

Academia Internacional de Derechos Sucesorio.

Tema: Libertad de testar en el derecho argentino

Subtemas 1. Libertad de testar. Amplia o restringida. 2. Medio de restringir la libertad de testar. 3. Beneficiarios de la restricción. 4. Tendencia.

Autora: Jorgelina Guilisasti

Título: Libertad de testar en el derecho argentino

En este breve estudio sobre la libertad de testar en la Argentina, se destacarán los rasgos de la legislación actual, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial (CCCN)¹, con las referencias necesarias al Código Civil derogado (CC)².

1. Libertad de testar. Amplia o restringida

El estudio sobre la libertad de testar puede someterse a una doble mirada³: a) las formas testamentarias; b) el contenido del testamento.

Al respecto, el art. 2462 del CCCN, que se refiere al testamento, dispone: “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

En lo que se refiere a las formas, el derecho argentino restringe la manifestación de la última voluntad del testador a sólo dos formas testamentarias ordinarias, testamento ológrafo y testamento por acto público, más dos formas especiales, el testamento aeronáutico (que mantiene su vigencia) y el consular.

Esta restricción en las formas de expresar las disposiciones para después de la muerte, limita las opciones del testador a dos modos ordinarios y descarta otras formas de manifestarlas.

En este sentido, el Código Civil derogado tenía mayor amplitud de formas, aunque estas exigieran más solemnidades⁴.

¹ El Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionado por ley N° 26994, publicada en el BO el 8 de octubre de 2014. Comenzó a regir el 1° de agosto de 2015, según texto de la ley N° 27.077, publicada en el B.O. el 19 de diciembre de 2014.

² El Código Civil de la República Argentina (ley N° 340) rigió desde el 1° de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015, derogado por ley 26994

³ Estos dos ejes de estudio no excluyen otros que también se vinculan con la restricción a la libertad de testar como el referido a la capacidad para testar o la inhabilidad para recibir por testamento, entre otros.

⁴ Las formas ordinarias del testamento del CC eran tres: ológrafo, por acto público y cerrado. A su vez, el testamento por acto público tenía una variante formal si se otorgaba en distritos rurales (art. 3655 CC). Los testamentos especiales legislados en el código derogado eran: el militar (art. 3672 CC), el marítimo (art. 3679) y el otorgado en caso de epidemia o peste (art. 3689 CC). También se regulaba el consular (art. 3636 CC). El Código

En lo que se refiere a las formas, la limitación comprende a todos los testadores, sin importar sus herederos presuntivos. Sin embargo, cada forma impide testar a ciertas personas a las que considera inhábiles. En este sentido, se ha ampliado la posibilidad de testar por acto público⁵.

En cuanto al contenido, el art. 2462 CCCN establece que las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X del Libro V.

Por su parte, en el Título mencionado, se determinan los herederos legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite) como también sus porciones legítimas (arts. 2444 y 2445 CCCN).

Estas normas levantan una barrera a la libertad de testar frente a ciertos herederos, que se concreta a la muerte del testador, por lo que, al momento de testar, resulta complejo apreciar la magnitud de la limitación. Recién en ese instante se podrá identificar a los herederos legitimarios, cuantificar la porción legítima y la porción disponible, para poder establecer el límite del cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

Fuera de este caso, la libertad de testar carece de límites para el testador.

Una situación intermedia se presenta con la mejora especial, dado que el testador puede extender su disponibilidad más allá de la porción disponible, pero a favor de los herederos beneficiarios indicados por la ley y con un límite cuantitativo.

2. Medio de restringir la libertad de testar

Desde la perspectiva de las formas testamentarias, la restricción se traduce en la nulidad del testamento que no respeta las formalidades⁶, lo que resulta una fuerte limitación a la libertad de testar⁷.

En lo que se refiere al contenido, la vulneración de la legítima por parte del testador no invalida la disposición testamentaria, pero habilita al afectado para promover las acciones que el código regula para tal fin. En particular, las acciones previstas son: la de entrega de la legítima, la de reducción de disposiciones testamentarias y la de entrega de la porción disponible en caso de legado de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia⁸.

aeronáutico incorporó a su texto que el comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes los testamentos extendidos a bordo y remitirá copia autenticada a la autoridad competente (art. 85 de la ley 17.285, BO 23 de mayo de 1967)

⁵ Se eliminó la prohibición que recaía sobre el sordo, el mudo y el sordomudo (art. 3651 CC). En el código vigente, el que tiene dificultades para comunicarse puede hacerlo con un intérprete (art. 2467 inc. e, CCCN) y el sordo o el mudo bajo la forma prevista en el art. 304 CCCN por remisión del art. 2479 *in fine* CCCN

⁶ Es nulo el testamento por defectos de forma, según el art. 2467 in c. b) CCCN

⁷ Esta limitación para el testador no se mitiga con la supuesta confirmación a través de la ratificación o cumplimiento de las disposiciones por parte del interesado en plantear la nulidad (art. 2469 CCCN)

⁸ Estas acciones se encuentran legisladas en los arts. 2450, 2452 y 2460 CCCN, a las que se le puede agregar la de complemento (art. 2451)

Esta facultad de ejercicio del derecho del legitimario nace al momento de la muerte del testador y exige que el interesado tenga vocación hereditaria y acepte la herencia, si se considera que la legítima es *pars hereditatis*⁹.

Por otra parte, la mejora especial a favor del heredero con discapacidad tiene un doble juego porque amplía la libertad del testador a favor de este beneficiario, pero a su vez la restringe, porque no puede disponer a favor de otro legitimario que no sea el previsto por el art. 2448 CCCN.

3. Beneficiarios de la restricción.

En relación con las formas de testar, la restricción de las formalidades tiene como finalidad garantizar la verdadera expresión de la voluntad del testador, por lo que los beneficiarios son los testadores, además del interés general en resguardarla.

En este sentido, el legislador persigue fijar un estándar que asegure la capacidad y la autonomía de la persona que otorga este acto que expresa la última voluntad de la persona humana, a través de las solemnidades (lo que incluye la protocolización del testamento ológrafo).

Las restricciones referidas al contenido, tienen como beneficiarios directos a los herederos legitimarios, a los cuales el testador no los puede privar de una porción de su patrimonio a través de liberalidades en vida o de disposiciones testamentarias.

Estos herederos son llamados por ley y, en la legislación actual son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge supérstite (art. 2444 CCCN).

La medida de la protección se ha reducido en relación con el Código Civil derogado¹⁰. A los descendientes les corresponde dos tercios del patrimonio del causante y al resto (ascendientes y cónyuge), un medio.

Para el cálculo de esta porción se tienen en cuenta las donaciones que realizó en vida el causante, pero este cálculo no es idéntico para los descendientes y el cónyuge (art. 2445 CCCN).

Para los descendientes, cada uno de ellos podrá incluir en la base de cálculo las donaciones realizadas hasta los trescientos días anteriores a su nacimiento o al nacimiento del heredero al que representa. Por lo tanto, puede suceder que frente a un mismo causante, alguno o algunos de sus hijos extiendan su protección con el valor de las donaciones realizadas en ese plazo, mientras que otro u otros no podrán incluirlas porque nacieron con posterioridad.

El cónyuge, por su parte, sólo podrá incluir en el cálculo de su legítima las donaciones realizadas a partir del momento en que contrajo matrimonio con el causante.

⁹ La aceptación no es un requisito necesario para la doctrina que le atribuye a la legítima naturaleza jurídica de *pars bonorum*

¹⁰ En el CC las porciones era de 4/5 para los descendientes, 2/3 para los ascendientes y 1/2 para el cónyuge. A su vez, a partir de la reforma del año 1968, se consideraba legitimaria a la nuera viuda sin hijos, cuya porción era de 1/5.

En lo que se refiere a la mejora especial, tiene como destinatarios sólo a descendientes y ascendientes con discapacidad, por lo que habrá herederos legitimarios que se benefician con la disposición testamentaria y otros del mismo rango que deberán soportar el menoscabo de su porción.

Al respecto, el art. 2448 CCCN reza: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

4. Tendencia

En cuanto a las formas, consideramos que la tendencia es mantener un sistema restringido, que se acentúa al descartar el testamento cerrado y la mayoría de las modalidades especiales. Por otra parte, no se admite la tecnología para que el testador exprese su voluntad.

En este sentido, la nueva legislación restringe las formas para expresar la voluntad de testar, dado que sólo se admite el testamento ológrafo y el testamento por acto público como formas ordinarias y como extraordinarias el aeronáutico y el consular. Esta limitación es criticable porque no es congruente con el respeto a la autonomía de la voluntad en la esfera patrimonial.

En lo que se refiere al contenido, la tendencia es la de admitir mayor amplitud en la disponibilidad del patrimonio del causante cuando lo sobreviven herederos legitimarios, por la reducción de las porciones legítimas de descendientes y ascendientes. Asimismo, se limita la base de cálculo de las porciones para los descendientes y para el cónyuge, desde una perspectiva temporal, lo que implica mayor disponibilidad del testador.

Por otra parte, se admite la mejora especial, que amplía aún más la libertad de testar, pero sólo cuando se quiere beneficiar a un ascendiente o a un descendiente con discapacidad. En este caso podrá disponer de un tercio de la porción legítima del grupo de legitimarios al que pertenece el beneficiario, además de la porción disponible¹¹.

¹¹ De manera indirecta, también se morigera la restricción de testar que beneficia al cónyuge supérstite, por las causales de exclusión, como el divorcio y la separación de hecho. En este sentido, al carecer de vocación hereditaria como consecuencia de las causales de exclusión actuales, el cónyuge supérstite pierde su derecho a la legítima y por ende la legitimación para promover acciones en su protección.