

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requerido.

En esta oportunidad, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en la persona de su Intendente, licenciado Jorge Manuel Rogelio Domínguez, ha solicitado la contribución del notariado para facilitar las habilitaciones, lo que se tradujo en la suscripción de un Convenio de Colaboración Técnico Profesional entre la comuna y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

Como todas las asignaciones de una nueva competencia profesional, ésta trae aparejada también una nueva responsabilidad para el notariado. No se trata sólo de complacerse por el hecho de ejercer una atribución novedosa, sino - sobre todo - de ejercerla con el mejor cumplimiento posible. Y para ello es necesario capacitarse, profundizar, estar atento a cuanto se resuelva y se publique sobre el tema, consultar cuando sea necesario, y actuar con estricta sujeción a las normas municipales. En fin, merecer plenamente la confianza que la Intendencia ha depositado en nosotros.

* * *

La Revista del Notariado se nutre de sus colaboradores, permanentes y ocasionales. Todas las secciones, pero preferentemente las de Doctrina y Jurisprudencia, requieren de profesionales del Derecho que vuelquen en ellas su sapiencia y erudición, cualidades éstas que si bien - en tren de no exagerar - podríamos omitir aseverar que abundan profusamente, tampoco nos atreveríamos a afirmar que escasean. El tiempo para dedicarse, sí, lo sabemos exiguo. La voluntad y el deseo de coadyuvar con la Revista ¿son también menguados? La mejor manera de demostrar que existen dicha voluntad y buen deseo es comenzar - ya mismo, apenas leídas estas líneas - a pergeñar un trabajo doctrinario, breve y sencillo, y remitirlo sin más a la División Comunicaciones del Colegio; y en cuanto a las notas jurisprudenciales, ponerse en contacto sin hesitar con el Secretario de Redacción, en el mismo organismo, para que les asigne uno o más fallos. ¿Hemos sido claros?

La Dirección

DOCTRINA

COLACIÓN DE BIENES GANANCIALES(*) (232)

MARIO M. CARZOLIO

Suponiendo una donación del padre a uno de sus hijos de un bien ganancial, a la muerte del donante cabrá preguntarnos: ¿el hijo donatario debe colacionar el total de la donación, o sólo la mitad, dejando la otra mitad para que sea colacionada en la sucesión de la madre?

¿Las donaciones colacionables deben ser computadas en la masa hereditaria global, o habrá que distinguir y computar las de bienes gananciales en el haber ganancial, y las de propios en el haber propio?

El tema presenta aspectos complejos, principalmente por estar en juego dos distintas áreas normativas: la del régimen patrimonial del matrimonio, aplicable en razón del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

objeto donado (bien ganancial) y la de la sucesión por causa de muerte, aplicable en razón del sujeto (donatario legitimario).

La solución, para ser viable, implicará necesariamente la armonización de ambas áreas normativas.

SUMARIO

I. Introducción. II. Los bienes gananciales. II. 1. Concepto. II. 2. Administración de los gananciales. II. 3. Titularidad de los gananciales. III. Colación. III. 1 Concepto. III. 2. Modos de colacionar. III. 3. Nuestro Código Civil. III. 4. Carácter de la acción. III. 5. Presupuestos para su procedencia. III. 6. Dispensa. III. 7. Determinación de valores. IV. Colación de gananciales. IV. 1. Monto por el cual se debe colacionar. A. Donación de gananciales realizada por uno de los esposos, vigente la sociedad conyugal. B. Donación conjunta por ambos cónyuges, vigente la sociedad conyugal. C. Donación de gananciales en estado de indivisión. D. Donación del "hogar conyugal" ex ganancial. IV. 2. Cómputo del valor donado en la masa hereditaria. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil adoptó un régimen patrimonial para el matrimonio en el que determina que una especial categoría de bienes, los gananciales, a la disolución del régimen, deben ser compartidos entre marido y mujer, o sus herederos (art. 1315), dando nacimiento a la problemática derivada de la incidencia sucesoria de la ganancialidad.

Si bien el art. 3547 expresa que en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia, la distinción entre propios y gananciales - excepción a la regla - es necesaria y reviste capital importancia en materia sucesoria. Basten algunos ejemplos: el cónyuge superviviente en concurrencia con descendientes no tiene vocación hereditaria sobre los gananciales (art. 3576); éstos no se pueden partir por testamento (arts. 3527 y 3528), la partición - donación conjunta debe realizarse entre hijos comunes, ya que lo contrario sería una renuncia, por el donante no titular, a la herencia y a la legítima futuras, expresamente prohibida (arts. 1175 y 3599). En suma, son múltiples y variadas las cuestiones sucesorias en que se requiere atender a la calidad ganancial del bien, siendo una de las más complejas, precisamente, la colación de bienes gananciales, objeto central de este trabajo.

II. LOS BIENES GANANCIALES

II. 1. Concepto

Generalizando, diremos que son bienes gananciales los adquiridos por el esfuerzo de uno o ambos cónyuges por título oneroso, por hechos fortuitos (loterías, Juegos, etc.) y por las rentas y los frutos de los bienes propios y de los gananciales, estando vigente la sociedad conyugal (arts. 1271 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1272). El concepto se contrapone al de los bienes propios, que no son sino los que cada uno de los cónyuges aporta al matrimonio, los que reciban después por herencia, legado o donación, los adquiridos con el producto de los bienes propios - subrogación real - , los aumentos materiales de los bienes propios y los bienes adquiridos por causa o título anterior al matrimonio.

El estudio pormenorizado necesario para deslindar en profundidad ambas categorías de bienes excede las miras de este trabajo.

II. 2. Administración de Los gananciales

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1276 - con las reformas de la ley 17711 - "cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277". La salvedad se refiere a la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular "para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas" (art. 1277, ab initio).

El fundamento de la intervención de ambos cónyuges debe buscarse en la necesidad de acentuar la unidad del matrimonio y la intangibilidad del patrimonio familiar, al proteger al no titular de la ineptitud o mala fe del administrador, garantizando los valores de la sociedad conyugal, los que a su disolución, por imperio de la ley, serán liquidados por partes iguales entre marido y mujer.

Queda claro entonces que la libre disponibilidad del bien ganancial por el titular tiene una importante limitación - el asentimiento del otro cónyuge - cuando se trata de determinados bienes que la ley enumera, limitación que no opera en cuanto a los demás gananciales - dinero, muebles no registrables, etc. - cuyo dominio presunto recaerá en uno o ambos de los cónyuges según quien resulte el poseedor (art. 2412) y que cada uno administrará y dispondrá libremente.

Si no se pudiera determinar el origen de los bienes o la prueba fuera dudosa, la ley ha optado por darle la administración al marido, siempre con la salvedad del asentimiento de la mujer (1276, 2° párrafo).

II. 3. Titularidad de Los gananciales

Ya hemos visto que de acuerdo con el art. 1276 en el régimen de bienes del matrimonio se distinguen dos masas de bienes gananciales(1)(233) cada una de las cuales queda bajo el gobierno exclusivo del cónyuge que los adquirió "con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo". De modo que cada consorte administra y dispone, y consecuentemente responde a sus acreedores, con los gananciales de que es titular, esto es, en principio, aquellos cuyo documento de adquisición, y la registración si fuere el caso, figura a su nombre. Así, tratándose de inmuebles, por ejemplo, es titular el cónyuge que resulte adquirente de acuerdo con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura traslativa de dominio.

Una consideración especial merecen los gananciales adquiridos por ambos cónyuges conjuntamente empleando para ello bienes gananciales de su respectiva gestión, caso muy frecuente en nuestras escribanías. Respecto de estos gananciales de titularidad conjunta, la doctrina discute si se deben aplicar o no las normas relativas al condominio, sea en forma directa, o por analogía(2)(234), o si deben quedar sujetos sólo al régimen patrimonial matrimonial(3)(235), bien entendido que no se trata de la naturaleza jurídica de los gananciales, sino de qué normas aplicar.

En general, se acepta que los actos de administración y disposición de los gananciales de adquisición o titularidad conjunta requieren la actuación, también conjunta, de marido y mujer, en concordancia con el principio de que cada cónyuge administra y dispone los bienes que adquiere (art. 1276). Avanzando sólo un poco más en el tema, diremos que en la donación conjunta se da un supuesto de codisposición en el que se cruzan los consentimientos y asentimientos recíprocos.

Este somero examen de las normas fundamentales relativas a los bienes gananciales, su administración y disposición, al igual que el análisis que haremos de las relativas a la colación, se justifican por cuanto en el tema central que nos ocupa "ninguna solución puede ser considerada válida si no es la consecuencia de una debida armonización del régimen patrimonial del matrimonio y las reglas que rigen la colación. . ." (4)(236).

III. COLACIÓN

III. 1. Concepto

La colación, en nuestro derecho, es el acto que un heredero legítimo exige a otro heredero legítimo por el cual éste debe traer a la masa partible el valor de la donación que en vida le dio el causante(5)(237). Es la imputación de las donaciones realizadas en vida por el causante a cualquiera de los herederos forzosos que concurren a la sucesión, respecto de la parte o porción que al beneficiario de la donación (donatario) corresponde en la herencia(6)(238). Se parte de la base de que cuando se dona a un heredero forzoso, lo que se está haciendo es un adelanto, sin que ello implique favorecer especialmente al donatario. "Con la colación, en esencia, las donaciones quedan transformadas en una ventaja de tiempo (anticipación de la cuota) más que en una ventaja de cantidad (no hay mayor caudal para un heredero que para otro)(7)(239). El valor de las donaciones se añade a la masa relicta, para formar la masa a partir(8)(240).

El deber de colacionar es, entonces, el que tiene el heredero forzoso o legítimo de llevar a la masa hereditaria el valor de las donaciones que le hubiera hecho el causante en vida, valor que le será imputado como un anticipo de su herencia. Para que surja el deber u obligación de colacionar, es necesario además que la colación sea exigida por uno de los coherederos legítimos para hacerlo. Si no es exigida no es debida y no puede ser ordenada de oficio. En la otra cara de la moneda, la facultad y consecuentemente la acción de colación es la que compete al legítimo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contra sus coherederos para hacerles cumplir el deber de colacionar.

Si el fundamento de la colación, esto es, que la donación fue un anticipo en el tiempo de la herencia futura, está cuestionado(9)(241), no ocurre lo mismo con su finalidad, que es conseguir la igualdad entre los coherederos, igualando sus porciones hereditarias, concepto aceptado unánimemente por la doctrina(10)(242).

III. 2. Modos de colacionar

Dos son los sistemas básicos posibles para hacer efectiva la colación: el sistema de la colación en especie y el de la colación del valor o ficta.

El primero opera trayendo a la masa los mismos bienes donados, es real. Es el que mejor consigue la igualdad entre los coherederos, pero tiene el inconveniente de que el donatario no adquiere irrevocablemente la propiedad de lo donado, desde que podrá ser obligado a restituirlo a la muerte del causante, tornándose carentes de certeza sus derechos adquiridos y, consecuentemente, el de los terceros que le sucedan en el dominio, amén de hacer recaer en la sucesión los riesgos de deterioro, pérdida, etc. del bien donado.

El sistema de la colación del valor es el que mayores ventajas ofrece. Se procede así: primero debe sumarse al caudal relicto el valor colacionable, formándose la masa hereditaria como si los bienes donados hubieran estado realmente en el patrimonio del causante a su muerte, y luego se le adjudica al heredero ese mismo valor, computándose como ya recibido. Es una mera operación contable (Fornieles): el obligado a colacionar recibe de menos (en moins prenant) lo que ya recibió en vida del causante. Algunos autores sostienen que si el valor de lo donado supera al de la hijuela del legitimario, éste debe aportar a la masa la diferencia en dinero. Otros nos dicen que, en este caso, si la donación supera la cuota de legítima individual del heredero donatario, no es posible colacionar, debiendo ejercerse la acción de reducción(11)(243).

Existe un sistema distinto de los dos apuntados. Es el de la colación por extracción (prelèvements) que se aplica en el derecho francés, por el cual se atribuye a los titulares del derecho a colacionar la facultad de extraer de la masa hereditaria bienes de igual importancia que la donación o deuda objeto de la colación, para luego repartir el resto de los bienes entre los coherederos, inclusive el obligado a colacionar(12)(244). Como se ve no se trata ni de valores (colación ficta) ni de los mismos bienes donados (colación real). La posibilidad de aplicar entre nosotros este sistema nace únicamente de la circunstancia de que así lo quieran los coherederos, adoptándolo voluntariamente en uso de la libertad que tienen para acordar la forma de partir (art. 3462).

III. 3. Nuestro Código Civil

El de la colación del valor es el sistema adoptado por Vélez Sársfield y sus bondades las destaca en su nota al art. 3477: . . . "Designamos «los valores dados por el difunto», y no las cosas mismas, como lo dispone el Cód. francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión. Lo mismo decimos cuando se ha dado dinero: el donatario no debe intereses a la sucesión desde que ella se abre, porque ese dinero es suyo, y sólo está obligado a tomarlo en cuenta de la herencia que le corresponda ...".

III. 4. Carácter de la acción

Decíamos antes que nuestro Código adoptó el sistema de la colación ad valorem y toda la doctrina acepta que se trata de una acción personal y no real, sin efectos reipersecutorios. En su mayoría, los títulos traslativos de dominio que registran en sus antecedentes donaciones a herederos forzosos son considerados títulos perfectos. Esto así porque, como ya dijimos, la doctrina sostiene que entre coherederos se colaciona y la colación es una deuda de valor y no de los mismos bienes donados.

No alcanzamos a comprender que, en general, la doctrina acepte en forma tranquila y como perfectos los títulos provenientes de donaciones a legitimarios, habida cuenta de que esa misma doctrina mayoritaria sostiene que la acción de reducción - que protege la legítima - tiene efectos reipersecutorios. En efecto, adviértase que el donatario, por ejemplo, puede ser desheredado o resultar indigno, incluso, previendo la colación en su contra, puede renunciar a la herencia (art. 3355), y hasta podrá ocurrir que habiendo sido legitimario al tiempo de la donación no lo fuera al de la apertura de la sucesión, casos todos estos en que no estará obligado a colacionar, pasando a ser un extraño a la sucesión del donante. Y en estos casos: qué acción tendrían los herederos para proteger sus legítimas afectadas por la donación. Pues la de reducción, que con la acción reipersecutoria a que, según la doctrina mayoritaria, daría lugar, echa por tierra la seguridad y perfección de esos títulos, pudiéndose perseguir la cosa aun de los terceros adquirentes, confiados en un título al que creen perfecto porque acredita al donatario como heredero forzoso.

III. 5. Presupuestos para su procedencia

Son presupuestos necesarios para que proceda la colación y el posterior cómputo e imputación, los siguientes:

1º) Que la acción sea ejercida por quien es heredero forzoso al momento de la muerte del causante, y contra otro heredero forzoso que lo era al tiempo de la donación y mantiene esa condición al operarse la apertura de la sucesión (3478). De lo dicho se desprende que el heredero renunciante, el indigno, el desheredado y en general todo aquel que por haber perdido su vocación no comparte con los coherederos el derecho a la herencia, no está obligado a colacionar.

Parte de la doctrina sostiene que el legitimario debe serlo al momento de la donación, única forma de suponer que se le está haciendo un anticipo de herencia (Borda, Fornieles, Machado, Maffía). Otros autores, siguiendo lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecido por el Código Civil francés, sostienen que deben colacionar quienes son herederos forzosos al tiempo de la apertura de la sucesión, aunque no lo hubiesen sido a la época de la donación, basándose en que "la colación no se ordena sino para establecer la igualdad entre los herederos. . ." (nota al art. 3478)(13)(245).

2°) Que los bienes hayan sido recibidos en vida del causante a título de donación (3476).

3°) Que se trate de sucesión ab intestato. Los herederos instituidos por testamento no están obligados a colacionar (art. 3713).

4°) Que no exista dispensa de colación (3484) ni imputación de la donación (1805).

III. 6. Dispensa

El art. 3484 establece: "La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de la porción disponible". De modo entonces que la donación que hubiera hecho el causante en vida al legitimario se imputará como anticipo de su herencia, a menos que el donante en su testamento lo hubiera dispensado de colacionar, en cuyo caso el valor de lo donado será imputado a la porción disponible.

III. 7. Determinación de valores

En su antigua redacción, el art. 3477 nada decía respecto de a qué momento debía determinarse el valor colacionable. Las posibilidades eran tres: al momento de la donación, al de la muerte o al de la partición. Ante la ausencia de norma expresa, doctrina y jurisprudencia recurrían al texto del art. 3602 que tomaba el momento de la donación para calcular el valor de la legítima.

Va de suyo que con la llegada de la inflación a la economía contemporánea, este sistema producía tremendos problemas e inaceptables injusticias, atento a la marcada diferencia de valores existente entre la época de la donación y la de la partición, lo que obligó a la jurisprudencia a considerar que la que tiene el legitimario donatario en estos casos es una obligación de valor, susceptible, en consecuencia, de ser actualizada por depreciación monetaria al momento de la partición.

La ley 17711 reformó el art. 3477, que en la parte pertinente ahora dice, refiriéndose a los valores colacionables: ". . . Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso". También fue reformado el art. 3602, aunando criterios.

Esta reforma no solucionó del todo el problema. El tiempo que suele pasar entre la muerte del causante y la partición da lugar, a veces, a profundos desniveles en los valores, por la inflación operada y por las circunstancias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cambiantes de la economía y de los mercados, que no inciden de manera pareja en todos los bienes. De todos modos, hoy también, como antes de la reforma, la jurisprudencia acepta la actualización de valores, por supuesto en consonancia con las disposiciones que regulan el actual sistema de convertibilidad, tratando de evitar notorias injusticias.

IV. COLACIÓN DE GANANCIALES

La indivisión posrégimen hereditaria comprende dos supuestos de cotitularidad de relaciones jurídicas, que coexisten y se superponen en parte, a partir de un hecho generador común: el fallecimiento de uno de los esposos. En ella se incluyen todos los bienes propios del muerto y también todos los gananciales: sean de titularidad del difunto, sean de titularidad del supérstite, sean de titularidad conjunta(14)(246)

Pero en el caudal relicto, entrarán los bienes propios del causante y sólo la mitad de los gananciales que correspondió al difunto en la liquidación de la sociedad conyugal(15)(247).

La colación de las donaciones de bienes gananciales presenta aspectos sumamente complejos, fundamentalmente por la ya apuntada circunstancia de estar en Juego, además de la propia regulación del contrato, dos distintas áreas normativas: la del régimen patrimonial del matrimonio, aplicable en razón del objeto de la donación (bien ganancial) y la de la sucesión mortis causa, aplicable en razón del sujeto de la donación (donatario legitimario). Ambas áreas operan contemporáneamente con el deceso y la aparición de la indivisión posrégimen hereditaria(16)(248)

La donación de gananciales, en cuanto a la salvaguardia de los derechos del cónyuge no donante, no ha merecido disposición alguna del Código Civil, lo que ha dado pie a interpretaciones diversas respecto del alcance de la colación y ante el conflicto con los derechos del cónyuge sobreviviente.

IV. 1. Monto por el cual se debe colacionar

Simplificando y suponiendo una donación del padre a uno de sus hijos de un bien ganancial, al fallecimiento del donante habremos de hacernos la siguiente pregunta: ¿el hijo donatario debe colacionar el total del valor de la donación, o sólo la mitad, dejando la otra mitad para ser colacionada en la futura sucesión de la madre?

Este, al igual que otros supuestos que emanan de la aplicación conjunta de las normas de la colación y la ganancialidad, debe ser considerado desde la doble perspectiva del régimen de la sociedad conyugal y del de la sucesión por causa de muerte, para arribar a una solución respecto de los siguientes - también dos - puntos a dilucidar: el monto por el cual debe colacionarse en la sucesión del donante, y si ese monto deberá computarse en la masa hereditaria global o sólo en la masa ganancial.

Expuesto el problema en los lineamientos básicos, pasemos ahora a analizar los distintos casos y su solución:

A. Donación de gananciales realizada por uno de los esposos, vigente la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad conyugal

Para este supuesto, basándose en el régimen patrimonial del matrimonio, en la doctrina clásica se han propuesto dos tesis, suponiendo una donación que no requiera asentimiento:

1) Lafaille(17)(249) sostiene que, muerto el donante, debe ser colacionado sólo el cincuenta por ciento; la otra mitad será colacionada en la sucesión del consorte no donante, pues de no ser así, se estaría aplicando la colación sobre el patrimonio de una persona viva, antes de abrirse su sucesión. Igualmente se colacionará por mitades si fallece antes el no donante. En apoyo de esta solución, otros autores argumentaban que el donante transmitió en su propio nombre sólo la mitad, la otra mitad fue donada en representación de su cónyuge. Se basaban, en su mayoría, siguiendo a la doctrina francesa - Lafaille y Fornieles rechazan este argumento - , en que el antiguo 1276 le atribuía al marido la administración de la sociedad conyugal, a partir de lo cual concluían que éste donaba una mitad y la esposa la otra, representada en la escrituración por su marido. A la muerte de éste, debía entonces colacionarse la mitad del valor ganancial; el otro medio no formaba parte del acervo en la sucesión del padre.

Otro apoyo normativo lo encontraban, tratándose de inmuebles, en el art. 1807, inc. 2º, que exige el consentimiento de la mujer para donar.

2) De acuerdo con la segunda tesis, si muere primero el donante, en su sucesorio deberá colacionarse el total, correspondiendo una mitad al supérstite por su parte en los gananciales, y el resto a los herederos. Si el que fallece primero es el no donante, deberá colacionarse una mitad, quedando el otro medio para ser colacionado al deceso del donante.

En defensa de esta posición, Fornieles dice: "Como los bienes gananciales pertenecen por mitades a ambos cónyuges aunque no estén divididos, lo único que resulta de ahí es que al hacerse la división, se le descontará de su haber el valor del objeto de que dispuso". "El motivo más serio es que si las donaciones del marido salieran del conjunto de los bienes gananciales y no exclusivamente de la parte suya, se disminuirían los derechos de la mujer, y ésta no recibiría íntegramente la mitad que le corresponde como socia. El esposo, por el camino indirecto de la donaciones a los hijos, reduciría los gananciales de su esposa, a lo que se opone el art. 1315". Acota Fornieles que por amplios que fueran los poderes del marido, no alcanzan para hacer anticipos de la herencia de su mujer(18)(250).

Esta posición ha sido retomada por Borda(19)(251), quien circunscribe el problema a los casos de donaciones que no requieran asentimiento (de dinero o muebles no registrables) o en las que siendo exigido se lo hubiera suplido por autorización judicial, dando por supuesto, al parecer, que si medió asentimiento deberá colacionarse como una donación conjunta.

También Fassi - Bossert(20)(252) consideran que la donación con asentimiento debe colacionarse por mitades en la sucesión de cada cónyuge, pero no para restablecer el total ganancial a partir con el supérstite, sino para calcular las porciones viriles de los herederos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestra opinión

Realizada la donación, el dominio del bien sale del patrimonio del donante y pasa al matrimonio del donatario; hay un nuevo titular, por lo tanto, ese bien será, en adelante, totalmente ajeno a la sociedad conyugal - y por ende al donante y al no donante - , de igual forma que si se lo hubiera transmitido a título de venta. Esto, que parece una verdad de Perogrullo, ha sido sin embargo inadvertido en muchos casos, dando lugar a confusiones y resultados errados.

Consecuentemente, la totalidad debe colacionarse a la muerte del donante, no correspondiendo colacionar nada al fallecimiento del que no fue titular, y esa totalidad será colacionada exclusivamente a los efectos sucesorios, sin incidencia ninguna en la liquidación de la sociedad conyugal, esto es, que no pasará a incrementar el valor de la masa ganancial a partir, ya que de acuerdo con el art. 1271 ella queda formada con los bienes existentes al momento de la disolución, y los donados - como quedó dicho - ya no están en el patrimonio ganancial de ninguno de los cónyuges.

Es fundamental entender que, vigente la sociedad conyugal, cada cónyuge carece de dominio sobre los gananciales adquiridos por su consorte. Por tanto, la aptitud para disponer pertenece exclusivamente a su titular. El cónyuge no titular de dominio sólo tiene una mera expectativa - no un derecho actual - sobre el bien que está en cabeza del otro. Y esa expectativa se materializará, produciendo la adquisición, únicamente sobre los gananciales que queden determinados al momento de la disolución, y no sobre los que existieron con anterioridad.

En efecto, el art. 1271 es claro: ". . . pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella. . .".

El principio básico aplicado para la solución a la que adherimos, surge fundamentalmente de las normas relativas al régimen patrimonial matrimonial. Desde la óptica del instituto de la colación también resulta acertado ese criterio básico.

Ya hemos recordado que la finalidad de la colación es mantener la igualdad entre los coherederos, igualando sus porciones hereditarias. Colacionar sólo la mitad en la sucesión del donante, como lo sostiene parte de la doctrina según hemos visto, impone que, para no crear una clara desventaja en favor del donatario, deba colacionarse la mitad restante en la sucesión del otro cónyuge, fallezca antes o después del donante, única manera de cumplir con la finalidad de la colación. Pero ocurre que esta solución reparadora sólo podrá aplicarse cuando la herencia se defiera a hijos de ambos cónyuges o sus descendientes por derecho de representación. En otros casos, por ejemplo, si el donatario es ascendiente del donante o si es hijo suyo pero no del supérstite, una mitad del valor donado quedará sin colacionar, pues los suegros e hijastros no heredan al no donante, adquiriendo así carácter definitivo la ventaja del donatario, que sólo debió colacionar la mitad de lo recibido. Imaginemos que concurren a la sucesión un hijo natural del donante fallecido y un hijo común de ambos cónyuges: el primero, donatario, al no tener que colacionar sino la mitad, recibirá una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porción hereditaria mayor que la del otro hijo, produciéndose una desigualdad injusta e inaceptable que no podrá corregirse en la sucesión del supérstite.

La colación es un instituto del derecho de sucesión y no debe ser usado a los efectos de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, para incrementar la masa a partir. Con ella podrá beneficiarse el cónyuge en tanto resulte heredero, pero nunca por su vocación a la ganancialidad.

La solución, a la que adherimos, respeta acabadamente la igualdad entre los coherederos, razón de ser de la colación.

Aceptado que donado un bien ganancial, éste sale definitivamente del patrimonio del donante, podrá luego discutirse, como lo hace la doctrina, si a la disolución del régimen el otro cónyuge podrá reclamar una recompensa por la mitad del valor donado. Quienes así lo creen, ante la ausencia de normas expresas, recurren por analogía a lo dispuesto por el art. 3753, que establece la recompensa para el caso de legado de bien ganancial(21)(253). Quienes niegan esa posibilidad argumentan, con razón, que en el caso de este artículo, al adquirir el legatario el legado, la cosa íntegra ya la indivisión posrégimen - consecuencia del fallecimiento - , sustrayéndose un bien que estaba sujeto a liquidación, al configurar un legado de cosa en común(22)(254). Pero en nuestro caso, la situación es distinta, porque el bien ya no existe entre los gananciales a la disolución de la sociedad conyugal.

B. Donación conjunta por ambos cónyuges, vigente la sociedad conyugal

Es interesante acotar que la doctrina no ha sido uniforme en cuanto a determinar cuál es el caso de donación conjunta. Fornieles(23)(255), por ejemplo, claro que para el régimen anterior al actual, nos dice que es la donación prevista en el art. 1805, y Lafaille(24)(256) tiene por conjunta la donación realizada por el marido con el asentimiento de la esposa. Ambos consideran que debe colacionarse por mitades a la muerte de cada uno de los cónyuges.

Borda, tratando en general la donación de gananciales, aplica la misma solución, y si bien no expone claramente cuál es su hipótesis de donación conjunta, expresa: "Ante todo es preciso decir que si la donación ha sido hecha conjuntamente por ambos cónyuges, no hay cuestión: los hijos colacionarán la mitad al fallecimiento de cada uno de aquellos, puesto que han dispuesto de la mitad que les correspondía". Como a continuación pasa a tratar el supuesto donde sí cree que hay cuestión, diciendo: "Pero supongamos que el marido haya donado bienes gananciales sin el consentimiento de la mujer"(25)(257), induce a pensar que para él, cuando la realiza un cónyuge con el asentimiento del otro, la donación es conjunta.

Entendemos que, con el régimen patrimonial del matrimonio vigente, donación conjunta es lisa y llanamente la donación de un bien ganancial de titularidad conjunta, esto es, que fue adquirido por ambos esposos. No es posible interpretar que al dar el asentimiento, el cónyuge no titular se transforme en donante. Ya lo consignamos: el cónyuge legitimado para donar es el titular; el no titular carece de un derecho actual, sólo tiene un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho en expectativa que se materializará o no a la disolución de la sociedad conyugal.

Con lo dicho, fluida y naturalmente debemos colegir que ante una donación de gananciales de titularidad conjunta, la colación se hará en la sucesión de cada cónyuge por el valor de la parte indivisa que cada uno donó, sin miras a recomponer la masa ganancial y sólo para engrosar la masa hereditaria del donante - causante .

C. Donación de gananciales en estado de indivisión

Nos referimos a la donación que se realiza durante la indivisión posrégimen, es decir, con la sociedad conyugal disuelta - no por la muerte de un cónyuge, sino por alguna de las otras causales previstas por la ley - y aún no partida.

Hay dos posibilidades: que la donación la realice un solo cónyuge, de su parte, o que la efectúen ambos de la totalidad del bien. El caso se resuelve aplicando las soluciones dadas en los puntos anteriores: si donó un solo cónyuge, a su muerte debe colacionarse el total; si donaron ambos, se colacionará por mitades en la sucesión de cada uno.

D. Donación del "hogar conyugal" ex ganancial

Es otro de los casos que pueden ofrecer dudas. El problema no es tal si tenemos en cuenta que aprobada la cuenta particionaria, o suscrita la partición privada, ingresan al patrimonio de cada cónyuge los bienes correspondientes a su mitad. En una palabra, esos bienes provenientes de la liquidación de la sociedad conyugal pasan a engrosar la masa de bienes particulares o personales de cada ex consorte, juntamente con los que hasta ese momento denominábamos propios, para diferenciarlos de los gananciales. Esos bienes personales - o propios si se quiere denominarlos como lo hace el Código - son administrados y dispuestos por su titular, excepto en el caso del "hogar conyugal". En efecto, el art. 1277, cuando requiere el asentimiento del otro cónyuge para disponer del bien propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces establece: ". . . Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial". Más allá de la imprecisión de suponer un "hogar conyugal" cuando está disuelta y liquidada la sociedad matrimonial, la norma es clara y se hace necesario el asentimiento para disponer o gravar el bien.

Pero el asentimiento no quita ni agrega nada a los efectos de la colación. Se trata de una donación de un bien propio o personal que realiza su titular, y a su muerte será colacionada por la totalidad de su valor.

IV. 2. Cómputo del valor donado en la masa hereditaria

Hasta aquí hemos analizado el tema, centrando la mira en el monto por el cual deben colacionarse las donaciones de gananciales. Corresponde ahora respondernos la siguiente pregunta: ¿las donaciones colacionables deben ser computadas en la masa hereditaria global, o habrá que distinguir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y computar las donaciones de gananciales en el haber ganancial y las de bienes propios en el haber propio? Bien entendido que hablamos a los solos efectos hereditarios, suponiendo ya liquidada la sociedad conyugal, la respuesta tiene suma importancia ante la posible concurrencia del cónyuge con otros herederos.

Méndez Costa sostiene que el argumento de que el art. 3477 dice que los valores dados en vida por el difunto deben reunirse a la masa hereditaria; no es suficiente para oponerse a distinguir en ésta la parte propia y la parte ganancial, necesaria a los efectos de la participación entre el cónyuge superviviente y otros herederos del causante. Agrega que imputando lo donado a la masa hereditaria in totum no sería posible efectivizar la distinta distribución de propios y gananciales en el caso de concurrencia del cónyuge con otros herederos. Concluye, en opinión que compartimos, que el valor de lo donado debe adicionarse a la masa constituida por los bienes de idéntica categoría (propia o ganancial) de la de las cosas objeto de la donación. El causante tiene entonces dos porciones disponibles, una sobre su haber propio y otra sobre su haber ganancial(26)(258).

V. CONCLUSIÓN

¿Qué conclusión extraer de cuanto queda expuesto? Pues que la colación de la donación de gananciales debe realizarse en la sucesión del donante (titular del bien) y por el total de lo donado, haya o no correspondido el asentimiento conyugal, colación que se realiza exclusivamente a los efectos hereditarios, totalmente al margen de la liquidación de la sociedad conyugal, ya que es un instituto del derecho de sucesión y no puede aplicarse para recomponer la masa ganancial a partir de liquidar el régimen. Éste es el principio básico al que se arriba trayendo a concierto las disposiciones del régimen patrimonial del matrimonio y las del ordenamiento de la sucesión legítima. Su aplicación brinda soluciones que armonizan con ambas áreas normativas.

LA ENTREGA DE LOS DÓLARES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS(*) (259)

MARIO A. ZINNY

SUMARIO

Introducción. Casos. I. Riesgos y contingencias del primer caso (dólares en la mesa y deudor que los cuenta). II. Riesgos y contingencias del segundo caso (comisión del banco deducida de los dólares, que en el resto están en la mesa y son contados por el deudor). III. Riesgos y contingencias del tercer caso (dólares en la mesa, que sólo se cuentan en parte, o no se cuentan). IV. Riesgos y contingencias del cuarto caso (los dólares se acreditan en cuenta corriente). V. Riesgos y contingencias del quinto caso (el préstamo encubre la refinanciación de la deuda).

INTRODUCCIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CASOS

1. Los dólares están en la mesa y el deudor los cuenta. Sala de escrituraciones de un banco. Mesa. Alrededor de ella, sentados, el escribano, el apoderado del banco y el matrimonio que ha solicitado el crédito. El escribano acaba de leer la escritura, cuando la puerta se abre y una señorita entra en la habitación. En sus manos trae cuatro fajos de billetes que deja en la mesa diciendo: "40. 000 dólares. . . ". El apoderado del banco los entrega al marido. "¿Quiere contarlos?", pregunta. El marido abre uno de los fajos y laboriosamente cuenta 100 billetes de 100 dólares, mientras su mujer hace lo propio con otro. Diez minutos después han terminado de contar los cuatro fajos y el marido murmura: "está bien". Enseguida separa varios billetes y los entrega al apoderado diciendo: "la comisión del banco"; separa luego otros y los entrega al escribano en pago de su factura. Luego, marido, mujer y apoderado firman la escritura y el escribano la autoriza, entregando una copia a cada una de las partes. La escritura, en lo pertinente, suele rezar: "El banco da en préstamo a los deudores cuarenta mil dólares estadounidenses, que ellos reciben en este acto, en mi presencia, doy fe" (no es necesario aclarar que podemos prescindir de la parte final: "en mi presencia, doy fe").

2. Los dólares están en la mesa en menor cantidad (por haber deducido el banco el importe de su comisión) y el deudor los cuenta. Todo igual, con la diferencia que la señorita, al dejar los fajos sobre la mesa, dice: "38. 800 dólares y el recibo por la comisión del banco, que hemos deducido de los 40. 000 dólares del préstamo. . . ". Lo demás sin variantes (el marido y la mujer cuentan los billetes, le pagan al escribano, etc.). La escritura sin cambios, reza: "El banco da en préstamo a los deudores cuarenta mil dólares estadounidenses, que ellos reciben en este acto, en mi presencia, doy fe".

3. Los dólares están en la mesa y el deudor los cuenta en parte, o no los cuenta. Aquí, sólo se cuentan los billetes de uno de los fajos. Los tres restantes no son abiertos y el marido dice: "Está bien, no perdamos tiempo". La escritura reza: "El banco da en préstamo a los deudores cuarenta mil dólares estadounidenses, que ellos reciben en este acto, en mi presencia, doy fe".

4. Los dólares no están en la mesa por haber sido previamente acreditados en la cuenta corriente del deudor, que a cambio de ellos recibe el comprobante respectivo. En este caso, la señorita sube sin los billetes y en su lugar deja sobre la mesa el comprobante. La escritura, invariable, reza: "El banco da en préstamo a los deudores cuarenta mil dólares estadounidenses, que ellos reciben en este acto, en mi presencia, doy fe".

5. El préstamo encubre la refinanciación de la deuda que el deudor tiene contraída con el banco. En la última variante, donde el tenor de la escritura sigue siendo el mismo, el préstamo encubre la refinanciación de la deuda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el matrimonio tiene contraída con el banco (en cuanto el escribano se retira, los dólares entregados o acreditados vuelven a cambiar de manos en pago de la deuda que queda así saldada y pasa a ser sustituida por la que surge del préstamo).

I. RIESGOS Y CONTINGENCIAS DEL PRIMER CASO (DÓLARES EN LA MESA Y DEUDOR QUE LOS CUENTA)

1. La necesidad de aclararle al juez cómo ocurrieron los hechos, por haberlos narrado en forma ambigua. En términos generales, la narración del escribano se ajusta en este caso a la verdad. Y decimos en términos generales porque en ella sólo se menciona que una parte le entrega a la otra 40. 000 dólares. Ahora bien, ¿quién los entrega (el banco es una persona jurídica. . .)? ¿Cómo los entrega? ¿En billetes? ¿Acreditándoselos al deudor en cuenta corriente? ¿En Bónex? Y además, ¿quién asegura que hay allí 40. 000 dólares? ¿El escribano? ¿Los contó él? No, el escribano no contó los billetes. Quienes los contaron fueron los deudores, confirmando que hay 40. 000 dólares sobre la mesa. Pero ello no consta en la escritura. . .

Advirtamos entonces que este tipo de redacción, que no entra en detalles, ambigua por cierto, es la responsable de que, llegado el caso, el juez nos interroge en relación con los hechos ocurridos en nuestra presencia. ¿Y cómo no va a interrogarnos si él necesita conocerlos y ellos no constan en la escritura? ¿Cómo, entonces, responderle como debiéramos: "Me limito a su texto"? Y es que mal podemos limitarnos a algo que no es completo, que no le dice al juez todo lo que él necesita saber. . . (1)(260)

Las cosas cambian, claro, si los hechos se narran tal como ocurren. Así por ejemplo, diciendo: "El banco da en préstamo a los deudores cuarenta mil dólares estadounidenses, que su apoderado les entrega en este acto en billetes de esa divisa. Los deudores, luego de contarlos, los reciben de conformidad".

Y es que con una narración de este tipo, qué duda cabe, podemos responderle al juez: "Me remito al texto de mi escritura". Aunque aquí cabe preguntarse para qué habría de llamarnos el juez, si cuando los hechos ocurren como en esta primera variante (dólares en la mesa y deudores que los cuentan) no hay mucho que discutir. Salvo, claro está que haya billetes falsos. . .

2. El perjuicio de quien recibe dólares falsos en nuestra presencia, cuando el acreedor no es un banco y en el acto no hay quien los verifique. Aquí es necesario comenzar por recordar que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos (Cód. Civil, art. 902). Nadie ignora, por otra parte, que hay billetes falsos que circulan. Y que circulan bastante. Para empeorar las cosas, la técnica de quienes los falsifican le lleva la delantera a la de quienes pretenden detectar la falsificación, porque ésta se crea a partir de aquélla, que constantemente se