, 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, 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 (...).³⁰

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 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.³¹

³⁰ Artículo 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”.

³¹ 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”.

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.³²

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. (Constitución de la República de Cuba, 2004)

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

³² 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.

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 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.

1.8 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”, (Vallet de Goytisolo & Larens, 1996) 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.

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.

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,³³ 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

³³En este particular se hace necesario tener en cuenta el artículo 29.1 del Código Civil cubano, 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”.

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 este 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.³⁴ 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

³⁴Artículo 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”.

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 en su artículo 148, de la asignación de un tutor, 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 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 Notarías del Ministerio de Justicia. Tratamiento que igualmente pudieron recibir otros considerados también herederos especialmente protegidos.

1.9 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 este trabajo, de acuerdo con 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 con el 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 con 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

Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Primera Parte. (2010). *Boletín ONBC* , 37.

Dictamen No. 3. Sobre las adjudicaciones de viviendas por causa de herencia. . (s.f.). La Habana, La Habana, Cuba: Ministerio de Justicia.

Dictamen No. 6. Menores de Edad. (2010). La Habana, La Habana: Ministerio de Justicia.

En Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española. Vol. 1 . (1993).

En Gran Enciclopedia Rialp. Tomo 1 . (1991).

Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo. 1. (1969).

<http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia-voluntad/autonomia-voluntad2.shtml>. (s.f.). Recuperado el 27 de Abril de 2011, de

<http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia-voluntad/autonomia-voluntad2.shtml>.

Ley No. 50. Ley de las Notarias Estatales. . (1984.). La Habana: Ministerio de Justicia.

. Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, Segunda Parte. (2010). *Boletín ONBC* , 38.

Aguirre del Cristo, S. (2004). *Ley General de la Vivienda (Actualizada)* . La Habana: Editorial del Ministerio de Justicia.

Alvarez Tabío, P., & Aolnso Fiel, G. (2008). *La Historia me Absolverá Fidel Castro*. La Habana.

Amoroso, Y. (2004). El gobierno electrónico en el Ministerio de Justicia de la República de Cuba. *Revista Jurídica (La Habana)* , 9-16.

Borges, J. L. (1995). *Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado* . Barcelona: Grijalbo Mondadori S.A.

Cámara Alvarez, M. (1999). *Compendio de Derecho de Sucesiones*. Madrid.

Catardo, E. (1998). *Autonomía de la Voluntad Contractual*. Argentina: Reus.

Clemente Díaz, T. (1982.). *Derecho Civil* . La Habana: Editorial Pueblo y Educación,.

Código Civil cubano. (1987).

Compilación de Derecho Notarial. . (2005). La Habana:.

Constitución de la República de Cuba. (2004). La Habana: MINJUS.

Cuba. Constitución de la República. (1976). La Habana.

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. . (1992). La Habana, La Habana, Cuba: Ministerio de Justicia.

Definicion.de.limitación-Qué es, Significado y Concepto/htm. (s.f.). Recuperado el 12 de Abril de 2011., de Definicion.de.limitación-Qué es, Significado y Concepto/htm.

Diccionario de la Lengua Española, Espasa-Calpe.Vol.I. (2005).

Diccionario de la Lengua Española, Vol.I.

Diccionario de la Lengua Española, Vol.I. (1995).

Diccionario Enciclopédico. Vol.I. (2009).

Diccionario Manual de la Lengua Española. Vol.I. (2007).

Díez-Picazo, L. (1992). *Sistema de Derecho Civil. Vol.I.* Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. V. (1983). *Sistema de Derecho Civil.* Madrid: Tecnos.

es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche. (s.f.). Recuperado el 22 de Febrero de 2011, de *es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche.*

es.wikipedia.org/wiki/Autonomía de la voluntad/mw.head. (s.f.). Recuperado el 22 de Febrero de 2011, de *es.wikipedia.org/wiki/Autonomía de la voluntad/mw.head.*

Fernández, R. D. (2003). *La nueva Ley General de la Vivienda* . La Habana: Editorial Félix Varela,.

Ferri. (1989.). La Autonomía Privada. . *Revista de Derecho Privado* , 36.

Gallardo, L. B., & Cobas Cobiella, M. E. (1999). *Temas de Derecho Sucesorio cubano.* La Habana: Félix Varela.

Gallardo., L. B. (2003). *De la autonomía de la voluntad y de sus límites.* La habana: Editorial Félix Varela.

Gallardo., L. B. (2004). *Derecho de Sucesiones, t. 2,3.* La Habana: Félix Varela.

Gallardo., L. B. (2004). *Derecho Notarial.* La Habana: Félix Varela.

Gatti, H. E. (1954). *Modalidad de la Voluntad Testamentaria* . Montevideo: Martín Biachi Altuna Maldonado.

Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Vol.1. (1982).

Herederos Especialmente Protegidos. (2000). *Boletín ONBC* , 18.

http://es.wikipedia.org/wiki/Platón. (s.f.). Recuperado el 21 de Febrero de 2011, de *http://es.wikipedia.org/wiki/Platón.*

http://itunes.com/apps/wordreference.com. (s.f.). Recuperado el 21 de Febrero de 2011, de *http://itunes.com/apps/wordreference.com.*

http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles. (s.f.). Recuperado el 21 de Febrero de 2011, de *http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles.*

<http://es.wikipedia.org/wiki/Voluntad>. (s.f.). Recuperado el 3 de Marzo de 2011, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Voluntad>.

<http://www.altarot.com>,. (s.f.). Recuperado el 15 de Marzo de 2011, de <http://www.altarot.com>.

<http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/proyecto.htm>Búsqueda. (s.f.). Recuperado el 7 de Febrero de 2011, de <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/proyecto.htm>Búsqueda.

<http://www.wordreference.com/definición/primacía/fórum>. (s.f.). Recuperado el 21 de Febrero de 2011, de <http://www.wordreference.com/definición/primacía/fórum>.

Jordano Barea, J. B. (1999). *El Testamento y su interpretación* . Granada.

Ley General de la Vivienda. (2004). Ministerio de Justicia.

Ley No. 48. Ley General de la Vivienda. (1984). -La Habana.

Manual de Procedimientos Técnico Integral de la Vivienda. La Habana.

Morejón Aguilar, E. (1992). *Vivienda*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales,.

Ojeda Rodríguez, N. /. (2002). *Los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractua*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Peral Collado, D. A., & Sánchez, G. d. (1986). . *La Sucesión Intestada*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, .

Pérez Gallardo, L. B. (2004). *Derecho de Sucesiones, Tomo I*. La Habana.: Félix Varela.

Pérez Echemendía, M. L., & Luis, A. F. (2009). *Expresiones y Términos Jurídicos*. Santiago de Cuba: Oriente.

Pérez Gallardo, L. B. (2006). Algunos Criterios Jurisprudenciales en sede sucesoria. *Boletín ONBC* , 14-17.

Pérez Gallardo, L. B. (2005). Algunos Criterios Jurisprudenciales en sede sucesoria. *Boletín ONBC* , 21-31.

Pérez Gallardo, L. B., & Cobas Cobiella, M. E. (1999). *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*. La Habana: Félix Varela.

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

Resolución No. 618. Vivienda. . (2003). La Habana, La Habana, Cuba.

Resolución No. 70. Reglamento de la Ley de las Notarias Estatales. (1992). La Habana: Ministerio de Justicia.

Rivas Martínez, J. J. (1992). *Derecho de Sucesiones Común y Foral* . Madrid.

Rodríguez Montero, G. E. (2005). *El régimen jurídico de la Vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba* . Sancti Spíritus.

Sánchez Román, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*. Madrid.

Sánchez Toledo, H. J., & Cobas Cobiella, M. E. (1989). *Apuntes de Derecho de Sucesiones*. LaHabana.

Schopenhauer, A., & Nietzsche, F. (s.f.). <http://es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche>. Recuperado el

22 de Febrero de 2011, de <http://es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche>.
 Severo, A. d. (1989).
 Sucesión Testamentaria. (1985). *Revista Jurídica (La Habana)* , 224.
 Trasmisión al Estado del Patrimonio del causante sólo en defecto de todos los herederos llamados ex voluntate y ex lege. (2000). *Boletín ONBC (La Habana)* , 24.
 Vallet de Goytisolo, J. B. (1982). *Panorama del Derecho de Sucesiones* . Madrid: Civitas.
 Vallet de Goytisolo, J., & Larens. (1996). *Manuales de Metodología III*.
 Vega Vega, J. (1986). *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*. La habana: Ciencias Sociales.
 Verdejo, P. C. (1986). *Legislación Notarial* . La Habana: Pueblo y Educación.
vlex.com/source/anuario-mexicano-derecho-internacional-5272. (s.f.).
 Recuperado el 15 de Marzo de 2011, de vlex.com/source/anuario-mexicano-derecho-internacional-5272.
www.aganador.com/contenido/21nova-casino.html,. (s.f.). Recuperado el 20 de Marzo de 2011, de www.aganador.com/contenido/21nova-casino.html.
www.canalsocial.net/GER/eciclopediaA.asp. (s.f.). Recuperado el 22 de Febrero de 2011, de www.canalsocial.net/GER/eciclopediaA.asp.
www.encyclopediajuridica.biz14.com. (s.f.). Recuperado el 28 de Febrero de 2011, de www.encyclopediajuridica.biz14.com.
www.sabetodo.com, . (s.f.). Recuperado el 10 de Marzo de 2011, de www.sabetodo.com.